

Der Open-Access-Publikationsserver der ZBW – Leibniz-Informationzentrum Wirtschaft
The Open Access Publication Server of the ZBW – Leibniz Information Centre for Economics

Löwisch, Manfred

Working Paper

Staatlicher Mindestlohn rechtlich gesehen: Zu den gesetzgeberischen Anstrengungen in Sachen Mindestlohn

Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 08/4

Provided in cooperation with:

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau

Suggested citation: Löwisch, Manfred (2008) : Staatlicher Mindestlohn rechtlich gesehen: Zu den gesetzgeberischen Anstrengungen in Sachen Mindestlohn, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 08/4, <http://hdl.handle.net/10419/36461>

Nutzungsbedingungen:

Die ZBW räumt Ihnen als Nutzerin/Nutzer das unentgeltliche, räumlich unbeschränkte und zeitlich auf die Dauer des Schutzrechts beschränkte einfache Recht ein, das ausgewählte Werk im Rahmen der unter

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen> nachzulesenden vollständigen Nutzungsbedingungen zu vervielfältigen, mit denen die Nutzerin/der Nutzer sich durch die erste Nutzung einverstanden erklärt.

Terms of use:

The ZBW grants you, the user, the non-exclusive right to use the selected work free of charge, territorially unrestricted and within the time limit of the term of the property rights according to the terms specified at

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen>
By the first use of the selected work the user agrees and declares to comply with these terms of use.



**Staatlicher Mindestlohn rechtlich
gesehen - Zu den gesetzgeberischen
Anstrengungen in Sachen Mindestlohn**

Manfred Löwisch
08/4

Freiburger
Diskussionspapiere
zur Ordnungsökonomik

Freiburg
Discussion Papers
on Constitutional Economics



**Staatlicher Mindestlohn rechtlich gesehen –
Zu den gesetzgeberischen Anstrengungen in
Sachen Mindestlohn**

Manfred Löwisch
08/4

**Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik
Freiburg Discussionpapers on Constitutional Economics**

08/4

ISSN 1437-1510

Walter Eucken Institut, Goethestr. 10, D-79100 Freiburg i. Br.
Tel.Nr.: +49 +761 / 79097 0; Fax.Nr.: +49 +761 / 79097 97
<http://www.walter-eucken-institut.de>

Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung; Abteilung für Wirtschaftspolitik;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, D-79085 Freiburg i. Br.
Tel.Nr.: +49 +761 / 203 2317; Fax.Nr.: +49 +761 / 203 2322
<http://www.wipo.uni-freiburg.de/>

Staatlicher Mindestlohn rechtlich gesehen –

Zu den gesetzgeberischen Anstrengungen in Sachen Mindestlohn

Von

Manfred Löwisch *

A. Staatlicher Mindestlohn zwischen Beschäftigungspolitik und Lohnpolitik

Robert Reich, Arbeitsminister während der ersten Präsidentschaft Bill Clintons in den USA und Hochschullehrer in Harvard, hat sich in einem von der Berliner Zeitung geführten Interview zur Mindestlohndebatte in Deutschland wie folgt geäußert:¹

„In Deutschland geht es derzeit zum Beispiel um die Einführung von Mindestlöhnen. Von einem engen ökonomischen Standpunkt aus gesehen macht ein zu hoher Mindestlohn Arbeit teurer und das kann zu Entlassungen führen. Aber ist das das Ende der Diskussion? Nein! Denn auch wenn ein Mindestlohn Jobs vernichtet, so dient er doch anderen Zielen, zum Beispiel das weitere Sinken des Lohnniveaus zu verhindern. Arbeitsplätze sind nicht alles ...“.

In diesen Sätzen kommt zweierlei zum Ausdruck: Auch wer staatlichen Mindestlöhnen aufgeschlossen gegenübersteht, bestreitet nicht ernstlich, dass sie zu Beschäftigungsverlusten führen können. Selbst das Land Rheinland-Pfalz sagt in der Begründung seines Entwurfs für ein Mindestlohngesetz nur, dass die auf empirischer Basis beruhenden internationalen Forschungsergebnisse zur Beschäftigungswirkung der Mindestlohnregelungen kein eindeutiges Bild ergäben, räumt aber ein, dass Studien für Frankreich Arbeitsplatzverluste aufgrund des französischen Mindestlohns feststellen.² Der angefügte Hinweis auf den nur geringen negativen Beschäftigungseffekt des Mindestlohns in Großbritannien sagt demgegenüber nichts aus, weil der dortige niedrige Mindestlohn von vornherein nur 1,4 Prozent der Beschäftigten betrifft.³

* Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Universität Freiburg – Forschungsstelle für Hochschulrechtsrecht, Belfortstr. 18, 79098 Freiburg, hochschulrechtsrecht@jura.uni-freiburg.de. Vortrag gehalten am 04. Juni 2008 auf Einladung des Walter Eucken Instituts Freiburg.

¹ Berliner Zeitung vom 2./3. Februar 2008 Magazin Seite 2.

² Gesetzesantrag des Landes Rheinland-Pfalz von dem Entwurf eines Gesetzes über die Festsetzung des Mindestlohns vom 4. September 2007 (BR-Drucksache 622/07).

³ Dazu Börsch-Supan, Die Heuchelei mit den Mindestlöhnen, FAZ vom 19. Januar 2008, Seite 11.

Wichtiger ist die Aussage, dass Jobverluste nicht alles sind. Sie artikuliert, was unausgesprochen die Überzeugung derer ist, die über einen Arbeitsplatz verfügen: Dass nämlich das Ziel, Arbeit für alle zu schaffen, nicht absolut gesetzt werden kann, sondern durch den Anspruch der Arbeitsplatzbesitzer relativiert wird, ein in ihren Augen angemessenes Entgelt zu erhalten.

In Wahrheit ringen beim Thema staatlicher Mindestlohn also Beschäftigungspolitik und Lohnpolitik um ihren Stellenwert. Den Rahmen für diese Auseinandersetzung ziehen die bestehenden Gesetze, die Verfassung und das Europäische Recht. Diesen Rahmen sichtbar zu machen, ist das Ziel der nachfolgenden Ausführungen.

B. Bestehende und geplante Regelungen

I. Das Verbot des Lohnwuchers als staatliches Mindestlohngebot

Mit dem Verbot des Lohnwuchers (§ 138 BGB, § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB) gibt es in Deutschland von je her eine Form des staatlichen Mindestlohns: Als wucherisch wird in der Rechtsprechung jedes Entgelt angesehen, das weniger als zwei Drittel des marktüblichen Lohns beträgt. So hat der Bundesgerichtshof im Baugewerbe ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei einem Maurerlohn bejaht, der nur etwa zwei Drittel des Tariflohns (DM 12,70 gegenüber DM 19,05) betrug.⁴ Das Bundesarbeitsgericht hat ausgesprochen, dass bei der Vereinbarung von 70 Prozent des üblichen Gehalts ein auffälliges Missverhältnis noch nicht vorliege.⁵ Demgegenüber wird ein Entgelt, das die Hälfte des üblichen Lohnniveaus unterschreitet, als wucherisch angesehen.⁶

Allerdings handelt es sich dabei nicht um eine allgemeine und absolute Untergrenze, sondern um eine **branchenbezogene und relative**, denn die Üblichkeit der Entgelte wird nach den auf Teilmärkten (in den Worten der Rechtsprechung: „Wirtschaftsgebieten“) gezahlten Entgelten bestimmt. Dieser Aspekt markiert auch die Differenz zwischen den beiden Seiten der Großen Koalition, die es verhindert hat, sich auf einen allgemeinen staatlichen Mindestlohn oder doch wenigstens eine gesetzliche Definition der Sittenwidrigkeit zu verständigen. Die SPD-Seite tritt für einen allgemeinen einheitlichen staatlichen Mindestlohn ein, der allenfalls nach persönlichen Merkmalen wie Berufseinstieg oder Dauer der Tätig-

⁴ BGH 22.4.1997, 1 StR 701/96, AP Nr. 52 zu § 138 BGB.

⁵ BAG 23.5.2001, 5 AZR 527/99, EzA § 138 BGB Nr. 29.

⁶ So schon Reichsarbeitsgericht vom 23.10.1935, RAG 75/35, RAGE 16, 35, 37; LAG Berlin 20.2.1998, 6 Sa 145/97, LAGE § 138 BGB Nr. 11; ArbG Bremen-Bremerhaven 12.12.2007, 9 Ca 9331/07, zitiert bei *Mohr*, Sittenwidrigkeit von Stundenlohn bei Tarifvertrag, BB 2008, 1065; Siehe auch Anwaltsgerichtshof Nordrhein-Westfalen vom 2.11.2007, 2 ZU 7/07, NJW 2008, 668, der Sittenwidrigkeit in einem Fall angenommen hat, in dem an einen jungen Rechtsanwalt ein Einstiegsgehalt von 1.000 Euro bezahlt wurde, obwohl das Durchschnittsgehalt für angestellte Rechtsanwälte 2.300 Euro beträgt. Grundlegend hierzu wie zum folgenden die demnächst erscheinende Freiburger Habilitationsschrift von *Georg Caspers*, Staatliche Mindestentgelte – Das Arbeitsentgelt zwischen Privatautonomie und staatlicher Mindestregulierung

keit differenziert werden kann.⁷ Demgegenüber akzeptiert die CDU/CSU-Seite nur nach Branchen differenzierte auf die dort gezahlten Entgelte bezogene Mindestlöhne. Mit diesem Prinzip hat sie sich, jedenfalls vorerst, auch durchgesetzt.

II. Allgemeinverbindlicherklärung und Festsetzung von Mindestentgelten als Wege zum Mindestlohn

In ihrer Einigung vom Juni 2007 haben sich die Partner der Großen Koalition auf zwei Wege zur Einführung von Mindestlöhnen verständigt. Einerseits sollen Branchen mit einer Tarifbindung von mindestens 50 Prozent die Möglichkeit erhalten, in das Arbeitnehmerentsendegesetz mit dem Ziel aufgenommen zu werden, von ihnen vereinbarte Mindestlöhne für allgemeinverbindlich zu erklären. Zum anderen soll das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen aus dem Jahr 1952 zu einem Gesetz für Mindestlöhne für bestimmte Bereiche ausgebaut werden. Es soll die Festsetzung von Mindestentgelten in Wirtschaftszweigen und einzelnen Regionen ermöglichen, in denen es entweder keine Tarifverträge gibt oder eine Tarifbindung nur für eine Minderheit der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber besteht („weiße Flecken“).⁸

Inzwischen liegen Referentenentwürfe des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales für ein Gesetz zur Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) und für ein Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (Mindestarbeitsbedingungen-Änderungsgesetz – 1. MiArbbÄndG) vor.⁹

Weitere Wege zu staatlichen Mindestlöhnen sind derzeit nicht sichtbar. Insbesondere bietet das **Vergaberecht keinen solchen Weg**. Zwar haben eine Reihe von Bundesländern Vergabegesetze erlassen, nach denen die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bauwesen und im Personennahverkehr von der Übernahme der Verpflichtung abhängig gemacht werden soll, das am Ausführungsort tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen. Der Europäische Gerichtshof hat aber kürzlich entschieden, dass die Mitgliedstaaten bei einer staatenübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen **nur allgemein geltende** Mindestlohnsätze vorschreiben können, welche den Bestimmungen der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern entsprechen. Das erfordert entweder einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag oder

⁷ Vgl. dazu die Begründung zu § 1 des Gesetzentwurfs Rheinland-Pfalz aaO (wie Fn 2).

⁸ Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung <http://www.bmas.de/coremedia/-generator/14424/2007>.

⁹ Bearbeitungsstand des 1. Gesetzes 11.1.2008, 14.53 Uhr, Bearbeitungsstand des 2. Gesetzes 10.1.2008, 16.13 Uhr, wiedergegeben im Rundschreiben III/002/08 vom 15. Januar 2008 der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände.

eine für den betreffenden Bereich allgemein geltende Festsetzung.¹⁰ Vergaberechtliche Bestimmungen können also von vornherein nicht über das hinaus gelangen, was Allgemeinverbindlicherklärung und staatliche Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen erreichen. Praktisch sind die Landesvergabegesetze, soweit sie darüber hinaus Tariftreue erreichen wollen, tot.

III. Allgemeinverbindlicherklärung

1. Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Tarifvertragsgesetz

§ 5 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) sieht schon immer die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen vor. Eine solche Allgemeinverbindlicherklärung hat den Effekt, dass, wie es Abs. 4 der Vorschrift formuliert, „die Rechtsnormen des Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ erfassen.

Materiell setzt eine solche Allgemeinverbindlicherklärung zweierlei voraus: Die tarifgebundenen Arbeitgeber müssen wenigstens 50 Prozent der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen und die Allgemeinverbindlicherklärung muss im öffentlichen Interesse geboten sein. Das öffentliche Interesse hat dabei nach der einhelligen Rechtsprechung von Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof keine wettbewerbsspezifische Dimension. Das Bundesarbeitsgericht sieht die Allgemeinverbindlicherklärung allein als Schutz der nicht organisierten Arbeitnehmer vor unzureichenden Arbeitsbedingungen und erachtet den Einbezug wettbewerblicher Gesichtspunkte in die Entscheidung über sie für unzulässig.¹¹ Auch der Bundesgerichtshof hat ausgesprochen, dass der Bruch eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages durch die Außenseiter kein unlauterer Wettbewerb ist, weil die Allgemeinverbindlicherklärung keinen Wettbewerbsschutz bezwecke.¹²

Verfahrensmäßig ist die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG an das Einvernehmen mit einem aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehenden Ausschuss gebunden, mit der Folge, dass die Arbeitgeberseite, wenn sie sich einig ist, die Allgemeinverbindlicherklärung verhindern kann.

¹⁰ EuGH 3. April 2008, C-346/06, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext>. Zu der Entscheidung *Bayreuther*, Tariftreue vor dem Aus, NZA 2008, 626ff.

¹¹ BAG 24.1.1979, 4 AZR 377/77, AP Nr. 16 zu § 5 TVG.

¹² BGH 3.12.1992, I ZR 276/90, AP Nr. 10 zu § 1 UnlVG.

2. Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz

a) Status Quo

Die Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Tarifvertragsgesetz ist 1996 noch unter der Ägide des Bundesarbeitsministers *Blüm* um die Allgemeinverbindlicherklärung nach dem **Arbeitnehmerentsendegesetz** ergänzt worden. Zuvor war tatsächlich die Allgemeinverbindlicherklärung eines Mindestlohntarifvertrages in der Bauindustrie am Widerstand der Arbeitgeberseite im Tarifausschuss gescheitert. Um vor allem eine Bindung ausländischer Arbeitgeber an die deutschen Mindestlöhne zu ermöglichen, gibt das Arbeitnehmerentsendegesetz dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Befugnis, im Bereich des Bauhauptgewerbes und des Baunebengewerbes Mindestentgelttarifverträge und Tarifverträge über den Urlaub auf Antrag einer Tarifvertragspartei auch ohne Zustimmung des Tarifausschusses für allgemeinverbindlich zu erklären. Diese Möglichkeit ist später auf das Gebäudereinigerhandwerk und kürzlich auf die Briefdienstleistungen ausgedehnt worden.

b) Geplante Novellierung

Nunmehr steht eine grundlegende Novellierung des Arbeitnehmerentsendegesetzes an. Zweck des Gesetzes soll, wie § 1 des Referentenentwurfs ausdrücklich sagt, auch die Schaffung und Durchsetzung angemessener Arbeitsbedingungen „für regelmäßig im Inland beschäftigte“ Arbeitnehmer sein. Der Geltungsbereich soll über die bisher erfassten Branchen hinaus auf weitere erstreckt werden, sofern, wie es in der Koalitionseinigung vom Juli 2007 heißt, in der Branche „eine Tarifbindung von mindestens 50 Prozent“ besteht.

Neu geregelt wird zunächst das **Verhältnis zum Tarifausschuss**. Wird erstmals (also nicht in den Branchen, in denen es bereits Allgemeinverbindlicherklärungen nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz gibt, nämlich dem Baugewerbe, dem Gebäudereinigerhandwerk und den Briefdienstleistungen) ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung gestellt, kann diese vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales erlassen werden, wenn mindestens ein Drittel der Mitglieder, also zwei, dem Antrag zustimmen. Stimmen die Hälfte, also drei, oder zwei Drittel, also vier der Mitglieder gegen den Antrag, kann die Rechtsverordnung nur von der Bundesregierung erlassen werden. Stimmen mehr als zwei Drittel, also fünf oder alle sechs Mitglieder gegen die Allgemeinverbindlicherklärung, muss sie unterbleiben. Ist es einmal zu einer Rechtsverordnung gekommen, kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne weiteres Folgerechtsverordnungen erlassen. Es braucht dann nur den in den Geltungsbereich der Rechtsverordnung fallenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern, den Parteien des Tarifvertrages sowie den Parteien anderer tangierter Tarifverträge Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben.

Neu sind aber vor allem die **Konkurrenzbestimmungen**. Sie gehen in eine doppelte Richtung: Einmal fasst der Entwurf von vornherein den Fall ins Auge, dass in einer Branche

mehrere Anträge auf Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung für Tarifverträge mit zu mindestens teilweise demselben fachlichen und räumlichen Geltungsbereich gestellt werden. Hier soll der Verordnungsgeber, also regelmäßig das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, eine Auswahlentscheidung treffen können, bei der es, wie es in § 6 Abs. 4 des Entwurfes heißt, „neben den in § 1 genannten Gesetzeszielen im Rahmen einer Gesamtabwägung

1. die Zahl der von den tarifgebunden Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen,
2. die Zahl der von dem Tarifvertrag erfassten Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat, und
3. das fiskalische Interesse, dass in Vollzeit beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen für ihren eigenen Lebensunterhalt regelmäßig nicht ergänzend auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende angewiesen sind,

zu berücksichtigen“ hat. Die daneben zu berücksichtigenden, in § 1 genannten, Gesetzesziele sind „die Schaffung und Durchsetzung angemessener Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sowie die Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen für die Unternehmen“. Auch soll auf diese Weise „zugleich sozialversicherungspflichtige Beschäftigung erhalten, Arbeitslosigkeit bekämpft sowie die Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie gewahrt werden“.

Geregelt werden soll zweitens das Verhältnis durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge zu **anderen Tarifverträgen**, an die Arbeitgeber und Arbeitnehmer gebunden sind. Die nicht ganz leicht verständliche entsprechende Regelung des § 7 Abs. 2 des Entwurfs lautet:

„Ein Tarifvertrag nach den §§ 4 und 5, der durch Allgemeinverbindlicherklärung oder Rechtsverordnung nach § 6 auf nicht an ihn gebundene Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen erstreckt wird, ist von einem Arbeitgeber auch dann einzuhalten, wenn er kraft Tarifbindung nach § 3 oder § 5 des Tarifvertragsgesetzes an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.“

In ihrem Kern sagt diese Bestimmung, dass in der Konkurrenz eines durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags mit einem Tarifvertrag, an den Arbeitnehmer und Arbeitgeber kraft Mitgliedschaft (§ 3 TVG) oder kraft normaler Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) gebunden sind, der durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag vorgeht.

Darüber hinaus wird auch ein Vorrang im normalen Verfahren nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge gegenüber anderen Tarifverträgen geschaffen, so-

weit der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag Mindestentgeltsätze, den Urlaub oder auch die Arbeitszeit, die Bedingung für die Überlassung von Arbeitnehmern, den Arbeitsschutz oder die Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere nicht Diskriminierungsbestimmungen betrifft. Solche Tarifverträge gehen in der Konkurrenz nicht für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen auch für die kraft Mitgliedschaft tarifgebundenen Arbeitnehmer vor. Und selbst andere für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge sollen zurücktreten, wenn sie die genannten Arbeitsbedingungen nur allgemein und nicht speziell betreffen.

Die Bestimmungen des Referentenentwurfs äußern sich nicht ausdrücklich dazu, **nach welchen Kriterien** das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und im Ausnahmefall die Bundesregierung über eine beantragte Allgemeinverbindlicherklärung entscheiden soll. Da es sich aber nach wie vor um einen Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG handelt, wird man davon auszugehen haben, dass die dort genannten materiellen Voraussetzungen, nämlich die Mindestquote von 50 Prozent bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigter Arbeitnehmer und das Gebotensein im öffentlichen Interesse weiterhin gelten. Das entspricht dem überwiegenden bisherigen Verständnis der Verordnungsbefugnis¹³. Dafür spricht auch, dass nach der Begründung des Referentenentwurfs § 6 Abs. 1 Satz 1 dem bisherigen § 1 Abs. 3a Satz 1 Arbeitnehmerentsendegesetz entsprechen soll.¹⁴ Dabei wird man freilich das „öffentliche Interesse“ so verstehen müssen, wie es in dem bereits zitierten § 6 Abs. 4 des Entwurfs für die Entscheidung zwischen mehreren Tarifverträgen formuliert ist, für die Allgemeinverbindlicherklärung beantragt worden ist.

IV. Festsetzung von Mindestentgelten

1. Status Quo

Das seit 1952 bestehende aber noch niemals angewandte Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen sieht vor, dass Mindestarbeitsbedingungen zur Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen festgesetzt werden können, wenn

- a) Gewerkschaften oder Vereinigungen von Arbeitgebern für den Wirtschaftszweig oder die Beschäftigungsart nicht bestehen oder nur eine Minderheit der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber umfassen und

¹³ *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage 2004, § 5 Rn 148; *Büdenbender* RdA 2000, 193, 196 ff.; *Biback* RdA 2000, 207, 214; *Blanke* ArbuR 1999, 417, 426; a.A. *Däubler/Lackner*, Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2. Auflage 2006, Anhang 2 zu § 5 Rn 102; *Wiedemann/Wank*, Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, Anh. 1 zu § 5 TVG Rn 12.

¹⁴ Begründung Besonderer Teil zu § 6.

- b) die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen zur Befriedigung der notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer erforderlich erscheint und
- c) eine Regelung von Entgelten oder sonstigen Arbeitsbedingungen durch Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags nicht erfolgt ist.

Das Verfahren für eine solche Festsetzung ist so gestaltet, dass zunächst das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Einvernehmen mit einem Hauptausschuss die Wirtschaftszweige oder Beschäftigungsarten festlegt, für die Mindestarbeitsbedingungen zu erlassen oder aufzuheben sind; dieser Hauptausschuss besteht aus dem Bundesminister für Arbeit und Soziales oder einer von ihm bestimmten Person als Vorsitzenden und je fünf Vertretern der Gewerkschaften und der Vereinigungen von Arbeitgebern als Mitgliedern. Die eigentlichen Mindestarbeitsbedingungen werden sodann von einem Fachausschuss für den betreffenden Wirtschaftszweig oder die betreffende Beschäftigungsart festgesetzt; dieser besteht aus mindestens drei, höchstens je fünf Beisitzern aus Kreisen der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber und einem vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales bestimmten Vorsitzenden. Die vom Fachausschuss festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen bedürfen der Zustimmung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, das dann seinerseits die festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen als Rechtsverordnung erlässt.

Für das Verhältnis von festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen und Tarifverträgen bestimmt § 8 Abs. 2 des Gesetzes schlicht: „Tarifvertragliche Bestimmungen gehen den Mindestarbeitsbedingungen vor“.

2. Geplante Novellierung

Die ins Auge gefasste „Modernisierung“ betrifft einmal **Zusammensetzung und Verfahren von Hauptausschuss und Fachausschüssen**. Für den Hauptausschuss soll bestimmt werden, dass er sich aus sechs unabhängigen Experten zusammensetzt, die in der Lage sind, umfassend die ökonomischen und sozialen Auswirkungen von Mindestarbeitsbedingungen einzuschätzen. Hinzu kommt ein unparteiischer Vorsitzender mit Stimmrecht, der von den Mitgliedern des Hauptausschusses bestimmt, oder, wenn keine Einigung erfolgt, durch die Bundesregierung auf Vorschlag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales benannt wird. Die Fachausschüsse sollen als Gremien der betroffenen Branche aus sechs Beisitzern bestehen, die je zur Hälfte den Kreisen der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber angehören. Hinzu kommt auch hier ein unparteiischer Vorsitzender mit Stimmrecht, der von beiden Seiten, im Falle der Nichteinigung von der Bundesregierung auf Vorschlag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales bestimmt wird.

Der **Hauptausschuss** entscheidet, ob für Wirtschaftszweige bundesweit oder regional Mindestarbeitsbedingungen festgesetzt, geändert oder aufgehoben werden sollen. Seine Entscheidung bedarf der Zustimmung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Dieses, die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer und die Landesregierungen können dem Hauptausschuss Vorschläge für die Festsetzung, Änderung oder Aufhebung von Mindestarbeitsbedingungen unterbreiten.

Die **Fachausschüsse** setzen für die Wirtschaftszweige, für die sie errichtet sind, Mindestarbeitsbedingungen fest, die von der Bundesregierung auf Vorschlag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales als Rechtsverordnung erlassen werden können. Bei ihren Entscheidungen über die Festsetzung haben die Fachausschüsse im Rahmen einer Gesamtabwägung zu prüfen, ob diese geeignet sind

1. angemessene Arbeitsbedingungen zu schaffen,
2. faire Wettbewerbsbedingungen für die Unternehmen zu gewährleisten,
3. sozialversicherungspflichtige Beschäftigungen zu erhalten und Arbeitslosigkeit zu bekämpfen,
4. das fiskalische Interesse, dass in Vollzeit beschäftigte Arbeitnehmer für ihren eigenen Lebensunterhalt regelmäßig nicht ergänzend auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende angewiesen sind, zu sichern.

Neu geregelt werden soll aber auch die **Konkurrenz** zwischen den durch die Verordnung festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen und tariflich festgelegten Arbeitsbedingungen. Nach § 4 Abs. 4 Satz 3 der Fassung des Referentenentwurfs sollen die Fachausschüsse zwar bei ihrer Entscheidung die Auswirkungen einer Mindestarbeitsbedingung auf die in dem Wirtschaftszweig oder der Region bereits bestehenden Tarifverträge „berücksichtigen“. Auf der anderen Seite soll aber der bisher in § 8 Abs. 2 des Gesetzes geregelte Vorrang von Tarifverträgen gestrichen werden. Vorgesehen ist in der Neufassung des § 8 Abs. 2 eine uneingeschränkte zwingende Geltung der festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen. Dies geht insofern über die Einigung der Großen Koalition vom 20. Juni 2007 hinaus, als dort als Aufgabe der Novellierung formuliert ist, es sollten „für die Konkurrenz zu bestehenden Tarifverträgen durch Gesetz Kriterien für eine Vorrangentscheidung vorgegeben werden, die sich am Gesetzeszweck orientieren und die eine Diskriminierung von In- und Ausländern vermeiden“. Die in § 2 Abs. 4 Satz 3 vorgesehene Pflicht der Fachausschüsse, bereits bestehende Tarifverträge zu berücksichtigen, gibt diesen gerade keine Kriterien für eine Vorrangentscheidung vor.

C. Rechtlicher Rahmen für eine Neuregelung

I. Gesetzliche Regelungen

1. Ermächtigung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

In einem Urteil vom 7. März 2008 hat das **Verwaltungsgericht Berlin** festgestellt, dass die Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen den Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. in seinem Recht aus Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes sowie die TNT-Postregio-Service GmbH, die Ridas Sicherheits- und Handelsgesellschaft mbH und die PIN Mail AG in ihren Rechten aus den Art. 9 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes verletzt.¹⁵ Zur Annahme der erwähnten Grundrechtsverletzungen ist das Verwaltungsgericht dabei auf einem Umweg gekommen. Es hält die Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales für rechtswidrig und damit für einen Eingriff in die Grundrechte der Antragsteller, weil sie nicht gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG durch die Ermächtigungsgrundlage des § 1 Abs. 3a Satz 1 Arbeitnehmerentsendegesetz gedeckt sei. Indem dieser nämlich vorsähe, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Rechtsnormen des zur Allgemeinverbindlicherklärung anstehenden Tarifvertrags „auf alle unter den Geltungsbereich dieses Tarifvertrages fallenden und nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ erstrecken könne, bringe er bei richtiger, an der grundrechtlich geschützten Tarifautonomie ausgerichteter Interpretation zum Ausdruck, dass nur Arbeitsverhältnisse erfasst werden können, welche nicht schon anderweit einer Tarifbindung unterliegen.

Ob man die Interpretation des Verwaltungsgerichts Berlin für richtig hält oder nicht: Ein Argument gegen die geplante Novellierung des Arbeitnehmerentsendegesetzes gibt sie nicht mehr ab. Denn § 7 Abs. 2 des Referentenentwurfs für ein neues Arbeitnehmerentsendegesetz bestimmt nunmehr ausdrücklich, dass die erstreckten Arbeitsbedingungen von einem Arbeitgeber auch dann einzuhalten sind, wenn er kraft Tarifbindung nach § 3 oder § 5 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist. Gleiches soll, nach der Neufassung von § 8 Abs. 2 Mindestarbeitsbedingungsgesetz, für die festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen gelten. Die Frage kann nur sein, ob die gesetzliche Anordnung des Vorrangs des durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages vor autonom abgeschlossenen oder nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen den Grundrechten der Betroffenen stand hält. Darauf wird zurück zu kommen sein.

¹⁵ VG Berlin 7.3.2008, 4 A 439/07.

2. Anknüpfung der Allgemeinverbindlicherklärung an die Tarifmacht

Der Referentenentwurf geht ebenso wie das bestehende Arbeitnehmerentsendegesetz davon aus, dass **nur Tarifverträge** für allgemeinverbindlich erklärt werden können. Sie knüpfen damit an die Tarifmacht nach dem Tarifvertragsgesetz an. Nur soweit diese reicht, können Tarifverträge wirksam abgeschlossen und damit auch für allgemeinverbindlich erklärt werden. Dabei geht es nicht nur um die sachliche Reichweite der Tarifmacht, der Mindestlohnsätze als Inhaltsnormen im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG regelmäßig unterfallen. Vielmehr stehen nach § 2 TVG auch **Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit** der den Tarifvertrag schließenden Parteien in Rede. Insofern ist im Hinblick auf die betroffenen Branchen das Problem ausreichender „Mächtigkeit“, also Durchsetzungsfähigkeit, weniger virulent, nachdem das Bundesarbeitsgericht es für diese genügen lässt, wenn die Gewerkschaft durch den Abschluss einer größeren Zahl von Anschließtarifverträgen und eigenständigen Tarifverträgen hinreichend unter Beweis gestellt hat, dass sie als Tarifvertragspartei von der Arbeitgeberseite wahr- und ernst genommen wird.¹⁶ Vielmehr ist die **Unabhängigkeit von der Gegenseite** als Voraussetzung der Koalitionseigenschaft im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG und damit der Tariffähigkeit in die Diskussion geraten. Einerseits wird, auch von der Bundesregierung, in dem Verwaltungsgerichtsverfahren über die Rechtsverordnung zur Allgemeinverbindlicherklärung für die Branche Briefdienstleistungen¹⁷ erklärt, bei der Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste, die mit dem Arbeitgeberverband Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste einen Entgelttarifvertrag abgeschlossen hat, handle es sich „um den in der Arbeitsgeschichte wohl offenkundigsten Fall einer arbeitgeberseitig initiierten Gewerkschaftsgründung, die von arbeitgeberorientierten Managern betrieben werde“. Andererseits wird vom Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste, der die Konkurrenten der Deutschen Post AG organisiert, geltend gemacht, die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di sei an der Gründung des Arbeitgeberverbands „Postdienste“ maßgeblich beteiligt gewesen und habe es zum Ziel ihrer Politik erklärt, die Arbeitgeberverbandsstrukturen Postdienste zu unterstützen, um so zu einem bundesweiten Branchen-Mindestlohn-Tarifvertrag zu gelangen.¹⁸

Ob das eine oder das andere oder beides zutrifft, wird sich nicht einfach feststellen lassen. Allerdings ist darauf aufmerksam zu machen, dass es für die Entscheidung über die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit ein in § 97 Arbeitsgerichtsgesetz geregeltes besonderes Verfahren gibt, das auf Antrag einer räumlich und sachlich zuständigen Vereinigung von Arbeitnehmern oder von Arbeitgebern oder der obersten Arbeitsbehörde des Bundes oder der obersten Arbeitsbehörde eines Landes, auf dessen Gebiet sich die Tätigkeit der Vereinigung erstreckt, eingeleitet werden kann. Soweit es um einen bundesweite Geltung bean-

¹⁶ BAG 28.3.2006, EZA § 2 TVG Nr. 28 für die Christliche Gewerkschaft Metall.

¹⁷ Vgl. Verwaltungsgericht Berlin aaO Rn. 47.

¹⁸ Vgl. die Meldung FAZ Nr. 81 vom 7. April 2008, Seite 15.

spruchenden Tarifvertrag geht, kann also jedes Landesarbeitsministerium die Tariffähigkeit zur Entscheidung stellen. Geschieht das, sind Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung von der Klärung der Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit abhängt, bis zur Erledigung dieses Verfahrens auszusetzen. Das gälte dann auch für einen eingeklagten Mindestlohn.

3. Keine Geltung des Wettbewerbsrechts

In der politischen Diskussion wird mitunter geltend gemacht, dass Mindestlohntarifverträge am **Kartellrecht** zu messen seien. Etwa meint das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung, das Bundeskartellamt könne mit dafür Sorge tragen, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung nicht missbraucht werde, sondern wirklich im öffentlichen Interesse liege,¹⁹ und der Arbeitgeberverband mittelständischer Personaldienstleister will das Bundeskartellamt wegen des Drucks einschalten, den die IG Metall auf Zeitarbeitsfirmen und ihre Kundenfirmen ausübe, um zum Abschluss eines Tarifvertrags für die Zeitarbeit zu gelangen.²⁰ Diese Erwägungen gehen ins Leere. Normadressaten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind ausschließlich Unternehmen und Unternehmensverbände, nicht aber Arbeitgeber, Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften. Das muss auch so sein, weil die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG eine verfassungsrechtliche Kartellerlaubnis enthält.²¹

Auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb findet auf Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände keine Anwendung.²² Allerdings müssen sich diese in ihren Auseinandersetzungen mit Organisationen ihrer Seite wie mit gegnerischen Organisationen an die **Grenzen des allgemeinen Rechts** halten. Die Koalitionsfreiheit ist zivilrechtlich gesehen ein nach § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Recht, das gegen unangemessene unsachliche Angriffe geschützt ist.²³ Der BGH hat aus diesem Grund gegen eine andere Gewerkschaft gerichtete Werbemaßnahmen einer Gewerkschaft für rechtswidrig gehalten, wenn mit diesen unrichtige Vorstellungen über die soziale Betreuung der Mitglieder durch die beiden Gewerkschaften vermittelt werden. In gleicher Weise müssen sich gegen die gegnerische Koalition gerichtete Angriffe im Rahmen des Sachlichen halten. Die Anprangerung der Mitgliedsunternehmen eines Arbeitgeberverbands als unfair, nur weil der Verband einen Tarifvertrag mit einer anderen Gewerkschaft abschließt, überschreitet diese Grenze, weil der Arbeitgeberverband damit nur von seiner Tarifautonomie Gebrauch macht, zu der das

¹⁹ Vgl. Süddeutsche Zeitung Nr. 32/2008, Seite 28.

²⁰ Vgl. FAZ vom 11. April 2008.

²¹ Dazu ausführlich MünchArbR/Löwisch/Rieble, 2. Aufl. 2000, § 247 Rn 6 ff.

²² BGH 6.10.1964, VI CR 176/63, NJW 1965, 29, 32.

²³ BGH aaO.

selbstverständliche Recht gehört, den Partner, mit dem man Tarifverträge abschließen will, frei zu wählen.²⁴

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

1. Eingriff in die Tarifautonomie

Sowohl der Referentenentwurf für die Änderung des Arbeitnehmerentsendegesetzes wie der Referentenentwurf für die Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen gehen ohne weiteres davon aus, dass der von ihnen postulierte Vorrang für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge und festgesetzter Mindestarbeitsbedingungen vor autonom vereinbarten Tarifverträgen verfassungsrechtlich zulässig ist. Der Referentenentwurf für die Änderung des Arbeitnehmerentsendegesetzes beruft sich dafür auf Entscheidungen des 9. und 10. Senats des Bundesarbeitsgerichts aus den Jahren 2002 und 2004²⁵ sowie auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2007.²⁶ Der Referentenentwurf für die Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen begnügt sich mit dem Hinweis, der Fachausschuss habe bei seiner Beschlussfassung über seine Mindestarbeitsbedingungen nach § 4 Abs. 4 Satz 3 des neu gefassten Gesetzes „die Auswirkungen einer Mindestarbeitsbedingung auf die in dem Wirtschaftszweig oder der Region bereits bestehenden Tarifverträge“ zu berücksichtigen. Damit werde den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für den mit dem Vorrang verbundenen Eingriff des Staates in die Tarifautonomie ausreichend Rechnung getragen.

Sieht man die herangezogenen Entscheidungen näher an, gelangt man zu dem Ergebnis, dass sie für das anstehende Problem des allgemeinen Vorrangs für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge und festgesetzter Mindestarbeitsbedingungen vor autonom vereinbarten Tarifverträgen keine Aussagekraft haben. Was die Entscheidung des **9. Senats des Bundesarbeitsgerichts** angeht, zeigen die Gründe, dass sich der Senat der Problematik eines solchen Vorrangs im Hinblick auf die Tarifautonomie wohl bewusst ist. Er begründet deshalb die Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz, dass der speziellere Tarifvertrag den allgemeineren verdrängt, mit einer eng auf die ihm vorliegende Problematik zugeschnittenen Begründung. Entscheidend ist für ihn, dass das spezielle Ziel des Arbeitnehmerentsendegesetzes, das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe in Funktion zu halten, nur verwirklicht werden kann, wenn ausländischen wie inländischen Tarifvertragsparteien versagt bleibt, das Sozialkassenverfahren durch eigene speziellere Tarifverträge zu unterlaufen. Noch enger äußert sich der **10. Senat**, nach dessen ständiger Rechtsprechung spe-

²⁴ Dies ist offenbar auch die Auffassung des Landgerichts Frankfurt/Main, das es der IG Metall verboten hat, Anbieter von Zeitarbeit zum Abschluss eines Fairnessabkommens zu drängen (AZ: 2-06 O 253/08, zitiert in FAZ vom 27.5.2008 S. 12).

²⁵ BAG vom 26.6.2002, 9 AZR 405/00, EzA § 1 AEntG Nr. 1; BAG vom 13.5.2004, 10 AS 6/04, nv.

²⁶ BVerfG vom 20.3.2007, 1 BvR 1047/05, NZA 2007, 609.

ziellere Tarifverträge den Vorrang gegenüber für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen genießen. Auf die an ihn gestellte Anfrage des 9. Senats rückt er keineswegs von diesem allgemeinen Prinzip ab, sondern beschränkt sich sorgsam auf die Befriedigung des speziellen Bedürfnisses der Funktionserhaltung der Sozialkassentarifverträge. Sein Beschluss lautet:

„Der 10. Senat schließt sich der Auffassung des 9. Senats an, dass nach § 1 Abs. 3 AEntG ein inländischer Arbeitgeber, der vom betrieblichen Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Verfahrenstarifvertrags im Sinne § 1 Abs. 1 Satz 1 AEntG erfasst wird, im Zusammenhang mit der Gewährung von Urlaubsansprüchen zur Abführung von Beiträgen an eine Urlaubskasse als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien gesetzlich verpflichtet ist und diese gesetzliche Bindung durch einen für den Betrieb an sich tarifrechtlich geltenden sachnäheren Tarifvertrag nicht verdrängt wird.“

Das **Bundesverfassungsgericht** aber äußert sich in der erwähnten Entscheidung zur Vorrangfrage überhaupt nicht. Gegenstand seiner Entscheidung war die Bürgenhaftung des Hauptunternehmers für die Zahlung eines Mindestlohns an die von einem Nachunternehmer beschäftigten Arbeitnehmer gemäß § 1a AEntG. Diese hält das Bundesverfassungsgericht für vereinbar mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit des Hauptunternehmers. Im Zuge seiner dahin führenden Argumentation erklärt das Bundesverfassungsgericht, dass die Erstreckung der tariflichen Mindestlöhne „auf Außenseiter“ einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirke, dem insbesondere kleine und mittlere Betriebe nicht stand halten könnten. Zugleich werde durch die Festlegung auf die zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Entgelte das Tarifvertragssystem als Mittel zur Sicherung sozialer Standards unterstützt. Der Gesetzgeber dürfe auch die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen, indem er Regelungen schaffe, die bewirkten, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter „auch für Nichtverbandsmitglieder“ zur Anwendung kommen. Indem den Tarifentgelten zu größerer Durchsetzungskraft verholfen werde, werde die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte, im öffentlichen Interesse liegende autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abgestützt. Zur Frage, ob nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge auch für Arbeitnehmer und Arbeitgeber gelten sollen, die an einen spezielleren anderen Tarifvertrag gebunden sind, sagt das Bundesverfassungsgericht kein Wort. Im Gegenteil spricht der Umstand, dass das Gericht von der Erstreckung der tariflichen Mindestlöhne auf „Außenseiter“ und von der Anwendung der von den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter auch auf „Nichtverbandsmitglieder“ spricht, dafür, dass es nur nicht schon ohnehin an Tarifverträge gebundene Arbeitnehmer im Auge

hat.²⁷ Auch spricht das Bundesverfassungsgericht allgemein von der Unterstützung des Tarifvertragssystems und der Ordnungsfunktion der Tarifverträge. An diese haben aber autonome Tarifverträge mindestens genauso Anteil wie nach dem Arbeitnehmerentendengesetz für allgemeinverbindlich erklärte.

Was die Abschaffung des Tarifvorrangs gegenüber festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen angeht, reicht der Hinweis auf die vorgesehene Pflicht des Fachausschusses, bei seiner Entscheidung die Auswirkungen einer Mindestarbeitsbedingung auf die in dem Wirtschaftszweig oder der Region bereits bestehenden Tarifverträge zu berücksichtigen, zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nicht aus. Das Verwaltungsgericht Berlin weist in seiner Entscheidung vom 7.3.2008 mit Recht auf die Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts hin, nach der Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot den Gesetzgeber verpflichten, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen. Das gilt vor allem dann, wenn die betroffenen Grundrechte nach dem Wortlaut der Verfassung vorbehaltlos gewährleistet sind, und eine Regelung, welche diesen Lebensbereich ordnen will, damit notwendigerweise ihre verfassungsimmanenten Schranken bestimmen und konkretisieren muss.²⁸ Diesen Anforderungen wird es nicht gerecht, wenn die Berücksichtigung der Auswirkungen einer Mindestarbeitsbedingung auf bestehende Tarifverträge in das Ermessen des Fachausschusses gestellt wird. Notwendig ist vielmehr eine **Aufstellung von Kriterien durch den Gesetzgeber selbst**. Dass der Eingriff in bestehende Tarifverträge auch eine **verfassungsrechtliche Rückwirkungsproblematik** aufwirft, wird überhaupt nicht thematisiert.

Davon abgesehen beschränkt sich die vom Referentenentwurf vorgesehene Regelung auf die Berücksichtigung bereits bestehender Tarifverträge. Dass **nach Festsetzung** der Mindestarbeitsbedingungen geschlossene Tarifverträge Vorrang genießen können, wird von vornherein ausgeschlossen.

Richtig an den Überlegungen der Referentenentwürfe ist nur der Ausgangspunkt: Der Vorrang für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge und staatlich festgesetzter Mindestarbeitsbedingungen vor abweichenden Tarifverträgen **schränkt die Tarifautonomie der Parteien der betroffenen Tarifverträge ein und bedarf deshalb der Rechtfertigung gegenüber der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsfreiheit**.

²⁷ Siehe dazu auch *Klebeck*, Grenzen staatlicher Mindestlohntariferstreckung, NZA 2008, 446, 449, der zu Recht auch auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.7.2000, NJW 2000, 3704, 3705 hinweist, in der das Gericht ausgeführt hat, dass die Allgemeinverbindlicherklärung die positive Koalitionsfreiheit anderer Koalitionen „unberührt“ lasse, weil die Konkurrenz zu bestehenden tarifvertraglichen Regelungen nach den allgemein hierfür entwickelten Grundsätzen der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zu lösen sei.

²⁸ VG Berlin aaO (wie Fn 16), Rn 72 ff.

2. Rechtfertigung des Eingriffs

a) Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts

Maßgebend für die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs sind in erster Linie die Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 24. April 1996²⁹ aufgestellt hat. Danach ist dem Gesetzgeber die Regelung von Fragen, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können, nicht von vornherein entzogen, weil Art. 9 Abs. 3 GG den Tarifvertragsparteien in diesem Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol verleiht. Entsprechend kommt eine staatliche Regelung in dem Bereich, der auch Tarifverträgen offen steht, jedenfalls dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber sich, erstens, **auf Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte stützen kann und**, zweitens, **den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt**. Bei der anzustellenden Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es wesentlich auf den Gegenstand der gesetzlichen Regelung an, weil die Wirkkraft des Grundrechts in dem Maße zunimmt, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann. Das trifft nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts „vor allem für die Festsetzung der Löhne und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen“ zu, weil die Tarifvertragsparteien „nach der dem Art. 9 Abs. 3 GG zugrunde liegenden Vorstellung des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen können als der Staat“.³⁰

b) Sozialstaatsauftrag als Rechtfertigungsgrund

aa) Allgemeines

Wendet man die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts auf das Problem der Konkurrenz von tarifvertraglichen Bestimmungen und durch Verordnung für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen oder festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen an, so ist zunächst nicht zweifelhaft, dass sich der Gesetz- und Verordnungsgeber auf ein mit Verfassungsrang ausgestattetes Rechtsgut, nämlich seinen aus Art. 20 Abs. 1 GG folgenden **Sozialstaatsauftrag** stützen kann: Mindestarbeitsbedingungen legen, wie es § 4 Abs. 4 Satz 1 des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen in der Fassung des Referentenentwurfs formuliert, „die unterste Grenze der Entgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen in einem Wirtschaftszweig“ fest. Hierfür eine Normsetzungsprärogative gegenüber den Tarifvertragsparteien in Anspruch zu nehmen, ist legitimer Ausdruck des Sozialstaatsprinzips.

²⁹ 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268-297 = EzA Art. 9 GG Nr. 61.

³⁰ Dass die Tarifautonomie in Bereichen, die üblicher Weise tariflich geregelt werden, stärkeren Schutz genießt als in Bereichen, welche die Tarifvertragsparteien ungeregelt gelassen haben, hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 3. April 2001 – 1 BvL 32/97, NZA 2001, 777, bekräftigt.

Die Verbindlicherklärung oder Festsetzung anderer Mindestarbeitsbedingungen als die von Mindestentgelten lässt sich damit heute allerdings nicht mehr rechtfertigen. Denn für sie besteht in weitem Umfang ohnehin ein den Sozialstaatsauftrag erfüllender gesetzlicher Mindestschutz, der den notwendigen Bedürfnissen der Arbeitnehmer Rechnung trägt. So sind die Höchstarbeitszeit im Arbeitszeitgesetz, der Mindesturlaub im Bundesurlaubsgesetz, die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und die Feiertagslohnzahlung im Entgeltfortzahlungsgesetz, der Schutz gegen Kündigungen im Kündigungsschutzgesetz, die Bedingungen von Teilzeitarbeitsverhältnissen und befristeten Arbeitsverhältnissen im Teilzeit- und Befristungsgesetz und die Bedingungen der Arbeitnehmerüberlassung im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz festgelegt. Auch der eigentliche Arbeitsschutz hat durch die Arbeitsschutzgesetzgebung eine weitgehende Regelung erfahren.

Das Verbot sittenwidriger Entgelte steht einer mit dem Sozialstaatsauftrag begründeten Festsetzung **von Mindestentgelten** nicht entgegen. Denn es greift nur bei einem auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Maßstab für dieses Missverhältnis sind aber, wie gezeigt, die **Tarifentgelte und in zweiter Linie die verkehrübliche Vergütung** in dem betreffenden Wirtschaftsgebiet. Die Konstellation, dass die dort geltenden Tarifentgelte oder die dort verkehrübliche Vergütung nicht ausreichen, um das Existenzminimum der Arbeitnehmer zu sichern, wird damit nicht erfasst. Gerade um sie geht es aber bei der Festlegung der untersten Grenze der Entgelte.

Dabei darf der Begriff der untersten Grenze freilich nicht im Sinne einer Beschreibung der aus der Sicht der Arbeitnehmerseite angemessenen oder gar idealen Entgelte missverstanden und die Ermächtigung einem solchen Fehlverständnis entsprechend gehandhabt werden. Sonst verwirklicht sich zum Schaden der Tarifautonomie die Gefahr, auf die der frühere Ministerialdirektor im Bundsarbeitsministerium, *Karl Fitting*, bei Erlass des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen hingewiesen hat, dass nämlich die festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen den freien Tarifvertrag überwuchern.³¹ Damit würde die in diesem Bereich besonders geschützte Tarifautonomie von vornherein verletzt. Eine Entscheidung etwa, die einfach die Löhne der Metallindustrie als Mindestlöhne auch aller anderen Branchen festsetzte, wäre mit der Tarifautonomie der Koalitionen der anderen Branchen unvereinbar.

bb) Sozialstaatsauftrag und allgemeine Beschäftigungspolitik

Makroökonomisch wirft eine mögliche Verdrängung tarifvertraglicher Bestimmungen durch Mindestentgelte die Frage der **allgemeinen Arbeitsmarktrelevanz** auf: Führt die Verdrängung dazu, dass Arbeitskräfte, die zu den tarifvertraglichen Bestimmungen beschäftigt waren oder beschäftigt werden würden, nicht mehr nachgefragt werden, oder sind die Mindestentgelte nachfrageneutral? Welche Bedeutung kommt insoweit dem Abstand zwischen den tarifvertraglichen Bestimmungen und den Mindestentgelten zu?

³¹ *Fitting*, Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, RdA 1952, 5, 6.

Diese Fragen lassen sich indessen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der den Charakter einer rechtlichen Wertung trägt, nicht beantworten. Vielmehr handelt es sich um die **politische Entscheidung zwischen Lohnpolitik und Beschäftigungspolitik**. Diese haben die politischen Instanzen zu treffen. Das geschieht implizit mit der Entscheidung darüber, ob Mindestentgelte überhaupt für verbindlich erklärt oder festgesetzt werden sollen oder nicht.

cc) Sozialstaatsauftrag und Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen

Mindestentgelte können lediglich eine **feste unterste Grenze** der Entgelte bestimmen. Flexible Gestaltungen der Arbeitsbedingungen können sie regelmäßig nicht leisten. Schon *Fitting* hat darauf hingewiesen, dass die staatlich festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen nicht geeignet sind, einen der jeweiligen Arbeitsleistung angemessenen Lohn festzulegen.³² Feste Entgelte lassen weder Raum für variable, insbesondere leistungsbezogene Entgelte, noch für einen Ausgleich niedrigerer Entgelte durch höhere vergleichbare Leistungen. Weder ist es möglich, ein Entgelt zu vereinbaren, das je nach Leistung auch niedriger sein kann als der festgesetzte Entgeltsatz, noch kann ein niedrigeres Entgelt dadurch kompensiert werden, dass es auch für Zeiten einer Arbeitsbefreiung gezahlt wird, die länger ist als der gesetzlich vorgeschriebene Mindesturlaub.

Dass Mindestentgelte keinen Raum für eine flexible Gestaltung der Arbeitsbedingungen lassen, wirft die Frage der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in tarifvertragliche Regelungen auf, welche derartigen Bedürfnissen nach Flexibilität Rechnung tragen, ohne den Schutzzweck der Mindestentgelte in Frage zu stellen. Insbesondere könnte es als unverhältnismäßig angesehen werden, auch Tarifverträgen die Wirksamkeit zu versagen, die niedrigere Entgelte durch anderweitige Leistungen, etwa längere Zeiten bezahlter Arbeitsbefreiung, kompensieren, so dass das Gesamtniveau der vergleichbaren Arbeitsbedingungen im Betrieb erhalten bleibt.

Indessen würde das Bundesverfassungsgericht dem Staat wohl zubilligen, sich für ein striktes Mindestentgelt und damit gegen eine solche Flexibilisierungsbefugnis zu entscheiden. Für eine solche Entscheidung lässt sich ins Feld führen, dass das Mindestentgelt die Funktion hat, die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig oder einer Region **allgemein zu fixieren und damit einer praktikablen Kontrolle zugänglich zu machen**. Auch dass die Leistungen des SGB II nach dessen § 9 Abs. 1 Nr. 2 vom zu berücksichtigenden Einkommen des Hilfebedürftigen abhängen und dass dabei nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II nur Einnahmen in Geld oder Geldeswert zu berücksichtigen sind, darf er legitimerweise ins Kalkül ziehen. Jedenfalls ist der weite Spielraum, der dem Gesetzgeber

³² *Fitting* aaO S. 9.

in der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zukommt, wohl nicht überschritten.

dd) Sozialstaatsauftrag und beschäftigungssichernde Tarifverträge

Tarifverträge haben auch die Funktion, der spezifischen Situation einzelner Unternehmen und Unternehmensteile und ihrer Beschäftigten Rechnung zu tragen. Insbesondere können sie als Haustarifverträge oder unternehmensbezogene Verbandstarifverträge durch die Festlegung niedriger Entgelte zur **Beschäftigungssicherung** beitragen; auch Öffnungsklauseln in Flächentarifverträgen können diesem Zweck dienen. Ein solches spezifisches Bedürfnis können die pauschal auf einen Wirtschaftszweig oder eine Region bezogenen für allgemeinverbindlich erklärten oder festgesetzten Mindestentgelte nicht berücksichtigen. Ihnen gleichwohl gegenüber beschäftigungssichernden Tarifvertragsbestimmungen generell den Vorrang einzuräumen, halte ich für unverhältnismäßig:

Man muss sich insoweit klar machen, dass zum Schutzauftrag des Staates nach dem Sozialstaatsprinzip wie nach Art. 12 des Grundgesetzes auch die **Sicherung bestehender Arbeitsverhältnisse** gehört. Dieser über die allgemeine beschäftigungspolitische Zielsetzung hinausgehende Auftrag wird verfehlt, wenn Allgemeinverbindlicherklärung oder Festsetzung von Mindestentgelten über beschäftigungssichernde Tarifverträge einfach hinweggehen. Das ist umso weniger gerechtfertigt, als das generelle Ziel, Mindestentgelte festzulegen, nicht in Frage gestellt ist, wenn der Vorrang solcher beschäftigungssichernder Tarifverträge akzeptiert wird. In den Kriterien des Bundesverfassungsgerichts zur Verhältnismäßigkeitsprüfung gesprochen, ist ein solcher Vorrang weder **zur Erreichung des mit den Mindestentgelten verfolgten Ziels erforderlich, noch auch in der Güterabwägung verhältnismäßig**.³³ Insoweit kann dann auch die dem Staat vom Bundesverfassungsgericht zugebilligte Einschätzungsprärogative nicht mehr gelten. Denn der Beurteilung der Notwendigkeit beschäftigungssichernder Maßnahmen in konkreten Unternehmen oder Unternehmensteilen stehen die Tarifvertragsparteien ganz eindeutig näher als der allgemein Mindestentgelte regelnde Ordnungsgeber.³⁴

Daraus folgt, dass diejenigen tariflichen Regelungen, welche der Beschäftigungssicherung in bestimmten Unternehmen oder Unternehmensteilen dienen, für allgemeinverbindlich erklärten oder festgesetzten Mindestentgelten vorgehen müssen. Etwa muss sich ein Tarifvertrag gegenüber solchen Mindestentgelten durchsetzen können, wenn er für einen bestimmten Zeitraum niedrigere Entgelte vorsieht, dafür aber in diesem Zeitraum betriebsbedingte Kündigungen ausschließt.

³³ Vgl. dazu auch *Thüsing*, Zeitarbeit im Spannungsverhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Tarifautonomie, Rechtsgutachten 2007, S. 31 f.

³⁴ Siehe zum Verhältnis der Einschätzungsprärogative von Gesetzgeber und Tarifvertragsparteien allgemein *Dieterich*, Erfurter Kommentar, 8. Aufl. 2008, Art. 9 GG Rn 89.

Das Gesagte gilt auch für die **arbeitsvertragliche Bezugnahme** auf beschäftigungssichernde Tarifverträge. Dass tarifgebundene Arbeitgeber, die auch nicht tarifgebundene Arbeitnehmer beschäftigen, auf eine zulässige tarifvertragliche Abweichung von für verbindlich erklärten oder festgesetzten Mindestentgelten müssen Bezug nehmen können, liegt auf der Hand:

Beschränkte man das Recht des Arbeitgebers, von den Mindestentgelten aus Gründen der Beschäftigungssicherung abzuweichen, auf sein **Verhältnis zu den tarifgebundenen Arbeitnehmern**, liefe das auf eine **gesetzlich angeordnete Tarifausschlussklausel** hinaus. Als solche wäre sie mit der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter nicht vereinbar, weil sie das aus der Koalitionsfreiheit folgende Diskriminierungsverbot verletzen würde.³⁵ Ein sachlicher Grund, der diesen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit rechtfertigen könnte, besteht nicht. Vielmehr liegt es gerade im Sinn beschäftigungssichernder tariflicher Bestimmungen, einheitliche alle Arbeitsverhältnisse eines Betriebes erfassende Regelungen zu ermöglichen. Dementsprechend hat der Gesetzgeber in der vergleichbaren Regelung des § 1 Abs. 3 Nr.1 AÜG es für den Personaltausch zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassung genügen lassen, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht. Eine Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite ist nicht erforderlich; vielmehr genügt die einzelvertragliche Inbezugnahme.³⁶

Ist **auch der Arbeitgeber nicht tarifgebunden**, ist das Ergebnis letztlich kein anderes. Ihm die Bezugnahme auf einen beschäftigungssichernden Tarifvertrag zu verbieten, stellte einen Eingriff in seine negative Koalitionsfreiheit dar, für die es keinen sachlichen Grund gibt. Insoweit ist wiederum auf die Parallele zu § 1 Abs. 3 Nr.1 AÜG zu verweisen. Ganz überwiegend wird zu dieser Vorschrift die Auffassung vertreten, dass für die Anwendung eine Tarifgeltung kraft Bezugnahme durch Verleiher und Entleiher genügt. Begründet wird das mit einer „verfassungskonformen Auslegung, die auf Grund der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten negativen Koalitionsfreiheit geboten“ sei. In den Worten von *Hamann*:³⁷

„Verlangte man Tarifbindung kraft Verbandszugehörigkeit, würden Entleiher und Verleiher, die keinem Arbeitgeberverband angehören und auch keine Haustarifverträge abschließen wollen, generell von der Möglichkeit erlaubnisfreier Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen, sofern der Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Hierfür bestünde kein rechtfertigender Grund. Insbesondere ließe sich dieser nicht aus dem Gesetzeszweck ableiten. Im Gegenteil: Die Zuweisung der Regelungskompetenz an die Tarifpartner wird mit deren spezieller Sachkompetenz begründet. Sie basiert auf der besonderen Kenntnis der Situation in den Betrieben ihres Tarifbereichs (Vgl. BT-Ds. 10/3206, S.33). Dagegen ist die Frage der Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband für die Schutzfunk-

³⁵ Vgl. dazu *Löwisch/Rieble*, MünchArbR 2. Auflage 2000, § 245 Rn 73 ff.

³⁶ *Schüren/Hamann*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage 2007, § 1 Rn 521.

³⁷ In: *Schüren/Hamann* aaO § 1 Rn 515.

tion der Vorschrift ohne Belang. Es muss vom Schutzzweck her betrachtet nur die (irgendwie herbeigeführte) Geltung des **fachlich einschlägigen Tarifvertrags**, der die Arbeitnehmerüberlassung i.S.v. Abs. 3 Nr.1 gestattet, sichergestellt sein. Das kann auch durch arbeitsvertragliche Bezugnahme geschehen“.

Für die tarifvertragliche Abweichung von festgesetzten Mindestentgelten kann nichts anderes gelten.

c) Begrenzung rückwirkender Eingriffe

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 24. April 1996 (aaO) festgestellt, dass **bestehende tarifvertragliche Regelungen grundsätzlich einen stärkeren Schutz** genießen als die Tarifautonomie in Bereichen, die die Koalition ungeregelt gelassen haben (Leitsatz 4). Der in dieser Feststellung zum Ausdruck kommende, in der Entscheidung vom 3. April 2001 aaO bestätigte Gedanke, dass der Eingriff in die ausgeübte Tarifautonomie stärkerer Rechtfertigung bedarf als der Eingriff in die nur potentiell vorhandene Tarifautonomie, beansprucht auch für die Beurteilung der Konkurrenz zwischen autonomen tarifvertraglichen Bestimmungen und für verbindlich erklärten oder festgesetzten Mindestentgelten Geltung.

Ihm ist auf der einen Seite zu entnehmen, dass die Allgemeinverbindlicherklärung tariflicher Mindestlöhne oder die staatliche Festsetzung von Mindestentgelten in Bereichen, in denen konkurrierende tarifvertragliche Bestimmungen aktuell nicht bestehen, regelmäßig unbedenklich ist. Auf der anderen Seite wiegt der Eingriff in Tarifverträge, welche die Entgelte für die tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse **aktuell geregelt haben**, schwer und kann nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt sein.³⁸

Die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts berührt sich insofern mit dem ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleisteten **Vertrauensschutz**. Würde für allgemeinverbindlich erklärten oder festgesetzten Mindestentgelten der Vorrang auch vor bestehenden Entgelttarifverträgen eingeräumt, handelte es sich zwar nur um eine „unechte“ Rückwirkung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, weil auf die durch den Tarifvertrag begründeten Rechtsbeziehungen der tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur für die Zukunft eingewirkt würde. Auch eine unechte Rückwirkung ist aber unzulässig, wenn die Betroffenen mit dem staatlichen Eingriff nicht zu rechnen brauchten, diesen also

³⁸ In diesem Sinne auch Däubler/Däubler, Kommentar zum Tarifvertragsgesetz 2. Aufl. 2006, Einl. Rn 135; ErfK/Dieterich, 8. Aufl. 2008, Art. 9 GG Rn 85. Engels, Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Lohnpolitik, JZ 2008, 490, 492ff will nur insoweit überhaupt von einem Grundrechtseingriff sprechen. Das geht daran vorbei, dass das BVerfG in der maßgebenden Entscheidung vom 24.4.1996 (wie Fn. 29) ausdrücklich jede gesetzliche Regelung eines Gegenstandes, der tariflicher Regelung zugänglich ist, als „Eingriff“ in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie bezeichnet und dementsprechend auch jede derartige gesetzliche Regelung der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterstellt.

bei ihren Dispositionen nicht berücksichtigen konnten, und wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Gründe für den staatlichen Eingriff überwiegen.³⁹

Eine solche unzulässige unechte Rückwirkung läge vor, würde **staatlich festgesetzten** Mindestentgelten der Vorrang auch vor Tarifverträgen eingeräumt, die **vor** einem Gesetzesbeschluss zur Änderung des § 8 Abs. 2 des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen abgeschlossen sind. Denn bis zu diesem Zeitpunkt konnten die Parteien des Tarifvertrages und ihre Mitglieder davon ausgehen, dass der Tarifvertrag sich in jedem Falle gegenüber festgesetzten Mindestentgelten durchsetzen würde. Es liegt insofern anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung, mit der angesichts der Regelung des § 5 TVG andere Tarifvertrags- und Arbeitsparteien schon jetzt rechnen müssen.

Aber auch abgesehen von dieser speziellen Frage, darf für verbindlich erklärten oder festgesetzten Mindestentgelten nicht einfach der Vorrang gegenüber bestehenden tarifvertraglichen Bestimmungen eingeräumt werden. Zwar müssen die Tarifvertragsparteien und ihre Mitglieder damit rechnen, dass es zu Mindestentgelten kommt, die ihren tariflichen Entgeltregelungen vorgehen. Das ändert aber nichts daran, dass sie, solange eine Verbindlicherklärung oder Festsetzung nicht erfolgt ist, kraft ihrer Tarifautonomie dazu berufen sind, die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder zu regeln. Haben sie das getan und haben sie und ihre Mitglieder sich auf die festgelegten Arbeitsbedingungen eingerichtet, genießen sie den der ausgeübten Tarifautonomie vom Bundesverfassungsgericht zuerkannten stärkeren Schutz.

Diesem stärkeren Schutz würde eine sofortige nachträgliche Außerkraftsetzung nicht gerecht. Vielmehr muss den Tarifvertragsparteien ein **schonender Übergang ermöglicht** werden. Insbesondere müssen sie ausreichend Zeit erhalten, die übrigen zwischen ihnen bestehenden Regelungen an die veränderten Entgeltregelungen anzupassen. Entsprechend müsste, sei es in den betreffenden Gesetzen selbst, sei es bei der konkreten Allgemeinverbindlicherklärung oder Festsetzung, jeweils eine nicht zu kurz bemessene Übergangsfrist vorgesehen werden.

d) Einbindung der Koalitionen in das Verfahren

In seiner Entscheidung vom 27. Februar 1973⁴⁰ hat das Bundesverfassungsgericht den normativen Charakter der bindenden Festsetzungen nach § 19 Heimarbeitsgesetz mit der Begründung anerkannt, dass diese ihre Qualität als Rechtsregeln aus der staatlichen Anerkennung gewinnen, die in Art. 9 Abs. 3 GG wurzele. Gestützt hat es sich dabei auf die Überlegung, dass die bindenden Festsetzungen einen „an das Tarifvertragsrecht möglichst eng angelehnten Ersatz“ darstellten. Soweit nach den Umständen möglich, werde der Ge-

³⁹ Jarass/Pieroth/Jarass, Grundgesetz, 7. Aufl. 2004, Art. 20 GG Rn 73a.

⁴⁰ 2 BvL 27/69; BVerfGE 34, 307-320 = EzA § 19 HAG Nr. 1.

danke der Repräsentation sowohl der Auftraggeber als auch der Beschäftigten aufrechterhalten und verwirklicht. Einmal würden die Beisitzer der die Festsetzung vornehmenden Ausschüsse in erster Linie aufgrund der Vorschläge bestehender Tarifvertragsparteien und in zweiter Linie aufgrund der Vorschläge der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer berufen. Zum andern erfolgten die Festsetzungen erst nach Anhörung der Beteiligten. Das System der Festsetzungen füge sich so in die tragenden Gedanken des Tarifvertragsrechts ein.

In diesen Sätzen kommt die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck, Eingriffe in die Koalitionsfreiheit dürften die **Einflussmöglichkeiten der Koalitionen nicht mehr als erforderlich verkürzen**, deshalb seien diese in ein System staatlicher Regelungen der Arbeitsbedingungen auch verfahrensmäßig soweit als möglich einzubinden. Diese Auffassung beansprucht erst recht Geltung, soweit zu entscheiden ist, ob durch Verordnung für verbindlich erklärte oder festgesetzte Arbeitsbedingungen tariflich vereinbarte Arbeitsbedingungen verdrängen.

Ob der Referentenentwurf für ein neues Arbeitnehmerendegesetz diesen Anforderungen gerecht wird, ist insoweit zweifelhaft, als er den aus Vertretern der Spitzenorganisationen bestehenden Tarifausschuss nur bei der erstmaligen Antragstellung auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages einschaltet. Die Begründung des Referentenentwurfs versteht dies dahin, dass der Tarifausschuss lediglich dann einzuschalten ist, wenn in einer nach dem 31. März 2008 neu in den Geltungsbereich des Arbeitnehmerendegesetzes einbezogenen Branche erstmals ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung gestellt wird. Es liegt auf der Hand, dass auch bei Folgeanträgen sich grundlegende, die Interessen der Sozialpartner betreffende Fragen stellen können. Auch insoweit besteht das Bedürfnis auf Einbindung der Spitzenorganisationen.

III. Europarechtliche Vorgaben

1. Vereinbarkeit mit der Entsenderichtlinie

Dass für allgemeinverbindlich erklärte oder staatlich festgesetzte Mindestarbeitsbedingungen in gleicher Weise wie für inländische Arbeitsverhältnisse auch für Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmer zwingend gelten, ist gemeinschaftsrechtlich unproblematisch: Art. 7 Abs. 2 des Übereinkommens von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 legt fest, dass seine Bestimmungen nicht die Anwendung der nach dem Recht des Staates des angerufenen Gerichtes geltenden Bestimmungen berührt, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln. Von diesem Recht hat der deutsche Gesetzgeber mit § 7 Abs. 1 Arbeitneh-

merentsendegesetz Gebrauch gemacht. Danach finden die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen unter anderem über „die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze“ auch auf ein Arbeitsverhältnis zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinem im Inland beschäftigten Arbeitnehmer zwingend Anwendung.

Zu den in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen über die Mindestentgeltsätze gehören auch Mindestlohnsätze, die in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag oder nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen durch Rechtsverordnung festgelegt sind.⁴¹ Soweit es also, wie regelmäßig, um die Festsetzung von Mindestentgelten geht, ist die Einbeziehung ausländischer Arbeitsverhältnisse als solche europarechtlich unbedenklich.⁴²

Die Einbeziehung ausländischer Arbeitsverhältnisse in die nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen festgesetzten Mindestentgeltsätze begegnet auch nicht deshalb Bedenken, weil diese jetzt und künftig differenziert nach Wirtschaftszweigen, Beschäftigungsarten und Regionen festgelegt werden. Sich Gewissheit über das Mindestentgelt zu verschaffen, das für eine im Inland zu erbringende Dienstleistung zu zahlen ist, bereitet auch ausländischen Unternehmen keine unverhältnismäßigen Schwierigkeiten: Mindestarbeitsbedingungen werden jetzt und künftig als Rechtsverordnungen erlassen. Diese sind nach Art. 82 Abs. 1 GG i.V.m. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Verkündung von Rechtsverordnungen vom 30. Januar 1950 (bereinigte Fassung BGBl III, 114 – 1), zuletzt geändert durch Art. 6 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl I S. 2407), mangels einer anderweitigen Bestimmung im Bundesgesetzblatt oder im Bundesanzeiger zu verkünden. Bundesgesetzblatt und Bundesanzeiger sind in schriftlicher und elektronischer Form ohne weiteres zugänglich. Sie werden vom Bundesanzeiger-Verlag veröffentlicht, im Internet unter www.bundesanzeiger.de.

Nun bestimmt allerdings § 4 Abs. 3 Satz 3 des Mindestarbeitsbedingungsgesetzes in der jetzigen wie in der vorgesehenen neuen Fassung, dass die Rechtsverordnung an der „vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales zu bestimmenden Stelle“ zu verkünden ist. Auf eine derartige Ermächtigung zu einer Verkündung an anderer Stelle als im Bundesgesetzblatt oder im Bundesanzeiger sollte in der künftigen Fassung verzichtet werden, um Bedenken hinsichtlich der Transparenz von vornherein auszuschließen. So verfährt der Gesetzgeber ja auch bei der parallelen Frage der Verkündung der Rechtsverordnung über die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 1 Abs. 3a AEntG und künftig § 6 AEntG.

⁴¹ *Krebber*, Die Bedeutung von Entsenderichtlinie und Arbeitnehmer-Entsendegesetz für das Arbeitskollisionsrecht, IPrax 2001, 22, 25.

⁴² In diesem Sinne auch EuGH 15. März 2001, Rs C 165/98, AP Nr. 2 zu EWG-RL Nr. 96/71 mit einem allgemeinen Vorbehalt für Beschäftigte in grenznahen Regionen; EuGH 3. April 2008 (wie Fn 11).

Auf der anderen Seite dürfen staatlich festgesetzte Mindestarbeitsbedingungen **ausländische Arbeitnehmer** von ihrem Geltungsbereich aber auch **nicht ausnehmen**. Dies würde Art. 39 Abs. 2 EG widersprechen, welcher die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen vorsieht. Entsprechend bestimmt Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie 96/71 EG, dass die Mitgliedstaaten unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbare Recht durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften dafür sorgen müssen, dass Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze auch den entsandten Arbeitnehmern garantiert werden.

2. Anforderungen der Dienstleistungsfreiheit

Im Hinblick auf die in Art. 49 EG gewährleistete Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH den Kontroll- und Meldepflichten nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz Grenzen gezogen. Diese beanspruchen Geltung auch für die entsprechenden in der Novellierung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vorgesehenen Pflichten.

Hervorzuheben ist insofern zunächst, dass innerstaatliche Rechtsvorschriften, die **nicht unterschiedslos** auf alle Dienstleistungen unabhängig von ihrem Ursprung anzuwenden sind, abgesehen vom Fall ausdrücklicher Ausnahmebestimmungen im Gemeinschaftsrecht, einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit darstellen. Dementsprechend hat der EuGH die Bestimmung des § 3 Abs. 2 AEntG, nach der ein Verleiher mit Sitz im Ausland die Überlassung von Arbeitnehmern vor Beginn jeder Bauleistung der zuständigen Behörde der Zollverwaltung jeweils neu zu melden hat, für unzulässig erklärt.⁴³ Eine Bestimmung etwa, nach der nur ausländische Unternehmen bestehende Tarifverträge am Arbeitsort vorzuweisen hätten, wäre danach unzulässig. Auch ein besonderes Kontrollverfahren in Bezug auf den Beschäftigungssicherungscharakter arbeitsvertraglicher Vereinbarungen allein für ausländische Unternehmen würde gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen.

Nicht unbeschränkt mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sind auch Bestimmungen, welche **zwar unterschiedslos** für inländische Dienstleistende wie Dienstleistende aus anderen Mitgliedstaaten gelten, **aber geeignet** sind, die Tätigkeiten des ausländischen Dienstleistenden zu verhindern, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Allerdings können zwingende Gründe des Allgemeininteresses solche Bestimmungen rechtfertigen. Für § 2 Abs. 3 AEntG, welcher Arbeitgeber mit Sitz im Ausland verpflichtet, zur Kontrolle ihrer Leiharbeitnehmer mit deutschen Übersetzungen ihres Arbeitsvertrages und weiterer Papiere auszustatten, hat der EuGH ein solches Allgemeininteresse bejaht. Es liege in dem Zweck der Regelung, den zuständigen Behörden am Beschäftigungsort die Kontrolle zu

⁴³ EuGH 18. Juli 2007, Rs C 490/04, NZA 2007, 917.

ermöglichen, ob die nationalen Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer, insbesondere derjenigen über die Entlohnung, eingehalten sind.⁴⁴

Aus der Dienstleistungsfreiheit folgt weiter das Gebot der **Zuerkennung gleichen Vorrangs**. Müssen, wie ausgeführt (II 3 b dd) beschäftigungssichernde Tarifverträge aus verfassungsrechtlichen Gründen Vorrang vor für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn-tarifverträgen und staatlich festgesetzten Mindestentgelten genießen, gilt das in gleicher Weise für nach ausländischem Recht abgeschlossene Tarifverträge oder gleichartige Kollektivregelungen.

In diesem Sinne hat der EuGH in seinem Urteil vom 24. Januar 2002⁴⁵ ausgesprochen, dass es eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, „wenn ein inländischer Arbeitgeber den in einem für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn durch den Abschluss eines Firmentarifvertrags unterschreiten kann, während dies einem Arbeitgeber, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, nicht möglich ist“. Für einen nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen festgelegten Mindestlohn kann nichts anderes gelten.

Dabei ist das Verbot der Ungleichbehandlung nach ausländischem Recht abgeschlossener Tarifverträge auch **nicht auf Firmentarifverträge beschränkt**, um die es in der Entscheidung des EuGH ging. Denn die Dienstleistungsfreiheit des im Ausland ansässigen Unternehmens ist in gleicher Weise beeinträchtigt, wenn ihm die in einem ausländischen Verbandstarifvertrag festgelegten Bestimmungen, die von festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen abweichen, nicht zugute kommen, während sich sein inländischer Konkurrent auf die vergleichbaren abweichenden Bestimmungen eines nach inländischem Recht abgeschlossenen Tarifvertrags berufen kann.

Unabhängig von der Dienstleistungsfreiheit ergibt sich das Gebot der Gleichbehandlung nach ausländischem Recht abgeschlossener Tarifverträge auch aus der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, welche als Jedermann-Grundrecht ausländischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern in gleicher Weise zugute kommt wie inländischen. Die Koalitionsfreiheit enthält, auch als Grundrecht der Koalition, ein gegen den Staat gerichtetes Verbot der Diskriminierung.⁴⁶ Dieses Verbot gilt auch zugunsten ausländischer Koalitionen, solange diese im Wesentlichen eine vergleichbare Gewähr für das Aushandeln gerechter Arbeitsbedingungen bieten.

⁴⁴ EuGH 18. Juli 2007 aaO.

⁴⁵ C-164/99; EuGHE I 2002, 787-818 = EzA Art. 49 EG-Vertrag 1999 Nr. 3.

⁴⁶ *Löwisch/Rieble*, MünchArbR, 2. Auflage, 2002, § 244 Rn 57 mit Rn 41. Art 19 Abs. 3 GG, wonach Grundrechte nur für inländische juristische Personen gelten können, steht dem auch bei den Arbeitgeberkoalitionen nicht entgegen, weil es sich bei der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG um ein Grundrecht handelt, welches auch die kollektive Freiheitsausübung unmittelbar schützt; siehe dazu etwa Jarass/Pieroth/Jarass, Grundgesetz, 9. Auflage 2007, Art. 19 Rn 20.

3. Garantie der Tarifautonomie in der Grundrechtscharta

Dass das Europäische Recht gebietet, ausländischen Tarifverträgen den gleichen Vorrang zuzuerkennen wie inländischen Tarifverträgen, sagt noch nichts darüber aus, ob nicht auch dem Europäischen Recht zu entnehmen ist, dass für allgemeinverbindlich erklärte oder festgesetzte Mindestentgelte einen Vorrang unternehmensbezogener beschäftigungssichernder Tarifverträge zulassen müssen. Insoweit hat kürzlich *Bittner* in einem Vortrag mit Recht darauf aufmerksam gemacht, dass nach erfolgter Ratifikation des Lissabon-Vertrages die Charta der Grundrechte der Europäischen Union einzuhalten sein wird.⁴⁷ Deren Art. 28 garantiert Arbeitnehmern und Arbeitgebern und ihren jeweiligen Organisationen nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks zu ergreifen. Auch wird nach Art. 16 der Charta die unternehmerische Freiheit nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt. Es liegt nahe, Art. 28 nicht nur als allgemeine Garantie der Tarifautonomie zu verstehen, sondern auch als **Grundrecht der Koalitionen**, das Eingriffe des Gemeinschaftsrechts und einzelstaatlicher Rechtsvorschriften nur hinzunehmen braucht, soweit diese Eingriffe durch andere Werte gerechtfertigt sind, denen die Europäische Gemeinschaft verpflichtet ist. Dann aber landet man auch hier bei dem Ergebnis, dass der mit Mindestentgelten verfolgte Sozialschutz zwar grundsätzlich den Eingriff rechtfertigt, die Rechtfertigung aber entfällt, wenn er tarifvertragliche Regelungen sperrt, welche einem vorrangigen sozialen Schutzbedürfnis, insbesondere der Beschäftigungssicherung in bestimmten Unternehmen oder Unternehmensteilen dienen sollen.

Dass die Grundrechtscharta nach ihrem Art. 51 Abs. 1 Satz 1 für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gilt, steht nichts entgegen. Denn indem § 7 Abs. 1 und künftig § 2 des Arbeitnehmerentsendegesetzes die zwingenden Mindestentgeltsätze auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern erstreckt, setzt er Art. 7 Abs. 2 des Schuldrechtsübereinkommens und Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie um. Darin aber liegt eine Durchführung des Rechts der Union, bei der die aus Art. 28 der Grundrechtscharta folgende Einschränkung der genannten postulierten allgemeinen Geltung der Mindestentgeltsätze zu beachten ist.

D. Fazit

Der Gesetzgeber hat sowohl beim Arbeitnehmerentsendegesetz wie beim Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen einen weiten verfassungsrechtlichen und eu-

⁴⁷ *Bittner*, Europäische Vorgaben für die deutsche Mindestlohndebatte (Manuskript).

roparechtlichen Spielraum. Doch verlangt die – auch von der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierte – Tarifautonomie, dass **unternehmensbezogene beschäftigungssichernde Tarifverträge Vorrang** behalten; dieser kommt auch Arbeitsvertragsparteien zugute, welche auf einen solchen Tarifvertrag Bezug nehmen. Eingriffe in bereits bestehende Tarifverträge müssen dem **verfassungsrechtlich gewährleisteten Vertrauensschutz** Rechnung tragen.

E. Nachtrag

Am 16. Juni 2008 hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales seine beiden Referentenentwürfe in einer in Abstimmung mit dem Bundeskanzleramt überarbeiteten Form zur Ressortabstimmung an die anderen Bundesministerien versandt. Die Überarbeitung des Entwurfs eines Arbeitnehmerentsendegesetzes hat den Bearbeitungsstand vom 10. Juni 2008 16:40 Uhr, die des Mindestarbeitsbedingungs-Änderungsgesetzes den Bearbeitungsstand vom 10. Juni 2008 19:03 Uhr.

Der Referentenentwurf zum Arbeitnehmerentsendegesetz ist in zwei wesentlichen Punkten geändert: § 3 des Entwurfs beschränkt die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge auf Arbeitsverhältnisse zwischen ausländischen Arbeitgebern und ihren im Inland beschäftigten Arbeitnehmern auf **bundesweite** Tarifverträge. Wo solche nicht geschlossen werden oder gar nicht geschlossen werden können, weil die Tarifzuständigkeit der Arbeitgeberverbände nach deren Satzung regional beschränkt ist, kann auch die Allgemeinverbindlicherklärung keine Bindung der ausländischen Arbeitgeber herbeiführen. Die Beschränkung soll die Diskriminierung der ausländischen Arbeitgeber vermeiden und tut dies auch. Sie führt aber zu einer Diskriminierung der inländischen Arbeitgeber insofern, als diese sich auch an einen nicht bundesweiten allgemeinverbindlichen Tarifvertrag halten müssen. Kommt es etwa in der Bauindustrie zu regional unterschiedlichen Mindestentgelttarifverträgen, die für allgemeinverbindlich erklärt werden, müsste der nicht qua Mitgliedschaft tarifgebundene inländische Arbeitgeber das Mindestentgelt zahlen, der an derselben Baustelle tätige ausländische aber nicht. Mit dem Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes ist das kaum vereinbar, wenn man in Betracht zieht, dass nach § 1 des Referentenentwurfs Ziele des Gesetzes die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte **und** für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer sowie die Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen sein sollen. Hier besteht noch Klärungsbedarf.

Die zweite Änderung betrifft die **Konkurrenz** mehrerer Anträge auf Allgemeinverbindlicherklärung. Der Verordnungsgeber, also das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, soll bei seiner Entscheidung „ergänzend“ zu den Gesetzeszwecken des § 1 die „Repräsen-

tativität der jeweiligen Tarifverträge“ berücksichtigen. Für die Feststellung der Repräsentativität soll dabei vorrangig abgestellt werden auf

1. die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen,
2. die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat.

Weggefallen ist damit das in der ursprünglichen Fassung des Referentenentwurfs genannte Merkmal des fiskalischen Interesses, dass in Vollzeit beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen für ihren eigenen Lebensunterhalt regelmäßig nicht ergänzend auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende angewiesen sind. Man wird erwarten können, dass in der Praxis der Gesichtspunkt der Repräsentativität im definierten Sinne meist den Ausschlag geben wird. Ob das Bundesministerium für Arbeit und Soziales dabei freilich mehr Gewicht auf die Zahl der von den tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten (auch nicht tarifgebundenen) Arbeitnehmern oder auf die Zahl der vom Tarifvertrag erfassten Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft legen wird, ist offen.

Am vorgesehenen generellen Vorrang für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge vor autonom vereinbarten Tarifverträgen (dazu oben B III 2 b) ändert auch die neue Fassung nichts. Insbesondere wird der in diesem Beitrag für notwendig gehaltene Vorrang unternehmensbezogener beschäftigungssichernder Tarifverträge (dazu oben C II 2 c) nicht eingeräumt.

Der überarbeitete Referentenentwurf zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen schränkt dessen Geltungsbereich von vornherein auf „**Mindestarbeitsentgelte**“ ein. Damit wird dem Bedenken Rechnung getragen, dass hinsichtlich anderer Mindestarbeitsbedingungen ohnehin ein ausreichender gesetzlicher Mindestschutz besteht (dazu oben II 2 b aa).

Anders als die ursprüngliche Fassung sieht die nun vorliegende die Möglichkeit der Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten nur noch vor, wenn in dem betreffenden Wirtschaftszweig **bundesweit** die an Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber weniger als 50 Prozent der unter den Geltungsbereich dieser Tarifverträge fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Dass in einer Region das Quorum von 50 Prozent nicht erreicht wird, genügt also nicht, um dort Mindestarbeitsentgelte festzusetzen.

Auch die **Kriterien** für die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen werden beschränkt. Der Hauptausschuss kann einen Beschluss auf Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten nur fassen, wenn er zugleich feststellt, dass in dem betreffenden Wirtschafts-

zweig – vom Entwurf nicht weiter definierte – „soziale Verwerfungen“ vorliegen. Die Fachausschüsse prüfen im Rahmen einer Gesamtabwägung nur noch, ob die Mindestarbeitsentgelte geeignet sind

1. angemessene Arbeitsbedingungen zu schaffen,
2. faire Wettbewerbsbedingungen für die Unternehmen zu gewährleisten,
3. sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zu erhalten.

Das fiskalische Interesse, dass in Vollzeit beschäftigte Arbeitnehmer für ihren eigenen Lebensunterhalt regelmäßig nicht ergänzend auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende angewiesen sind, wird auch hier gestrichen.

Gleichzeitig wird den Fachausschüssen die Möglichkeit gegeben, bei der Festlegung nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen zu differenzieren. Es können also etwa für die neuen Bundesländer andere Mindestarbeitsentgelte festgelegt werden als für die alten.

Was die Konkurrenz zu autonom vereinbarten Tarifverträgen angeht, bleibt der Entwurf bei der Streichung des bisherigen Vorrangs. Selbst die in der früheren Fassung vorgesehene Bestimmung, nach der die Fachausschüsse die Auswirkungen einer Mindestarbeitsbedingung auf die in dem Wirtschaftszweig oder der Region bereits bestehenden Tarifverträge „berücksichtigen“ sollten, wird gestrichen. Dem in diesem Beitrag für verfassungsrechtlich notwendig gehaltenen Vorrang unternehmensbezogener beschäftigungssichernder Tarifverträge wird also auch hier nicht Rechnung getragen.

Den **Vertrauensschutzgedanken** berücksichtigt die überarbeitete Fassung insofern, als in § 8 Abs. 2 des Gesetzes bestimmt werden soll, dass abweichende Entgeltregelungen in einem vor dem 1. Juni 2008 nach dem Tarifvertragsgesetz abgeschlossenen Tarifvertrag für die Zeit des Bestehens des Tarifvertrags den festgesetzten Mindestarbeitsentgelten vorgehen sollen. Damit wird ein wesentliches verfassungsrechtliches Bedenken (dazu oben C II 2 c) teilweise ausgeräumt. Freilich bleibt das Problem der Verdrängung von Tarifverträgen, die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden sind oder abgeschlossen werden, ohne dass zuvor Mindestarbeitsentgelte festgesetzt worden wären. Die in diesen Fällen verfassungsrechtlich gebotene Übergangsregelung fehlt.

Was die Begründung der überarbeiteten Referentenentwürfe angeht, fällt auf, dass nach wie vor nur auf lediglich am Rande einschlägige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Bezug genommen wird. Die Leitentscheidung für das Verhältnis von Tarifautonomie und Staatseingriff, nämlich der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. April 1996 (oben C II 2 a) bleibt unerwähnt.

Zusammenfassung in Thesen

1. Die Auseinandersetzung um den staatlichen Mindestlohn betrifft das **Verhältnis von Beschäftigungspolitik und Lohnpolitik**. Den Rahmen für diese Auseinandersetzung ziehen die bestehenden Gesetze, die Verfassung und das Europäische Recht.
2. In Gestalt des **Verbots des Lohnwuchers** (§ 138 BGB, § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB) gibt es in Deutschland von je her eine Form des staatlichen Mindestlohns. Das Verbot bezeichnet aber keine allgemeine und absolute, sondern nur eine branchenbezogene und relative Untergrenze der Entgelte.
3. Allgemeinverbindlicherklärung von Entgelttarifverträgen und staatliche Festsetzung von Mindestentgelten stehen als **Wege zum Mindestlohn** nebeneinander. Hingegen bietet das Vergaberecht keinen solchen Weg.
4. **§ 5 des Tarifvertragsgesetzes** sieht schon immer die Möglichkeit der **Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen vor**. Vorausgesetzt ist dabei, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber wenigstens 50 Prozent der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen und dass ein aus je drei Vertretern der Spitzenorganisation der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehender Ausschuss seine Zustimmung erteilt.
5. Das seit 1996 bestehende **Arbeitnehmerentsendegesetz** gibt dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Befugnis, auch ohne Zustimmung des Ausschusses der Spitzenorganisationen im Bauhauptgewerbe, Baunebengewerbe, dem Gebäudereinigerhandwerk und seit kurzem den Briefdienstleistungen Mindestentgelttarifverträge für allgemeinverbindlich zu erklären.
6. Die geplante **Novellierung** des Arbeitnehmerentsendegesetzes soll allgemein der Schaffung und Durchsetzung angemessener Arbeitsbedingungen für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer dienen. Deshalb soll der Geltungsbereich über die bisher erfassten Branchen hinaus auf weitere erstreckt werden.
7. Die Novellierung bezieht den Ausschuss der Spitzenorganisationen bei erstmaliger Allgemeinverbindlicherklärung in einer Branche in die Regelung ein, doch kann nur eine **Mehrheit von fünf der sechs Mitglieder** die Allgemeinverbindlicherklärung verhindern.

8. Die Novellierung sieht eine **doppelte Konkurrenzregelung** vor: Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales soll das Recht erhalten, zwischen mehreren Anträgen auf Allgemeinverbindlicherklärung zu entscheiden. Zum anderen soll der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag allen anderen Tarifverträgen vorgehen.
9. Das **Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen** schaltet der entsprechenden Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales die Entscheidung von Hauptausschuss und Fachausschuss vor, wobei der Hauptausschuss für das Ob der Mindestentgelte in einer bestimmten Branche und der Fachausschuss für das Wie dieser Entgelte zuständig ist. Die bestehende Fassung des Gesetzes legt einen unbedingten Vorrang tarifvertraglicher Bestimmungen fest.
10. Die geplante **Novellierung** soll Zusammensetzung und Verfahren von Hauptausschuss und Fachausschüssen neu regeln.
11. Der bisherige **Vorrang von Tarifverträgen soll gestrichen** und lediglich noch vorgesehen werden, dass die Fachausschüsse die Auswirkungen einer Mindestarbeitsbedingung auf bereits bestehende Tarifverträge zu berücksichtigen haben.
12. Die Beanstandung des **Verwaltungsgerichts Berlin**, die Ermächtigungsgrundlage des geltenden § 1 Abs. 3a des Arbeitnehmerentsendegesetzes decke eine Verdrängung bestehender einschlägiger Tarifverträge nicht, wird in den vorgesehenen Fassungen des Arbeitnehmerentsendegesetzes und des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen ausgeräumt.
13. Da auch die Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz an die Tarifmacht anknüpft, ist die Frage der **Tariffähigkeit** beider Parteien des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrages aufgeworfen.
14. Das **Kartellrecht** steht weder der Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz noch der Festsetzung von Mindestentgelten nach dem Mindestarbeitsbedingungsgesetz entgegen.
15. Die von den Referentenentwürfen herangezogenen **Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts** sagen über die Verfassungsmäßigkeit der Entwürfe nichts aus.
16. Die Zubilligung des Vorrangs der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge und der staatlich festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen vor autonomen tariflichen Regelungen stellt ein **Eingriff in die Tarifautonomie** dar.

17. Für die Rechtfertigung dieses Eingriffs kommt der **Sozialstaatsauftrag des Staates** in Betracht, soweit der Eingriff gemessen an diesem als verhältnismäßig anzusehen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann der Staat dabei eine Einschätzungsprärogative für sich in Anspruch nehmen.
18. Diese **Einschätzungsprärogative** deckt die wirtschaftspolitische und sozialpolitische Entscheidung, in Gestalt der Mindestentgelte der **Lohnpolitik den Vorrang** vor der Beschäftigungspolitik einzuräumen, und zwar auch noch insoweit, als die Mindestentgelte einer Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen im Wege stehen.
19. **Nicht mehr gedeckt** ist der Ausschluss auf die spezifische Situation einzelner Unternehmen und Unternehmensteile bezogener **beschäftigungssichernder Tarifverträge**. An dem Vorrang beschäftigungssichernder Tarifverträge haben auch Arbeitsverträge teil, die auf solche Tarifverträge Bezug nehmen.
20. **Rückwirkende Eingriffe** in bestehende Tarifverträge sind nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen nur beschränkt möglich.
21. Die Koalitionsfreiheit verlangt die **Einbindung der Koalitionen in das Verfahren** zur Allgemeinverbindlicherklärung von Mindestentgelttarifverträgen und zur staatlichen Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen.
22. **Europarechtlich** sind die Allgemeinverbindlicherklärung von Mindestentgelttarifen und die staatliche Festsetzung von Mindestentgelten durch Art. 7 Abs. 2 des Übereinkommens von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht gedeckt. Solche Regelungen dürfen ausländische Arbeitnehmer von ihrem Geltungsbereich wegen des Grundsatzes der Freizügigkeit (Art. 39 Abs. 2 EG) nicht ausnehmen.
23. Die in den Referentenentwürfen vorgesehenen Kontroll- und Meldepflichten sind mit der **Dienstleistungsfreiheit** des Art. 49 EG vereinbar. Aus der Dienstleistungsfreiheit folgt das Gebot der Zuerkennung gleichen Vorrangs für beschäftigungssichernde Tarifverträge.
24. Nach Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages verlangt auch die **Charta der Grundrechte** der Europäischen Union den Vorrang unternehmensbezogener beschäftigungssichernder Tarifverträge vor für allgemeinverbindlich erklärten Mindestentgelttarifverträgen und staatlich festgesetzten Mindestentgelten.
25. **Fazit: Der Gesetzgeber hat sowohl beim Arbeitnehmerentendegesetz wie beim Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen einen wei-**

ten verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Spielraum. Doch verlangt die – auch von der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierte – Tarifautonomie, dass unternehmensbezogene beschäftigungssichernde Tarifverträge Vorrang behalten; dieser kommt auch Arbeitsvertragsparteien zugute, welche auf einen solchen Tarifvertrag Bezug nehmen. Eingriffe in bereits bestehende Tarifverträge müssen dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Vertrauensschutz Rechnung tragen.

Freiburger **Diskussionspapiere** zur Ordnungsökonomik

Freiburg **Discussion Papers** on Constitutional Economics

- 08/4 Löwisch, Manfred:** Staatlicher Mindestlohn rechtlich gesehen – Zu den gesetzgeberischen Anstrengungen in Sachen Mindestlohn
- 08/3 Ott, Notburga:** Wie sichert man die Zukunft der Familie?
- 08/2 Vanberg, Viktor J.:** Schumpeter and Mises as ‘Austrian Economists’
- 08/1 Vanberg, Viktor J.:** The ‘Science-as-Market’ Analogy: A Constitutional Economics Perspective.
- 07/9 Wohlgemuth, Michael:** Learning through Institutional Competition.
- 07/8 Zweynert, Joachim:** Die Entstehung ordnungsökonomischer Paradigmen – theoriegeschichtliche Betrachtungen.
- 07/7 Körner, Heiko:** Soziale Marktwirtschaft. Versuch einer pragmatischen Begründung.
- 07/6 Vanberg, Viktor J.:** Rational Choice, Preferences over Actions and Rule-Following Behavior.
- 07/5 Vanberg, Viktor J.:** Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie.
- 07/4 Goldschmidt, Nils / Rauchenschwandtner, Hermann:** The Philosophy of Social Market Economy: Michel Foucault’s Analysis of Ordoliberalism.
- 07/3 Fuest, Clemens:** Sind unsere sozialen Sicherungssysteme generationengerecht?
- 07/2 Pelikan, Pavel:** Public Choice with Unequally Rational Individuals.
- 07/1 Voßwinkel, Jan:** Die (Un-)Ordnung des deutschen Föderalismus. Überlegungen zu einer konstitutionenökonomischen Analyse.
- 06/10 Schmidt, André:** Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht.
- 06/9 Vanberg, Viktor J.:** Individual Liberty and Political Institutions: On the Complementarity of Liberalism and Democracy.
- 06/8 Goldschmidt, Nils:** Ein „sozial temperierter Kapitalismus“? – Götz Briefs und die Begründung einer sozialetisch fundierten Theorie von Markt und Gesellschaft. Veröffentlicht in: Freiburger Universitätsblätter 42, Heft 173, 2006, S. 59-77.
- 06/7 Wohlgemuth, Michael / Brandi, Clara:** Strategies of Flexible Integration and Enlargement of the European Union. A Club-theoretical and Constitutional Economics Perspective.
- 06/6 Vanberg, Viktor J.:** Corporate Social Responsibility and the “Game of Catallaxy”: The Perspective of Constitutional Economics.
- 06/5 Pelikan, Pavel:** Markets vs. Government when Rationality is Unequally Bounded: Some Consequences of Cognitive Inequalities for Theory and Policy.
- 06/4 Goldschmidt, Nils:** Kann oder soll es Sektoren geben, die dem Markt entzogen werden und gibt es in dieser Frage einen (unüberbrückbaren) Hiatus zwischen ‚sozialetischer‘ und ‚ökonomischer‘ Perspektive? Veröffentlicht in: D. Aufderheide, M. Dabrowski (Hrsg.): Markt und Wettbewerb in der Sozialwirtschaft. Wirtschaftsethische Perspektiven für den Pflegesektor, Berlin: Duncker & Humblot 2007, S. 53-81.
- 06/3 Marx, Reinhard:** Wirtschaftsliberalismus und Katholische Soziallehre.
- 06/2 Vanberg, Viktor J.:** Democracy, Citizen Sovereignty and Constitutional Economics.

- 06/1 Wohlgemuth, Michael:** Demokratie und Marktwirtschaft als Bedingungen für sozialen Fortschritt. Veröffentlicht in: R. Clapham, G. Schwarz (Hrsg.): Die Fortschrittsidee und die Marktwirtschaft, Zürich: Verlag Neue Zürcher Zeitung 2006, S. 131-162.
- 05/13 Kersting, Wolfgang:** Der liberale Liberalismus. Notwendige Abgrenzungen. In erweiterter Fassung veröffentlicht als: Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik Nr. 173, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.
- 05/12 Vanberg, Viktor J.:** Der Markt als kreativer Prozess: Die Ökonomik ist keine zweite Physik. Veröffentlicht in: G. Abel (Hrsg.): Kreativität. XX. Deutscher Kongress für Philosophie. Kolloquiumsbeiträge, Hamburg: Meiner 2006, S. 1101-1128.
- 05/11 Vanberg, Viktor J.:** Marktwirtschaft und Gerechtigkeit. Zu F.A. Hayeks Kritik am Konzept der „sozialen Gerechtigkeit“. Veröffentlicht in: Jahrbuch Normative und institutionelle Grundfragen der Ökonomik, Bd. 5: „Soziale Sicherung in Marktgesellschaften“, hrsg. von M. Held, G. Kubon-Gilke, R. Sturn, Marburg: Metropolis 2006, S. 39-69.
- 05/10 Goldschmidt, Nils:** Ist Gier gut? Ökonomisches Selbstinteresse zwischen Maßlosigkeit und Bescheidenheit. Veröffentlicht in: U. Mummert, F.L. Sell (Hrsg.): Emotionen, Markt und Moral, Münster: Lit 2005, S. 289-313.
- 05/9 Wohlgemuth, Michael:** Politik und Emotionen: Emotionale Politikgrundlagen und Politiken indirekter Emotionssteuerung. Veröffentlicht in: U. Mummert, F.L. Sell (Hrsg.): Emotionen, Markt und Moral, Münster: Lit 2005, S. 359-392.
- 05/8 Müller, Klaus-Peter / Weber, Manfred:** Versagt die soziale Marktwirtschaft? – Deutsche Irrtümer.
- 05/7 Borella, Sara:** Political reform from a constitutional economics perspective: a hurdle-race. The case of migration politics in Germany.
- 05/6 Körner, Heiko:** Walter Eucken – Karl Schiller: Unterschiedliche Wege zur Ordnungspolitik.
- 05/5 Vanberg, Viktor J.:** Das Paradoxon der Marktwirtschaft: Die Verfassung des Marktes und das Problem der „sozialen Sicherheit“. Veröffentlicht in: H. Leipold, D. Wentzel (Hrsg.): Ordnungsökonomik als aktuelle Herausforderung, Stuttgart: Lucius & Lucius 2005, S. 51-67.
- 05/4 Weizsäcker, C. Christian von:** Hayek und Keynes: Eine Synthese. In veränderter Fassung veröffentlicht in: ORDO, Bd. 56, 2005, S. 95-111.
- 05/3 Zweynert, Joachim / Goldschmidt, Nils:** The Two Transitions in Central and Eastern Europe and the Relation between Path Dependent and Politically Implemented Institutional Change. In veränderter Fassung veröffentlicht in: Journal of Economic Issues, Vol. 40, 2006, S. 895-918.
- 05/2 Vanberg, Viktor J.:** Auch Staaten tut Wettbewerb gut: Eine Replik auf Paul Kirchhof. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 56, 2005, S. 47-53.
- 05/1 Eith, Ulrich / Goldschmidt, Nils:** Zwischen Zustimmungsfähigkeit und tatsächlicher Zustimmung: Kriterien für Reformpolitik aus ordnungsökonomischer und politikwissenschaftlicher Perspektive. Veröffentlicht in: D. Haubner, E. Mezger, H. Schwengel (Hrsg.): Agendasetting und Reformpolitik. Strategische Kommunikation zwischen verschiedenen Welten, Marburg: Metropolis 2005, S. 51-70.
- 04/15 Zintl, Reinhard:** Zur Reform des Verbändestaates. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 183-201.
- 04/14 Blankart, Charles B.:** Reform des föderalen Systems. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 135-158.
- 04/13 Arnim, Hans Herbert von:** Reformen des deutschen Parteiensystems. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 87-117.
- 04/12 Goldschmidt, Nils:** Alfred Müller-Armack and Ludwig Erhard: Social Market Liberalism.

- 04/11 Vanberg, Viktor J.:** The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism.
- 04/10 Vanberg, Viktor J.:** Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy. Veröffentlicht in: Journal of Institutional Economics, Vol. 1 (1), 2005, p. 23-49.
- 04/9 Goldschmidt, Nils / Klinckowstroem, Wendula Gräfin v.:** Elisabeth Liefmann-Keil. Eine frühe Ordolibérale in dunkler Zeit. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt (Hrsg.): Wirtschaft, Politik und Freiheit. Freiburger Wirtschaftswissenschaftler und der Widerstand, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 177-204.
- 04/8 Albert, Hans:** Wirtschaft, Politik und Freiheit. Das Freiburger Erbe. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt (Hrsg.), Wirtschaft, Politik und Freiheit. Freiburger Wirtschaftswissenschaftler und der Widerstand, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 405-419.
- 04/7 Wohlgemuth, Michael / Sideras, Jörn:** Globalisability of Universalisability? How to apply the Generality Principle and Constitutionalism internationally.
- 04/6 Vanberg, Viktor J.:** Sozialstaatsreform und ‚soziale Gerechtigkeit‘. Veröffentlicht in: Politische Vierteljahresschrift, Jg. 45, 2004, S. 173-180.
- 04/5 Frey, Bruno S.:** Direct Democracy for a Living Constitution. In deutscher Übersetzung veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 26-86.
- 04/4 Commun, Patricia:** Erhards Bekehrung zum Ordoliberalismus: Die grundlegende Bedeutung des wirtschaftspolitischen Diskurses in Umbruchszeiten.
- 04/3 Vanberg, Viktor J.:** Austrian Economics, Evolutionary Psychology and Methodological Dualism: Subjectivism Reconsidered. Veröffentlicht in: R. Koppl (ed.): Evolutionary Psychology and Economic Theory (Advances in Austrian Economics, Vol. 7), Amsterdam et al.: Elsevier 2004, p. 155-199.
- 04/2 Vaubel, Roland:** Reformen der europäischen Politikverflechtung. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 118-134.
- 04/1 Wohlgemuth, Michael:** The Communicative Character of Capitalistic Competition. A Hayekian response to the Habermasian challenge. Veröffentlicht in: The Independent Review, Vol. 10 (1), 2005, p. 83-115.
- 03/10 Goldschmidt, Nils:** Zur Theorie der Sozialpolitik. Implikationen aus ordnungsökonomischer Perspektive. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt, M. Wohlgemuth (Hrsg.): Die Zukunft der Sozialen Marktwirtschaft. Sozialethische und ordnungsökonomische Grundlagen, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, S. 63-95.
- 03/9 Buchanan, James M:** Same Players, Different Game: How Better Rules Make Better Politics. In deutscher Übersetzung veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 25-35.
- 03/8 Dathe, Uwe / Goldschmidt, Nils:** Wie der Vater, so der Sohn? Neuere Erkenntnisse zu Walter Euckens Leben und Werk anhand des Nachlasses von Rudolf Eucken in Jena. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 54, 2003, S. 49-74.
- 03/7 Vanberg, Viktor J.:** The Status Quo in Contractarian Constitutionalist Perspective. Veröffentlicht in: Constitutional Political Economy, Vol. 15, 2004, p. 153-170.
- 03/6 Vanberg, Viktor J.:** Bürgersouveränität und wettbewerblicher Föderalismus: Das Beispiel der EU. Veröffentlicht in: W. Schäfer (Hrsg.): Zukunftsprobleme der europäischen Wirtschaftsverfassung, Berlin: Duncker & Humblot 2004, S. 51-86.
- 03/5 Pelikan, Pavel:** Bringing Institutions into Evolutionary Economics: Another View with Links to Changes in Physical and Social Technologies. Veröffentlicht in: Journal of Evolutionary Economics, Vol. 13, 2003, p. 237-258.
- 03/4 Nau, Heino Heinrich:** Reziprozität, Eliminierung oder Fixierung? Kulturkonzepte in den Wirtschaftswissenschaften im Wandel. Veröffentlicht in: G. Blümle u.a. (Hrsg.): Perspektiven einer kulturellen Ökonomik, Münster: Lit-Verlag 2004, S. 249-269.

- 03/3 Vanberg, Viktor J.:** The Rationality Postulate in Economics: Its Ambiguity, its Deficiency and its Evolutionary Alternative. Veröffentlicht in: Journal of Economic Methodology, Vol. 11, 2004, p. 1-29.
- 03/2 Goldschmidt, Nils / Berndt, Arnold:** Leonhard Miksch (1901–1950) – A Forgotten Member of the Freiburg School. Veröffentlicht in: American Journal of Economics and Sociology, Vol. 64, 2005, p. 973-998.
- 03/1 Vanberg, Viktor J.:** Die Verfassung der Freiheit: Zum Verhältnis von Liberalismus und Demokratie. Veröffentlicht in: N. Berthold, E. Gundel (Hrsg.): Theorie der sozialen Ordnungspolitik, Stuttgart: Lucius & Lucius 2003, S. 35-51.
- 02/8 Fischer, Christian:** Europäisierung der nationalen Zivilrechte – Renaissance des institutionellen Rechtsdenkens?
- 02/7 Wohlgenuth, Michael:** Schumpeterian Political Economy and Downsian Public Choice: Alternative economic theories of democracy. Veröffentlicht in: A. Marciano, J.-M. Josselin (eds.): Law and the State. A Political Economy Approach, Cheltenham: Edward Elgar 2005, p. 21-57.
- 02/6 Schnellenbach, Jan:** The Evolution of a Fiscal Constitution When Individuals are Theoretically Uncertain. Veröffentlicht in: European Journal of Law & Economics, Vol. 17, 2004, p. 97-115.
- 02/5 Vanberg, Viktor J.:** Rationalitätsprinzip und Rationalitätshypothesen: Zum methodologischen Status der Theorie rationalen Handelns. Veröffentlicht in: H. Siegenthaler (Hrsg.): Rationalität im Prozess kultureller Evolution. Rationalitätsunterstellungen als eine Bedingung der Möglichkeit substantieller Rationalität des Handelns, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 33-63.
- 02/4 Märkt, Jörg:** Zur Methodik der Verfassungsökonomik. Die Aufgabe eines vertrags-theoretisch argumentierenden Ökonomen.
- 02/3 Märkt, Jörg:** Armutsexternalitäten: Verfassungsökonomische Rechtfertigung einer kollektiven Grundsicherung. Veröffentlicht in: Analyse & Kritik 25, 2003, S. 80-100.
- 02/2 Pelikan, Pavel:** Why Economic Policies Need Comprehensive Evolutionary Analysis. Veröffentlicht in: P. Pelikan, G. Wegner (eds.): The Evolutionary Analysis of Economic Policy, Cheltenham, Northampton: Elgar 2003, p. 15-45.
- 02/1 Vanberg, Viktor J.:** F. A. Hayek und die Freiburger Schule. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 54, 2003, S. 3-20.

<http://www.walter-eucken-institut.de/publikationen/diskussionspapiere.htm>