

Gerechtigkeit durch Mindestlohn

Die vorliegenden Gesetzesentwürfe gehen einen falschen Weg

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.*

Der Mindestlohn hat eine soziale, eine ökonomische und eine juristische Dimension. Der soziale Gedanke legitimiert ihn, die ökonomische Sorge stellt ihn in Frage, das juristische Handwerk setzt ihn um. Ihr gelungener Ausgleich zielt auf Gerechtigkeit. Doch ist es ein Ausdruck von Gerechtigkeit, mehr zu verdienen als es das Ergebnis eines unregulierten Markts wäre? Und wenn dem so ist: Wie viel mehr soll der Arbeitnehmer verdienen als der Markt ihm gibt? Schon das Neue Testament sucht hierauf eine Antwort. Im Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg erhält jeder Knecht am Ende des Tages einen Denar, und mag er auch nur eine Stunde gearbeitet haben. Ein Denar entsprach dem, was ein Tagelöhner brauchte, um zu leben. *Joachim Jeremias*, der große Exeget der Gleichnisse Jesu, spricht daher vom „Gleichnis vom gerechten Lohn“: Nicht was ich erwirtschaftete, sondern was ich brauche gibt mir der Herr des Weinbergs als Lohn der Arbeit. Die moderne Theologie trägt diesen Gedanken fort. Die Arbeit ist so zu entlohnen, „dass dem Arbeiter die Mittel zu Gebote stehen, um sein und der Seinigen materielles, soziales, kulturelles und spirituelles Dasein angemessen zu gestalten“ heißt es im Kompendium der Soziallehre der katholischen Kirche – jedoch eben nur „gemäß der Funktion und Leistungsfähigkeit des Einzelnen, der Lage des Unternehmens und unter Rücksicht auf das Gemeinwohl“. *Working poors* soll es nicht geben, doch die Produktivität eines Arbeitsverhältnisses kann nicht außen vor gelassen werden. Der alte Zielkonflikt zwischen dem, was sozial wünschenswert ist, und dem, was ökonomisch vertretbar ist, wird klar umrissen, doch bleibt er ohne Lösung. Will die Politik ernst genommen werden, dann muss ihr dieser Kompromiss zwischen diesen beiden Polen für die Arbeitnehmerschaft *insgesamt* gelingen. Nicht Stückwerk im Einzelfall, sondern tragfähige Fundamente einer gerechten Fortentwicklung des Arbeitsrechts sind gefragt.

Die bisherigen Versuche werden dem nicht gerecht. Was wir bislang haben, taugt nicht viel, und mehr noch: es ist schädlich, weil es den Weg versperrt, den Weg für bessere Lösungen. Das gilt insbesondere für die zurzeit vorliegenden Entwürfe zum Mindestlohn.

Die Koalition baut auf ihrem Beschluss vom 18. Juni vergangenen Jahres auf. Der Gesetzgeber will die Möglichkeit schaffen, flächendeckende Mindestlöhne einzuführen – in Branchen mit einer Tarifbindung von über 50% über die Regelungen des Arbeitnehmerentendegesetzes (AEntG), in Branchen mit einer geringeren Tarifbindung über die Regelungen des Mindestarbeitsbedingungengesetzes (MiArbG). Doch bedarf es für das AEntG mehrerer Schritte. Die Einbeziehung einer neuen Branche in das Gesetz – über den bisherigen Bereich der Bauwirtschaft und der Gebäudereinigung hinaus – soll kein Automatismus sein. Vielmehr war ein gemeinsamer Antrag von Tarifvertragsparteien der betreffenden Branche bis zum 31. März 2008 erforderlich; sieben Branchen haben sich gemeldet – deutlich weniger als erwartet. Was also auf den ersten Blick nach umfassendem Arbeitnehmerschutz vorbei an Gewerkschaft und Arbeitgeberverband aussieht, offenbart bei näherem Hinsehen gewichtige Defizite. Welcher Arbeitnehmer geschützt ist, ist letztlich willkürlich. Nicht wenige bleiben gänzlich ohne Schutz. Es fehlt offensichtlich an einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der Arbeitsverhältnisse, die in Branchen des MiArbG fallen und solchen in Branchen außerhalb des Gesetzes. Die hälftige Tarifbindung einer Branche, die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des AEntG ist, ist nur sinnvoll als Unterscheidungskriterium, ob der Staat seinerseits tätig wird, um Mindestlöhne zu setzen oder es den Tarifvertragsparteien überlässt, die dann aber in einer Branche eben auch überwiegend tätig werden müssen. Keinen Sinn macht die Unterscheidung im Hinblick darauf, ob es überhaupt zum Schutz kommt. Mit anderen Worten: Eine Friseurin, die in Mecklenburg-Vorpommern 3,50 Euro pro Stunde verdient, wird auch nach Inkrafttreten dieser Gesetze weiter damit leben müssen, denn ihre Branche ist überwiegend von Tarifverträgen erfasst, so dass das MiArbG nicht greift. Dass sie selber nicht vom Tarifvertrag profitiert, ist für den Gesetzgeber kein Argument. Nur wenn Arbeitgeberverband und Gewerkschaft den Willen zur Aufnahme ihrer Branche in das Arbeitnehmerentendegesetzes bekunden, könnte auch ihr geholfen werden. Das aber ist nicht erfolgt und wird wohl auch nicht geschehen.

Der Unterschied wird umso größer, als das MiArbG nicht nur einen Mindestarbeitslohn im Sinne der Exi-

* Der Autor ist geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

stanzsicherung festschreiben will, sondern es soll allgemein Grundlage der Festlegung angemessener Löhne entsprechend der jeweiligen Tätigkeit sein. Damit tritt der Staat in direkte Konkurrenz zu den Tarifvertragsparteien. Er kann staatliche Löhne festlegen differenziert nach Tätigkeit, Qualifikation und Region – und kann damit Löhne festsetzen genauso wie Tarifverträge. Das ist international einmalig. Dort kennt man nur den einen untersten staatlichen Mindestlohn zur Existenzsicherung, nicht aber ganze Mindestlohngitter.

Das, was man bislang geschafft hat, zeigt, in welcher Sackgasse die Politik steckt. Zudem: Einzig der Mindestlohn in der Briefzustellerbranche ist bislang gekommen. Und das nicht, weil man erkannt hat, dass es Löhne gibt, die zum Leben nicht reichen und die ein Skandalon sozialer Marktwirtschaft sein können. Nicht weil man sich bewusst geworden ist, dass Arbeit angemessen entlohnt werden soll. Denn wäre das der Grund, dann hätte man größere Felder als die Postbranche beackert, hätte der Gesetzgeber an ganz anderer Stelle Hand angelegt. Wir sind in der Mindestlohn-debatte gestartet mit der Friseurin in Eberswalde, die 3,50 Euro pro Stunde verdient. Sie wird erst einmal weiter damit leben und arbeiten müssen, denn wichtiger war es, den Briefträgern (ungelernte Arbeitnehmer, anders als die Friseurin) 9,80 € zu sichern. Die Politik hat sich vor den Karren fremder Ziele spannen lassen. Sie wollte den Arbeitnehmerschutz und bekam das Briefmonopol mit anderen Mitteln. Die Deutsche Telekom hat durch schmerzvolle Ausgliederungen ihre Arbeitsbedingungen denen des Markts angepasst. Die Deutsche Post geht den umgekehrten Weg und will durch den Mindestlohn die Arbeitsbedingungen des Marktes ihren Arbeitsbedingungen anpassen. Sie segelt unter fremder Flagge: Was als sozialstaatliche Errungenschaft gemeint ist, wird zum ordnungspolitischen Fehltritt.

Welche Erwartungen damit verbunden sind, zeigt vor allem die Außensicht der Dinge. Die Niederlande haben die Liberalisierung ihres Postmarktes mit Hinweis auf den deutschen Mindestlohn erst einmal ausgesetzt. Und der Kommentator der Financial Times titelt drastisch „Berlin blunder boosts monopoly“ in der Vermutung, dass die Regierung wegen des damit einhergehende Verlusts von Arbeitsplätzen – durch das Handeln der Pin Group AG bereits traurige Wirklichkeit geworden – bereuen werde, was sie getan hat. Doch Reue setzt die Erkenntnis voraus, gesündigt zu haben. Wenn die der Politik fehlt, dann können nur noch die Gerichte das Vorhaben stoppen. Diese Klippe hat die Politik in ihrem falschen Kurs noch nicht umsegelt. Zu viele Einwände liegen greifbar auf der Hand, dass

dem neuen Recht unproblematisch Gesetzeskonformität bescheinigt werden könnte. Angreifbar ist sowohl der Tarifvertrag, den Verdi und der Arbeitgeberverband Postdienstleister geschlossen haben, als auch die Rechtsverordnung, mit der das Arbeitsministerium die Tarifgeltung auf die Branche erstrecken will, als auch das geänderte Arbeitnehmerentendegesetz, das ihm diesen Schritt ermöglichen soll. Die erste gerichtliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin liegt seit dem 7.3.2008 vor und hat der Politik deutlich gesagt, dass was hier geschaffen wurde nicht nur rechtspolitisch verfehlt, sondern zudem rechts- und verfassungswidrig ist.

Die Summa dieser Entwicklung ist eindeutig und denkbar knapp: Die Gerichte zerpflücken das Stückwerk der Politik. Vielleicht gibt ihr erneutes Nachdenken dann den Mut, statt der kleinen Lösung den etwas größeren Wurf zu wagen, und das Thema Mindestlohn noch einmal breitflächig anzugehen. Hierzu müssten jedoch zunächst die Ziele, die man verfolgt, klarer herausgearbeitet werden: Soll der Mindestlohn die Existenz des Arbeitnehmers sichern oder die Ausbeutung geringqualifizierter und daher verhandlungsschwacher Arbeitnehmer verhindern? Mit anderen Worten: Soll er sich an dem orientieren, was der Arbeitnehmer zum Leben braucht, oder welche Wertschöpfung aus seinem Arbeitsverhältnis unter gewöhnlichen Umständen zu erwarten ist? Obwohl die aktuelle Diskussion eher in die erste Richtung deutet, kann nur letzteres langfristig tragbar sein. Es ist nicht Aufgabe des Arbeitgebers, sondern der Sozialkassen und letztlich des Gemeinwesens insgesamt, sicherzustellen, dass jeder das hat, was er zum Leben braucht. Es mag eine ethische Verpflichtung geben, nur fair gehandelten Kaffee zu kaufen – aber es gibt keine Verpflichtung Kaffee zu trinken. Mit anderen Worten: Der Arbeitnehmer arbeitet um Geld zu verdienen – und der Arbeitgeber beschäftigt um Geld zu verdienen. Wo der Arbeitsvertrag nicht gewinnbringend für beide Seiten ist, wird er nicht geschlossen. Was nicht erwirtschaftet wird, wird vom Arbeitgeber auch nicht bezahlt werden, und die Vorstellung, das Lohnkartell des Mindestlohns würde es ermöglichen, die Kostenerhöhungen eins zu eins an die Kunden weiter zu geben und so die Wertschöpfung des Arbeitsverhältnis zu erhöhen, geht fehl, wo Dienstleistungen oder Produkte substituiert werden können und wo der Nutzen der Leistung für den Abnehmer nicht deutlich über seinem Preis liegt: Wird der Friseur zu teuer, dann lässt man sich seltener die Haare schneiden oder die Mutter schneidet die Haare der Kinder selber. Ist der Friseur in Eberswalde zu teuer, dann geht der Kunde nach Polen. Dem Friseur nutzt das nicht – die Frage ist nur, wie viel Frisören es schadet.

Weil dies eben empirisch nur schwer abzuschätzen ist, muss der Gesetzgeber sich auf Regeln vernünftigen Vermutens stützen können – muss sie umgekehrt aber auch beachten. Es ist technisch der Ausgleich zwischen Arbeitnehmersicherung und Arbeitsmarktbelastung so zu schaffen, dass unnötige Reibungen, die weder dem einen noch dem anderen Ziel diesen, vermieden werden. Gerade hier setzt die juristisch-handwerkliche Seite des Vorhabens an, und gerade hier sind die vorliegenden Entwürfe verbesserbar, auch für den, der das Ziel des Gesetzes selber nicht in Frage stellen will. So kann es durchaus sinnvoll sein, den Mindestlohn – wie im Arbeitnehmerentendegesetz vorgesehen – branchenspezifisch, aber regelmäßig wird es nicht sinnvoll sein, ihn regional festzulegen. Letzteres nicht, weil sich hieran unterschiedliche Lebenshaltungskosten widerspiegeln, sondern nur dort, wo eben nicht nur branchenabhängig sondern auch regional eine unterschiedliche Möglichkeit der Wertschöpfung aus ein und derselben Tätigkeit besteht: Ein Friseur in München kann mehr für einen Haarschnitt verlangen als sein Pendant in Eberswalde. Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen gibt diese Möglichkeit zu breitflächig an, indem es generell von regionalen Festsetzungen ausgeht, und eben die unterschiedlichen Lebenshaltungskosten hierfür als Begründung anführt.

Vor allem aber müssen an dieser Festsetzung die Sozialpartner stärker beteiligt werden als bislang angedacht – vielleicht nicht notwendig mit zwingenden Vorgaben, jedoch stets als beratende Instanz, die näher an der Sache ist als ein staatlicher Preiskommissar. Hierfür gibt es zahlreiche Beispiele im Ausland. Das System in Frankreich, Großbritannien und den Niederlanden funktioniert so; den Empfehlungen der Sozialpartner wird meist gefolgt. Es gibt immer noch einen Entwurf des Landes Rheinland-Pfalz im Bundesrat für ein Mindestlohngesetz; das ist klüger gedacht, denn es orientiert sich am britischen Modell einer *low pay commission*. Der Lohn wird festgesetzt von einer unabhängigen Kommission aus Experten: Gewerkschaftler, Manager, Wissenschaftler – nicht von Ministerialräten, wie es zurzeit im Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen geplant ist.

Sichergestellt muss dann werden, dass der für alle Arbeitnehmer verbindliche Lohn bereits einer war, der zuvor von der Mehrheit der Branche gezahlt wurde – ansonsten zeigt sich, dass der Lohn eben weit vom marktadäquaten entfernt ist. Eben diesen Weg – den das Arbeitnehmerentendegesetz bislang verfolgte – will man nun verlassen. Wenn es nur wenige Arbeitgeber sind, die erhöhte Löhne zahlen, viele andere Arbeitgeber aber niedrigere, dann besteht keine Ver-

mutung dafür, dass die angemessenen Löhne gerade die Minderheit der Arbeitgeber zahlt. Grundlage der Tariferstreckung ist die Überlegung, dass die Tarifbindungen der Mehrheit auch einer Minderheit zugemutet werden können: Es kann nicht richtig sein, dass eine Minderheit der Arbeitgeber der Mehrheit ihre Vorstellungen aufdrängt. Ökonomisch wäre es fatal, verfassungsrechtlich fragwürdig – aber gerade dies wollen die vorliegenden Entwürfe ermöglichen. Dies ist ihr zurzeit wohl am heftigsten kritizierter Fehler – zurecht.

Weil ein entscheidender Parameter des Mindestlohns die Produktivität des Arbeitsverhältnisses sein sollte und dem belastenden Effekt der wirtschaftlichen Entwicklung flexibel begegnet werden muss, ist eine automatische indexgekoppelte Anpassung des Mindestlohns nicht zu empfehlen. Auch hier geht das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen den richtigen Weg. Gerade aus arbeitsmarktpolitischen Gründen hat man einen solchen Automatismus auch in den meisten anderen europäischen Ländern abgelehnt. Prominente Ausnahme scheint hier nur Frankreich zu sein. Dort ist der Mindestlohn zum einen zwingend an die Inflationsentwicklung gebunden und eine Steigerung des Kaufpreisindex von mehr als 2 % führt automatisch zu einer Anpassung (Art. L. 141-3 Code du Travail). Daneben tritt die Anpassung nach Art. L. 141-4 Code du Travail, die sich an der nationalen Tarifentwicklung orientiert. Die Commission nationale de la négociation collective spricht eine Empfehlung an die Regierung aus, der Tarifentwicklung Rechnung zu tragen. Diese fakultative Erhöhung hat eine Mindestgrenze nach Art. L. 141-5 Code du Travail, wonach die jährliche Anpassung des SMIC nicht geringer sein darf als der Durchschnitt der Tarifsteigerungen einer bestimmten Referenzgruppe. Hier zeigt sich noch einmal der Wert der Sozialpartner: Eine automatische Anpassung wird entbehrlich und ebenso eine staatliche, und damit oftmals wahlkampfbedingte Festlegung – die aktuelle Entwicklung bei der Rente zeigt, wohin das führt. Hierin liegt eine der größten Gefahren im aktuellen Gesetzesentwurf.

Eine Beteiligung der Sozialpartner an der Festlegung des Mindestlohns spannt dann auch die Brücke zu einem verfassungskonformen Einbau des neuen Instruments. Hier ist Feinabstimmung nötig. Ein Mindestlohn sollte da festgesetzt werden kann, wo Tarifverträge fehlen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geht davon aus, dass ein zu rechtfertigender Eingriff in die Tarifautonomie vorliegt, wenn denn der Staat seine ungünstigeren Arbeitsbedingungen gegenüber dem Tarifvertrag durchsetzen will, er also in das Verhandlungsergebnis der Tarifvertragsparteien eingreift. Ein solcher Eingriff kann auch

darin liegen, den Tarifvertrag nach oben anzupassen, den Mindestlohn durchzusetzen wollen, wenn Tarifverträge weniger festlegen. Der Mindestlohn muss daher tarifvertraglich abdingbar sein – gerade dies sehen die aktuellen Gesetzesentwürfe nicht vor. Dann kann auch auf Öffnungsklauseln für gefährdete Betriebe verzichtet werden, wie sie sich etwa im niederländischen Mindestlohngesetz finden. Dort kann auf Antrag eines Arbeitgebers oder eines Arbeitgeberverbands der Minimallohn für bestimmte Arbeitnehmergruppen in einem Unternehmen bzw. einer Branche herabgesetzt werden, wenn nach Einschätzung der Behörde der Weiterbestand von bzw. der Umfang der Abteilung im Unternehmen oder die Branche oder ein Berufsstand ernsthaft in Gefahr ist. Mit dieser Feststellung können Bedingungen verknüpft werden. Auf einen Antrag wird nicht entschieden, solange nicht ersichtlich ist, dass der Beantragende nach Einschätzung der Behörde mit repräsentativen Organisationen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern sich in der Sache auseinandergesetzt hat.

Wenn aber danach der Mindestlohn nicht die Existenz des Arbeitnehmers sichern kann, dann bedarf es zuweilen der Aufstockung. Eigener Verdienst und staatlicher Zuschuss gemeinsam sichern das, was der Arbeitnehmer zum menschenwürdigen Leben braucht. Auch das Institut des Kombilohns hat Vorbilder im Ausland, doch auch der Kombilohn ist nicht unumstritten. Dies nicht wegen der Gefahr höherer Arbeitslosigkeit, sondern wegen möglicher Mitnahmeeffekte seitens der Arbeitgeber. Dort wo der Staat Teile des Lohns zahlt, mag der Arbeitgeber weniger zahlen als er könnte. Der Arbeitgeber senkt sein Lohnangebot um den Teil, den der Staat nun für ihn übernimmt. Die ökonomischen Stimmen, die einen solchen Mitnahmeeffekt befürchten oder zumindest solche, die ihn in einem größeren Ausmaße erwarten, sind jedoch seltener als diejenigen, die einem Mindestlohn die Tendenz zur Erhöhung der Arbeitslosigkeit zuschreiben. Die Gründe hierfür sind offensichtlich: Der Arbeitnehmer hat auch bei staatlichen Lohnzuschüssen weiterhin den Anreiz, das höchste Angebot für seine Arbeitsleistung zu suchen und weil dem so ist, wird der Arbeitgeber sein Angebot nicht beliebig nach unten absenken können. Dort wo freilich der Arbeitsmarkt nicht funktioniert, kann dieser Kontrollmechanismus versagen. Gerade hierfür bedarf es dann des Mindestlohns, der die Unterbietung nach unten begrenzt. Ein Kombilohn ohne einen Mindestlohn darf es daher nicht geben – wie auch im Ausland stets der Kombilohn mit der Garantie eines Mindestlohns verbunden ist. Kombilohn und Mindestlohn sind kein Entweder/Oder, sondern ein Sowohl/Als auch. Der entgegenstehende Vorschlag des ifo-Instituts wäre nicht nur international einmalig, sondern auch kontraproduktiv.

Die technische Realisierung dieses Vorhabens wird schwer fallen, denn das Arbeitslosengeld II zielt bereits auf eine einkommensunabhängige Existenzsicherung. Auch der, der nichts verdient, bekommt, was er braucht. Wieso soll er eine Arbeit zum Mindestlohn annehmen, die ihm eben nicht mehr gibt, als er ohne sie bekommt? Einzig gangbarer Weg kann daher mittelfristig die Erhöhung der Hinzuverdienstgrenzen sein und eine effektivere Sanktionierung der Ablehnung zumutbarer Arbeit. Mutigere Stimmen gehen weiter. Leitbild eines gänzlich anderen Modells kann das Recht der USA sein, wie es sich ähnlich auch in Großbritannien findet. Ergänzend zum Mindestlohn tritt hier ein vom Stundenlohn unabhängiger und allein auf den Jahreslohn bezogener staatlicher Zuschuss, der sog. *Earned Income Tax Credit* (EITC). Dieser gesondert zu beantragende Steuerausgleich existiert nach dem Stand 2007 für alle Arbeitnehmer, die im Jahr weniger als 37.783,-\$ verdient haben. Die Steuerschuld kann hierdurch gemindert werden und – bei hinreichend geringem Einkommen – führt dies zu einem Zahlungsanspruch gegen den Staat. Erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer tatsächlich Einkommen erzielt hat. Eine Steuergutschrift kann auch derjenige erhalten, der deutlich mehr als den Mindestlohn verdient, insbesondere wenn er von ihm abhängige Angehörige hat. Die Schwellenwerte des EITC werden jedes Jahr angehoben, entsprechend der allgemeinen Einkommensentwicklung der davon abhängigen Armutsdefinition der Bundessteuerbehörde. Das Maximum des über die Steuerbefreiung hinausgehenden positiven Rückfluss an den Arbeitnehmer lag im Jahre 2007 bei 4.716,-\$ für Arbeitnehmer mit zwei oder mehr Kindern.

All dies zeigt, wie fruchtbar es sein kann, den Blick zu weiten. Die Beschlüsse der Koalition sollten nicht das letzte Wort sein, das die Politik zu diesem Thema gesprochen hat. Die bisherige Entwicklung war pfadabhängig: Man wollte das Vorhandene weiterentwickeln, weil man sich nicht traute, Besseres an seine Stelle zu setzen. Doch wer den Mindestlohn schaffen will, der kann dies nicht tun ohne den genauen Blick auf das Recht der sozialen Sicherung, die europäische Wettbewerbsfreiheit und die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie. Hierfür darf die Politik sich die Zeit nehmen, die sie braucht. Bis der U.S.-amerikanische Mindestlohn in Gesetzesform vorlag, gingen mehr als vier Jahre Beratungen voran. Dafür hat es dann auch ohne wesentliche Änderungen nun schon über 70 Jahre Bestand gehabt. Die Regelungen zum Mindestlohn sollen das Fundament eines gerechten Arbeitsrechts werden. Nur wer es sorgfältig setzt, verhindert, dass seine Architektur eines Tages einem gewandelten ökonomischen und gesellschaftlichen Kontext nachgibt.