

Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer  
Friedrich-Schiller-Universität Jena i.R.,  
Friedrich - Engels-Straße 150, 13158 Berlin  
Tel.: 030 5549 5558  
eMail: eichenhoferberlin@t-online.de

31.März 2021

**Statthaftigkeit eines EU-Rechtsrahmens für gesetzliche  
Mindestlöhne nach dem Entwurf der Kommission über  
eine Richtlinie für angemessene Mindestlöhne**

# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| I. Auftrag und Fragestellung  | 3  |
| II. MiLoRL  | 3  |
| 1. Beweggründe  | 3  |
| 2. Schutzdimensionen und rechtliche Einbettung                                  | 4  |
| 3. Rechtsgrundlage  | 5  |
| 4. Überblick über zentrale Regelungsgehalte                                     | 5  |
| III. Primärrechtsrahmen   | 6  |
| 1. Art. 153 I b, II AEUV  | 6  |
| a) Zwecksetzung und Form der Norm   | 7  |
| b) Bedingungen des Normerlasses   | 7  |
| c) Arbeitsbedingungen   | 8  |
| d) Mindestvorschriften  | 8  |
| 2. Ausschluss nach Art 153 V AEUV?  | 9  |
| a) Sinn der Ausschlussklausel – und Art. 5 MiLoRL                               | 9  |
| b) Umfassende Entziehung der Entgeltfragen von EU - Regelung?                   | 11 |
| c) Ergänzungs- und Unterstützungsfunktion für die soziale Binnenmarktgestaltung | 12 |
| 3. Debatte über MiLoRL  | 15 |
| a) Zugunsten der Statthaftigkeit der MiLoRL                                     | 15 |
| b) Einwände gegen die Statthaftigkeit der MiLoRL                                | 16 |
| 4. Folgerungen für die Statthaftigkeit der MiLoRL                               | 17 |
| a) Ist der EU die Schaffung der MiLoRL nach Art. 153 V AEUV versagt?            | 17 |
| b) Findet die MiLoRL in Art. 153 I lit f) AEUV ihre Grundlage?                  | 20 |
| c) Regelung der Arbeitsbedingungen (Art. 153 I lit. b) AEUV)                    | 21 |
| IV. Primärrechtskonformität   | 23 |

## I. Auftrag und Fragestellung

Die EU-Kommission schlug eine „Richtlinie über angemessene Mindestlöhne in der EU“ (MiLoRL) vor,<sup>1</sup> welche für auskömmliche gesetzliche Mindestlöhne in den Mitgliedstaaten sorgen soll, indem sie Maßstäbe für deren Festsetzung klar- und sicherstellt. Dies geschieht mit dem Ziel, „den Zugang zum tarifvertraglich garantierten Mindestlohnschutz (...) unter uneingeschränkter Achtung der Vertragsfreiheit der Sozialpartner“ zu gewährleisten und „die Abdeckung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch Tarifverträge“ (Art.1 MiLoRL) zu fördern.

Die MiLoRL soll bewirken, dass die gesetzlichen Mindestlöhne der Mitgliedstaaten evidenzbasiert und verteilungspolitisch reflektiert begründet werden, um so „angemessene Arbeits- und Lebensbedingungen zu gewährleisten“ und „faire und wettbewerbsfähige Volkswirtschaften zu schaffen.“<sup>2</sup>

Der Unterzeichnende verpflichtete sich, für den DGB -Bundesvorstand dieses Rechtsgutachten zu erstatten. Dessen Gegenstand ist die Frage: Besteht eine hinreichende Grundlage für die MiLoRL im EU-Primärrecht? Um dieser Verpflichtung nachzukommen, soll der Kommissionsvorschlag zunächst umrissen (II), sodann der Primärrechtsrahmen vorgestellt (III) und auf dieser Grundlage die gestellte Frage beantwortet (IV) werden.

## II. MiLoRL

### 1. Beweggründe

Die MiLoRL wird vorgeschlagen, „um angemessene Arbeits- und Lebensbedingungen zu gewährleisten“ und „faire und wettbewerbsfähige Volkswirtschaften zu schaffen.“<sup>3</sup> Die Vorschläge stünden im Einklang mit der VN - Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung.<sup>4</sup> Dafür sei „unerlässlich, dafür zu sorgen, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Union angemessene Löhne erhalten.“<sup>5</sup> „Angemessene Löhne sind ein wesentlicher Bestandteil des EU-Modells der sozialen Marktwirtschaft.“<sup>6</sup> „Die Konvergenz zwischen den Mitgliedstaaten in diesem Bereich trägt zur Einlösung des Versprechens vom gemeinsamen Wohlstand in der EU bei.“<sup>7</sup>

Die MiLoRL sieht sich als Verwirklichung von Grundsatz 6 der 2017 beschlossenen Europäischen Säule sozialer Rechte. Dieser fordere in der und für die EU „angemessene Mindestlöhne sowie die transparente und verlässliche Festlegung von Löhnen gemäß den nationalen Verfahren und unter Wahrung der Tarifautonomie der Sozialpartner“. <sup>8</sup> Die MiLoRL sei Teil des von der Kommission am 14.01.2020 verabschiedeten Aktionsplanes.<sup>9</sup> „Bessere Arbeits- und Lebensbedingungen, unter anderem durch angemessene Mindestlöhne, kommen sowohl Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern als auch Unternehmen in der Union zugute.“<sup>10</sup> Des Weiteren fordere die „Fairness auf dem EU-Arbeitsmarkt“ die Verminderung der zwischen den Mitgliedstaaten heute noch bestehenden Unterschiede in den gesetzlichen Mindestlöhnen.<sup>11</sup>

Die MiLoRL reagiere damit auf die Globalisierung, Digitalisierung und Zunahme atypischer Arbeit, namentlich bei Dienstleistungen, und schließe, die sich in den letzten Jahrzehnten innerhalb der Mitgliedstaaten „weiter öffnende Schere zwischen niedrigen Löhnen und anderen Löhnen“. <sup>12</sup> So werde die „Polarisierung des Arbeitsmarktes“ überwunden, die zu „Armut trotz Erwerbstätigkeit“ und Lohnungleichheit geführt habe.<sup>13</sup>

„Ein angemessener Mindestlohnschutz sichert ein menschenwürdiges Leben für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, unterstützt die Binnennachfrage, stärkt den Anreiz zur Erwerbstätigkeit und verringert die Armut

---

<sup>1</sup> SEC (2020)362 final.

<sup>2</sup> Ebd.,1.

<sup>3</sup> Ebd.,1.

<sup>4</sup> VN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, Resolution der Generalversammlung der VN vom 25.9.2015, A/RES/70/1.

<sup>5</sup> Ebd.,1.

<sup>6</sup> Ebd.,1.

<sup>7</sup> Ebd.,1.

<sup>8</sup> Ebd.,1.

<sup>9</sup> Mitteilung der Kommission vom 14.1.2020 Ein starkes soziales Europa für einen gerechten Übergang (COM (2020) 14 final.

<sup>10</sup> SEC (2020)362 final,2.

<sup>11</sup> Ebd.,2.

<sup>12</sup> Ebd.,2.

<sup>13</sup> Ebd.,2.

trotz Erwerbstätigkeit sowie die Ungleichheit am unteren Ende der Lohnskala. Der Mindestlohnschutz fördert außerdem die Gleichstellung der Geschlechter, da eher Frauen als Männer Einkommen am oder um den Mindestlohn beziehen.“<sup>14</sup>

„Ein Mindestlohnschutz kann durch Tarifverträge - so in 6 Mitgliedstaaten - oder durch gesetzliche Mindestlöhne – so in 21 Mitgliedstaaten – gesichert werden.“<sup>15</sup> Die bestehenden gesetzlichen Mindestlöhne in den Mitgliedstaaten könnten kein menschenwürdiges Dasein sichern, weil manche von ihnen unter der Armutsschwelle lägen.<sup>16</sup> Ferner bestünden zwischen den Mitgliedstaaten starke Unterschiede im Schutzniveau.<sup>17</sup>

## 2. Schutzdimensionen und rechtliche Einbettung

Der Vorschlag für eine MiLoRL verfolgt drei Schutzdimensionen und verstärkt verschiedene Parallelregelungen. Die MiLoRL bezweckt,

- die Tarifverhandlungen über Löhne zu fördern;<sup>18</sup> sie spielen für den Mindestlohnschutz eine Schlüsselrolle, weil in Mitgliedstaaten mit hoher Tarifbindung der Anteil geringverdienender Beschäftigter niedriger als in Mitgliedstaaten mit niedriger Tarifbindung sei; daher seien die Tariflöhne auch für die Festlegung der Mindestlöhne wichtig;<sup>19</sup>
- die Kriterien für Mindestlöhne und deren Aktualisierung festzusetzen<sup>20</sup>, und schließlich
- die Tarifbindung auszuweiten.<sup>21</sup>

Die MiLoRL stelle keinen Neuanfang dar, sondern bewege sich im Einklang mit zahlreichen früheren Rechtsakten. Diese sind insbesondere:

- die Leitlinie für beschäftigungspolitische Maßnahmen und wirksame Beteiligungen der Sozialpartner bei der Lohnfestsetzung; diese RL 2019/1152/EU<sup>22</sup> über transparente Arbeitsbedingungen fordere, den Mindestlohn unter Beteiligung der Sozialpartner festzusetzen und anzupassen;
- RL 2014/67/EU<sup>23</sup>, wonach bei Entsendung der Bezug des angemessenen Mindestlohns gesichert werden müsse,
- RL 2006/54/EG<sup>24</sup> über die Sicherung der Chancengleichheit von Frauen und Männern,
- Empfehlung vom 03.08.2008 zur aktiven Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen<sup>25</sup>; danach sei Armut trotz Erwerbsbeteiligung zu vermeiden, und
- die in den RL 2014/23/EU<sup>26</sup>, 2014/24/EU<sup>27</sup> und 2014/25/EU<sup>28</sup> zum Schutze der Tarifbindung getroffenen Vergaberegeln.

Der Vorschlag für die MiLoRL wahre die dort getroffenen Regeln und führe weitergehende Bestimmungen ein; dies sei zur Verwirklichung der Unionsziele erforderlich.<sup>29</sup> Die Vorschläge fänden weitere Rechtfertigungen in den Art. 3 III EUV, 151 AEUV, 31 EUGRCh sowie den enthaltenen Grundsätzen 2, 3, 6 und 8 der Europäischen Säule sozialer Rechte – Normen, die insgesamt zahlreiche soziale Ziele für die EU formulierten.<sup>30</sup>

---

<sup>14</sup> Ebd.,2.

<sup>15</sup> Ebd.,2.

<sup>16</sup> Ebd.,2.

<sup>17</sup> Ebd.,2.

<sup>18</sup> Ebd.,3.

<sup>19</sup> Ebd.,3.

<sup>20</sup> Ebd.,3.

<sup>21</sup> Ebd.,3.

<sup>22</sup> vom 20.6.2019 ABI. EU vom 11.7.2019 L 186/105.

<sup>23</sup> vom 15.5.2014 ABI. EU v.28.5.2015 L 159/11.

<sup>24</sup> vom 5.7.2006 ABI. EU v. 22.7.2006 L 204/23.

<sup>25</sup> vom 3.10.2008 KOM (2008)639 endg.

<sup>26</sup> vom 26.2.2014 ABI. EU v. 28.3.2015 L 94/1.

<sup>27</sup> vom 26.2.2014 ABI. 28.3.2014 L 94/65.

<sup>28</sup> vom 26.2.2014 ABI. V. 28.3.2014 L 94/243.

<sup>29</sup> SEC (2020)362 final,6f.

<sup>30</sup> Ebd.,7.

### 3. Rechtsgrundlage

Die Kommission sieht Art. 153 I lit. b), II AEUV als die für den Erlass der MiLoRL geeignete Rechtsgrundlage an, welche die EU insgesamt zu deren Verabschiedung ermächtigt und berechtigt. Die in Art. 153 I lit. b) AEUV enthaltene Bestimmung gestatte, EU-Mindestanforderungen an Arbeitslohn wie Arbeitsbedingungen zu richten.<sup>31</sup>

Die Kommission führt hierzu aus:

„Der Zugang zu einem Mindestlohn, der einen angemessenen Lebensstandard ermöglicht, ist ein wesentliches Element angemessener Arbeitsbedingungen. Während das Arbeitsentgelt auf nationaler Ebene eindeutig in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, sind die großen Unterschiede bei den Voraussetzungen für den Zugang zu einem angemessenen Mindestlohn Teil der Arbeitsbedingungen und führen zu erheblichen Unterschieden im Binnenmarkt, die am besten auf Unionsebene bewältigt werden können. Im Großteil der Mitgliedstaaten sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von unzulänglicher Angemessenheit und/oder Lücken beim Mindestlohnschutz betroffen. Diese Probleme sind sowohl in Ländern mit gesetzlichem Mindestlohn als auch in jenen, die sich auf Tarifverhandlungen stützen, anzutreffen. Darüber hinaus dürften - aufgrund der anhaltenden Abnahme von Tarifverhandlungen und der zunehmenden Polarisierung der Arbeitsmärkte - künftig mehr Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betroffen sein. Mit Blick auf die Zukunft ergeben sich daraus Herausforderungen für die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt und die Gewährleistung eines auf hohen Sozialstandards und Produktivitätssteigerungen beruhenden Wettbewerbs“.<sup>32</sup>

Die MiLoRL beachte die für jegliche harmonisierende Rechtssetzung der EU zu wahren Anforderungen von Subsidiarität wie Verhältnismäßigkeit (Art.5 III, IV EUV): Erstere, weil die Mitgliedstaaten den gesetzlichen Mindestlohn auch unter der MiLoRL selbständig und eigenverantwortlich festsetzen sollen, und letztere, weil der gesetzliche Mindestlohn derzeit in der EU noch nicht überall ein existenzsicherndes Niveau erreiche, die faire Gestaltung des Binnenmarkts jedoch vereinheitlichende Anforderungen an die gesetzlichen Mindestlöhne erforderten. Die MiLoRL baue insgesamt auf den Mindestlohngesetzen der Mitgliedstaaten auf. Art. 153 V AEUV stehe ihr nicht entgegen, wonach Regeln über das Arbeitsentgelt der EU-Rechtssetzung entzogen wären.<sup>33</sup>

### 4. Überblick über zentrale Regelungsgegenstände der MiLoRL

Die MiLoRL soll einen europaweiten Rechtsrahmen für angemessene Mindestlöhne schaffen, ohne dass den Mitgliedstaaten die Möglichkeit genommen wird, den gesetzlichen Mindestlohn festzulegen. Auch der Mindestlohnschutz durch Tariflöhne soll nicht beeinträchtigt werden (Art.1 MiLoRL). Die MiLoRL richte sich an die Mitgliedstaaten, welchen sie für die unter ihrem Recht beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einzelne Pflichten auferlege (Art.2 MiLoRL). Als Ziel wird ferner die Förderung der Aufnahme von Tarifverhandlungen formuliert. Mitgliedstaaten, in denen die tarifliche Abdeckung 70 % aller Beschäftigten unterschreitet, sind danach zu Aktionsplänen zur Förderung der Tarifbindung angehalten (Art. 4 MiLoRL).

Mitgliedstaaten, welche gesetzliche Mindestlöhne kennen, werden im Hinblick auf deren Höhe verpflichtet, „solide und klare nationale Kriterien für die Festsetzung der gesetzlichen Mindestlöhne“ (Art. 5 MiLoRL) zugrunde zu legen. Diese sind im Einklang mit den Gepflogenheiten des Staates zu bestimmen und außerdem sind Regeln für die Anpassung gesetzlicher Mindestlöhne im Zeitverlauf festzulegen.

Zur Begründung heißt es:“ In den meisten Mitgliedstaaten mit nationalen gesetzlichen Mindestlöhnen sind diese - im Vergleich zu anderen Löhnen oder um ein menschenwürdiges Leben zu gewährleisten – zu niedrig, trotz ihrer Erhöhung in den letzten Jahren. Die nationalen gesetzlichen Mindestlöhne (Fn. Die Indikatoren und die entsprechenden Referenzwerte beziehen sich auf die monatlichen Mindestlöhne) liegen in beinahe allen

---

<sup>31</sup> Ebd.7.

<sup>32</sup> Ebd.7.

<sup>33</sup> Ebd.,7.

Mitgliedstaaten unter 60 % des Bruttomedianlohns und/oder 50 % des Brutto-Durchschnittslohns (Fn. Auf internationaler Ebene übliche Indikatoren zur Bewertung der Angemessenheitsbestimmung wie z.B. der Kaitz-Index, vergleichen den Mindestlohn mit dem Median- oder Durchschnittslohn. Darüber hinaus wird mit dem vom Europarat definierten angemessenen Lebensstandard der Nettomindestlohn mit dem durchschnittlichen Mindestlohn verglichen).“<sup>34</sup>

In neun Mitgliedstaaten lag 2018 der Mindestlohn unter der Armutgefährdungsschwelle.<sup>35</sup> „Vor diesem Hintergrund soll mit der vorgeschlagenen Richtlinie sichergestellt werden, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Union durch angemessene Mindestlöhne geschützt werden, die ihnen am Ort ihrer Arbeit einen angemessenen Lebensstandard ermöglichen.“<sup>36</sup>

Ferner seien Unterschiede unter den gesetzlichen Mindestlöhnen im Interesse angemessener Mindestlöhne zeitlich und quantitativ zu begrenzen. Des Weiteren sind Grenzen statthafter Abzüge zu bestimmen, und ungerechtfertigte und unverhältnismäßige Abzüge zu vermeiden (Art. 6 MiLoRL). Außerdem ist bestimmt, dass die Sozialpartner an der Mindestlohnfestsetzung im Hinblick auf das Niveau, die Anpassung und die Variationen zu beteiligen und der Zugang der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in den Mitgliedstaaten zu sichern sind (Art. 7, 8 MiLoRL). Schließlich bestehen Tariftreuepflichten auf der Grundlage der bereits bestehenden vergaberechtlichen Bestimmungen (Art. 9 MiLoRL).

### **III. Primärrechtsrahmen**

Die Frage, ob die MiLoRL in Art. 153 I lit. b), II 1 AEUV eine zureichende Rechtsgrundlage finde, ist umstritten und daher Gegenstand nachfolgender Erörterungen. Dafür ist zu prüfen, ob die von der EU mit der MiLoRL beanspruchte Gesetzgebungsbefugnis im Primärrecht hinreichend begründet ist. Hierfür ist zu klären, ob

- Art. 153 I b), II 1 AEUV als Rechtsgrundlage in Betracht kommt (1),
- der Erlass einer, die Löhne betreffenden, Richtlinie mit Art. 153 V AEUV in Einklang steht, der Arbeitsentgelt, Kollektivvertrag und Arbeitskampf aus den in Art. 153 I AEUV erfassten Regelungsgegenständen ausnimmt (2), und
- die EU - abschließend – eine Richtlinie erlassen darf, wie gesetzliche Mindestlöhne in den Mitgliedstaaten zu bestimmen und Tarifabschlüsse dort zu fördern sind (3).

#### **1. Art. 153 I lit. b), II 1 AEUV**

Art. 153 AEUV bestimmt:

„(1) Zur Verwirklichung der Ziele des Artikels 151 unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf folgenden Gebieten: a) Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer, b) Arbeitsbedingungen, c) Soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer, d) Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags, e) Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, f) Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung, vorbehaltlich des Absatzes 5, (...) i) Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz, (...)

(2) Zu diesem Zweck können das Europäische Parlament und der Rat a) unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten Maßnahmen annehmen, die dazu bestimmt sind, die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten durch Initiativen zu fördern, die die Verbesserung des Wissensstands, die Entwicklung des Austauschs von Informationen und bewährten Verfahren, die Förderung innovativer Ansätze und die Bewertung von Erfahrungen zum Ziel haben; b) in den in Absatz 1 Buchstaben a bis i genannten Bereichen unter Berücksichtigung der in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Bedingungen und technischen Regelungen durch Richtlinien Mindestvorschriften erlassen, die schrittweise anzuwenden sind. Diese Richtlinien sollen keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auf-

---

<sup>34</sup> Ebd.,2.

<sup>35</sup> Ebd.,2.

<sup>36</sup> Ebd.,3.

lagen vorschreiben, die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen entgegenstehen. Das Europäische Parlament und der Rat beschließen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen. In den in Absatz 1 Buchstaben c, d, f und g genannten Bereichen beschließt der Rat einstimmig gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Europäischen Parlaments und der genannten Ausschüsse. Der Rat kann einstimmig auf Vorschlag der Kommission nach Anhörung des Europäischen Parlaments beschließen, dass das ordentliche Gesetzgebungsverfahren auf Absatz 1 Buchstaben d, f und g angewandt wird.“

Art. 153 AEUV unterscheidet zwischen den mit Mehrheit, mit Einstimmigkeit und den der Vereinheitlichung entzogenen Themen der EU- Arbeitsrechtsharmonisierung.<sup>37</sup> Mit Mehrheit können etwa vereinheitlicht werden: Regelungen über Arbeitsumwelt und Arbeitsbedingungen (Art. 153 II 1 AEUV, der einstimmigen Billigung bedürfen etwa harmonisierende Regeln über sozialen Schutz, Kündigungsschutz und kollektive Vertretung der Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Art 153 II 4 AEUV), schließlich sind einer Harmonisierung gänzlich entzogen Arbeitsentgelt, Tarifvertrag und Arbeitskampf (Art. 153 V AEUV).

Die zentrale Frage lautet daher: In welche der drei Gruppen fällt die MiLoRL?

### **a) Zwecksetzung und Form der Norm**

Die Maßnahmen nach Art. 153 I AEUV müssen bezwecken, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anzuheben (Art. 151 AEUV) und die Sozialpolitik der Mitgliedstaaten hierfür zu unterstützen und zu ergänzen.<sup>38</sup> Nach Art. 151 AEUV verfolgen „Union und die Mitgliedstaaten eingedenk der sozialen Grundrechte, wie sie in der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 festgelegt sind, folgende Ziele: Die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen.“

Einzig die Richtlinie ist für die Harmonisierung nach Art. 153 AEUV als Rechtsform geeignet. Die Rechtsregeln dürfen ferner nur eine „Mindestharmonisierung“<sup>39</sup> bezwecken; den Mitgliedstaaten muss deswegen für eigene Gesetzgebungsakte genügend Raum verbleiben, um bessere Regeln für die nach ihrem Recht beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu schaffen (Art. 153 II 1 b AEUV).<sup>40</sup> Vor und bei Erlass der Mindestvorschriften muss die EU die Sozialpartner beteiligen (Art. 154, 155 AEUV).

### **b) Bedingungen des Normerlasses**

Die MiLoRL bündelt mehrere Anliegen. Sie enthält Bestimmungen zur Erhöhung der Tarifbindung bei unzureichender Tarifabdeckung (Art. 4 MiLoRL) und sieht Anforderungen an die gesetzlichen Mindestlöhne (Art. 5 – 8 MiLoRL) sowie die Tariftreue (Art. 9 MiLoRL) vor. Insgesamt soll die MiLoRL die Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern stärken mit dem zentralen Ziel, zur wirksamen Sicherung existenzsichernder Entlohnung beizutragen (Art. 1 MiLoRL).

Verbindet ein Rechtssetzungsakt thematisch unterschiedliche Regelungsfragen, richtet sich dessen Rechtsgrundlage nach dem Regelungsschwerpunkt. Erweist sich dieser als nichtig, ist nach der EuGH-Rechtsprechung<sup>41</sup> der übrige Teil wirksam, soweit er vom nichtigen Teil abzutrennen ist und als Teilregelung sinnvoll bleibt; andernfalls wird der Rechtsakt insgesamt hinfällig.

<sup>37</sup>Richard Giesen, Grenzüberschreitende Tätigkeiten und Regelungen der Arbeitsbedingungen, in Deutscher Sozialrechtsverband (Hg.), Migration und Sozialrecht, Berlin 2018, 111, 113f.

<sup>38</sup> Krebber, in Callies/Ruffert, EUV AEUV, 2016 (5. Aufl.), Art 153 AEUV Rn. 25, Uwe Meyer, Die EU-Regelungskompetenzen und die historischen Rahmenbedingungen für den EU-weiten Mindestlohn, ZESAR 2020, 201, 205.

<sup>39</sup> EuGH - 8.12.2020 – C-620/18 -EU:C:2020:1001 (Ungarn./l. Parlament und Rat) Rn. 67; Peter Sagan, in Preis/ders., Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 53; Ulrich Preis/Kai Morgenbrodt, Die Arbeitsbedingungenrichtlinie 2019/1152/EU – Inhalt, Kontext und Folgen für das nationale Recht, ZESAR 2020, 409, 418.

<sup>40</sup> EuGH - 8.12.2020 – C-620/18 -EU:C:2020:1001 (Ungarn./l. Parlament und Rat) Rn. 65.

<sup>41</sup> EuGH - 6.12.2012 – C-441/11P -EU:C:2012:778 Rn.36ff. (Kommission./l. Coppins), -24.5.2005- C-244/03- EU:C: 2005:299 (Frankreich./l. Parlament und

### **c) Arbeitsbedingungen (Art. 153 I lit. b) AEUV)**

Arbeitsbedingungen (Art. 153 I b AEUV) bezeichnen den „Inbegriff aller aus einem Arbeitsverhältnis erwachsenden Berechtigungen - namentlich Begründung und Inhalt des Arbeitsverhältnisses.“<sup>42</sup> Der Begriff folgt damit der in Art. 156 AEUV gebrauchten Formulierung: „Arbeitsbedingungen und Arbeitsrecht“. Darin liegt ein Synonymbegriff, weil er zwei Ausdrücke für dasselbe in eins setzt. Zu den Arbeitsbedingungen zählen neben sämtlichen Anforderungen an die Arbeitsleistung folglich auch alle Regelungen über die Arbeitsvergütung und damit das Arbeitsentgelt.

Der Begriff Arbeitsentgelt nach Art 153 I lit. b) AEUV ist weder gleichbedeutend noch identisch mit dem in Art. 3 I lit. c) RL 2000/78/EG enthaltenen Begriff Arbeitsentgelt.<sup>43</sup> Dieser bezeichnet sämtliche Gegenleistungen des Arbeitgebers für die erbrachten Arbeitsleistungen, – einerlei, ob sie in Geld oder anderen des Geldes werten Vorteilen bestehen; dagegen bezeichnen Arbeitsbedingungen nach Art. 153 I lit. b) AEUV nicht sämtliche, die Arbeitsverhältnisse prägenden Anforderungen.<sup>44</sup>

Denn die in Art. 153 I AEUV enthaltene Aufzählung enthält zahlreiche andere, mit dem Arbeitsverhältnis eng verbundene und dessen Inhalt prägende Gestaltungen (z.B. betreffend Arbeitsumwelt, Kündigung, Konsultation und Vertretung der Arbeitnehmerinteressen). Diese betreffen zwar allesamt einzelne Arbeitsbedingungen, welche allerdings jeweils Regelungsgegenstände der anderen, in Art. 153 I AEUV aufgeführten Tatbestände sind, und deshalb nicht zugleich dem Begriff der Arbeitsbedingungen nach Art. 153 I lit. b) AEUV genügen.

Deswegen herrscht Einvernehmen, dass zu den „Arbeitsbedingungen“ nach Art. 153 I lit. b) AEUV nur solche das Arbeitsverhältnis normierenden Regelungen gehören, die nicht eindeutig von den anderen in Art. 153 I AEUV enthaltenen Tatbeständen erfasst sind. „Mit dem pauschalen Verweis auf Arbeitsbedingungen stellt lit. b) das am weitesten gefasste Gebiet dar, dessen Bedeutung aber durch den Ausschluss des Arbeitsentgelts, Art. 153 Abs.5 sowie dadurch gemindert wird, dass auch Arbeitsbedingungen, die unter einem anderen in den Katalogen genannten Bereich fallen, nicht erfasst werden“.<sup>45</sup> Der Begriff „Arbeitsbedingungen“ in Art. 153 I lit.b) AEUV ist deshalb ein Auffangbegriff. Ihm unterfallen, diejenigen Bedingungen in einem Arbeitsverhältnis, welche nicht den anderen in Art. 153 I AEUV aufgeführten Regelungsmaterien zuzuordnen sind.<sup>46</sup>

### **d) Mindestvorschriften**

Die Regelung muss sich auf Mindestvorschriften beschränken. Sie markieren Untergrenzen sozialen Schutzes. Sie können durch Gesetze der Mitgliedstaaten deswegen zwar übertroffen, dürfen jedoch nicht unterboten werden. Die EU-Vorschriften müssen ferner auf die in den Mitgliedstaaten vorherrschenden Gepflogenheiten Rücksicht nehmen. Sie müssen den Mitgliedstaaten bei ihrer Ausgestaltung daher den dafür nötigen Raum belassen.<sup>47</sup>

Die Maßnahmen müssen auf den wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungsstand der Mitgliedstaaten Rücksicht nehmen und dürfen diese wirtschaftlich nicht überfordern.<sup>48</sup> Sie gestatten den Mitgliedstaaten in aller Regel ausdrücklich den Erlass von Vorschriften, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer günstiger sind. Die EU ist deswegen nicht zur Harmonisierung des Arbeitsrechts auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner verpflichtet.<sup>49</sup> Besteht eine Mindestnorm, gestattet das Recht den verpflichteten Mitgliedstaaten auch deren schritt- und stufenweise Verwirklichung (Art. 153 II 1 b) AEUV.

---

Rat).

<sup>42</sup> Eichenhofer, in Streinz, EUV /AEUV, 2018 (3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.17.

<sup>43</sup> EuGH -19.6.2014 – C-501/12 - EU:C:2014:2005 Rn. 34 (Specht).

<sup>44</sup> Eva Kocher, Europäisches Arbeitsrecht,2016 § 2-6.

<sup>45</sup> Krebber, in Callies/Ruffert, EUV AEUV,2016(5.Aufl), Art 153 AEUV Rn. 25.

<sup>46</sup> Rebhahn/Reiner, in Jürgen Schwarze, EU-Kommentar,2012(3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.38.

<sup>47</sup> Eichenhofer, in Streinz, EUV /AEUV, 2018 (3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.27.

<sup>48</sup> Ebd.

<sup>49</sup> Peter Sagan, in Preis/ders., Europäisches Arbeitsrecht,2015, § 1 Rn. 53.

## 2. Ausschluss nach Art. 153 V AEUV?

In Art. 153 V AEUV ist bestimmt: „Dieser Artikel gilt nicht für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“. Im Hinblick darauf stellt sich die Frage: Folgt aus dieser Vorschrift, dass EU-Regeln über Lohnfestsetzungen, das Wirken der Tarifvertragsparteien oder Arbeitskampfregeln strikt und schlechterdings unterbleiben müssen, weshalb auch die in der MiLoRL enthaltenen Bestimmungen nicht erlassen werden dürften?

### a) Sinn der Ausschlussklausel – und Art. 5 MiLoRL

Zahlreiche Stimmen in der Literatur halten eine EU-Regelung von Mindestlöhnen wegen Art. 153 I lit. b), V AEUV für ausgeschlossen.<sup>50</sup> Rebhahn/Reiner formulieren: „Eine Regelung des Arbeitsentgelts, insbesondere das Festsetzen eines allgemeinen Mindestlohns ist durch Art. 153 Abs. 5 ausgeschlossen.“<sup>51</sup> Unter Art. 153 V AEUV „fallen daher z.B. die Regelung eines Mindestlohnes oder auch einzelner Entgeltbestandteile der Höhe nach.“<sup>52</sup> Ulrich Gassner folgert: „Nach Art. 153 Abs.5 ist das Arbeitsentgelt nicht zu den Arbeitsbedingungen iSv Art. 153 I lit. b) zu rechnen.“<sup>53</sup> Denn „Art. 153 Abs.5 entzieht der Union die Befugnis, das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht und die Austragung von Arbeitskämpfen zu regeln.“<sup>54</sup> Die Ausnahmebestimmung beziehe sich „gerade auf das Lohn- und Gehaltsniveau, das der alleinigen Regelungsmacht der Mitgliedstaaten unterliegen soll.“<sup>55</sup>

Der EuGH sieht die Begründung für die in Art. 153 V AEUV getroffene Ausnahme für das Arbeitsentgelt in der Vertragsautonomie der Sozialpartner auf nationaler Ebene und der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten. Im Hinblick darauf habe das Primärrecht beim „gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts“ von einer „europäischen Festlegung eines Mindestlohnes“ abgesehen.<sup>56</sup> Daraus folgt, dass die EU einen gesetzlichen Mindestlohn nicht unmittelbar festsetzen darf.

Die MiLoRL verpflichtet die Mitgliedstaaten, die internationalen Gepflogenheiten bei der Festsetzung des gesetzlichen Mindestlohnes zu befolgen. Dadurch entzieht Art. 5 MiLoRL den Mitgliedstaaten aber nicht die Gestaltungsmacht zur Festsetzung des gesetzlichen Mindestlohnes. Art. 5 MiLoRL verpflichtet nur diejenigen Mitgliedstaaten, die den gesetzlichen Mindestlohn kennen, „solide und klare nationale Kriterien für die Festsetzung der gesetzlichen Mindestlöhne“ zugrunde zu legen. Diese Aufgabe ist im Einklang mit den Gepflogenheiten des Mitgliedstaates zu erfüllen. Dieser wird durch Art. 5 MiLoRL dazu aufgerufen, die Regeln zur Bestimmung und Anpassung gesetzlicher Mindestlöhne festzulegen, und wird desgleichen angehalten, sich dabei an den dafür international üblichen Richtgrößen auszurichten. Darin liegt keine Festsetzung eines gesetzlichen Mindestlohnes in irgendeiner Höhe, sondern darin wird für den Mitgliedstaat die Verpflichtung begründet, - internationale Gepflogenheiten beachtend und mit den Regeln des Mitgliedstaates in Einklang stehend - die maßgebenden Kriterien zur Festsetzung des gesetzlichen Mindestlohnes zu bestimmen.

Adressat dieser Verpflichtung sind die Mitgliedstaaten und nicht Dritte. Die genannte Regelung wendet sich namentlich weder an die Parteien des Arbeitsvertrages unmittelbar, noch trifft sie irgendeine, auch nur annähernd konkrete Festlegung über eine als Mindestlohn fällige Bezahlung.

Die in Art. 5 MiLoRL gegebene Umschreibung wird vielmehr durch Vielfalt und Vagheit geprägt. Die darin vorgesehenen Anforderungen benennen zwar Anhaltspunkte für eine verteilungspolitische Festlegung der Mindestlöhne, lassen aber im Übrigen offen, welche Konsequenzen die Mitgliedstaaten aus diesen Kriterien konkret und im Einzelnen ziehen.

<sup>50</sup> Martin Franzen, EuZA 2019,281f.: Keine Befugnis für „Brüssel“.

<sup>51</sup> Rebhahn/Reiner, in Jürgen Schwarze, EU-Kommentar,2012(3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.64

<sup>52</sup> Ebd.

<sup>53</sup> Gassner, In Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg.), Europäisches Unionsrecht, Baden-Baden,2018(2.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn. 4.

<sup>54</sup> Ebd. Rn. 14.

<sup>55</sup> Meyer, ZESAR 2020,205.

<sup>56</sup> EuGH -15.4.2008 - C-268/06 – EU : C :2008 :223 Rn 123f. (Impact).

Wer anderes behauptet, missdeutet die in ihrer Vagheit, Offenheit und Appellfunktion gar nicht misszuverstehende Vorschrift, als eindeutige Festsetzung eines Mindestlohnes oder eines Rechenwerkes zu dessen eindeutiger Bestimmung, für den in Art. 5 MiLoRL nicht einmal im Ansatz irgendein auch nur entfernter Hinweis besteht. Die Festsetzung des gesetzlichen Mindestlohnes bezweckt Art. 5 MiLoRL deshalb gerade nicht.

Es fragt sich deshalb jedoch weiter, ob Art. 153 V AEUV der EU auch eine Regelung versagt, welche in Bezug auf gesetzliche Mindestlöhne und die Tarifbindung einzelne Pflichten für die Mitgliedstaaten begründet. Es ist dafür zu fragen, welchen Sinn die in Art.153 V AEUV getroffene Ausschlussklausel erfüllt. Die in Art 153 V AEUV vorkommenden Begriffe sind autonom auszulegen.<sup>57</sup>

„Der EU-rechtlichen Befugnis zur Schaffung von Mindestnormen oder Angleichungen durch Richtlinien sind gemäß Abs. 5 alle Maßnahmen entzogen, die sich unmittelbar auf den Arbeitslohn, die kollektive Vertretung Arbeitnehmern und Arbeitgebern oder die Austragung von Arbeitskämpfen beziehen. Dies mag auf den ersten Blick überraschen. Denn Lohnhöhe, kollektives Arbeitsrecht und Arbeitskampf sind wesentliche wirtschaftliche Standortfaktoren und daher erscheint eine Angleichung im Binnenmarkt aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit förderlich. Andererseits sind hergebracht die Regelung der Lohnhöhe sowie die kollektivvertragliche Gestaltung und die Form des Konfliktaustrags zentraler Gegenstand autonomer, den Tarifvertragsparteien überantworteter Rechtsetzung. Art. 28 EUGRCh formt diese kollektivvertragliche Befugnis zum eigenen Grundrecht aus.“<sup>58</sup>

Es geht der genannten Bestimmung also nur scheinbar um die Auf- und Zuteilung der arbeits- und sozialrechtlichen Rechtssetzungsbefugnisse zwischen der EU und den Mitgliedstaaten; ihr Hauptakzent liegt vielmehr auf dem Verhältnis von öffentlicher = staatlicher und sozialpartnerschaftlicher Lohngestaltung. So wie in den Mitgliedstaaten auf Grund der grundrechtlich gesicherten Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie (Art. 28 EUGRCh) der Lohn und sonstige Arbeitsbedingungen primär von den und durch die Tarifvertragsparteien zu gestalten sind, sollen auch in der EU generell bei der Lohnfindung und der Gestaltung sonstiger Arbeitsbedingungen der Staat und die EU hinter den Tarifvertragsparteien zurückstehen.<sup>59</sup>

Aus Art. 153 V AEUV ist daher zu folgern: Soweit den Mitgliedstaaten durch die Tarifautonomie die Befugnis zur Lohngestaltung entzogen ist, soll auch die EU nicht in die Zuständigkeiten der Tarifparteien eingreifen dürfen. Die Tarifautonomie, welche den Vorrang kollektivvertraglicher vor staatlicher Rechtssetzung begründet, wird so auf die Ebene des EU-Rechts übertragen und durch dieses gesichert. Die Bestimmung erstreckt also die Tarifautonomie aus dem Recht der Mitgliedstaaten auf die Ebene der EU und überträgt die in jenen begründeten und gültigen Vorrangstellungen zugunsten der Tarifpartner auch auf das Recht der EU. So wenig im Recht der Mitgliedstaaten die Lohnfindung und die Konfliktaustragung der Tarifparteien staatlicher Einwirkung unterstehen, so wenig vermag auch die EU auf diesen Gebieten für sich Zuständigkeiten beanspruchen.

Diese Überlegung trägt und rechtfertigt vor allem die in Art. 153 V AEUV statuierte Ausnahme von Koalitions- und Streikrecht aus der Rechtssetzungszuständigkeit der EU. Fraglich ist jedoch, ob diese Ausnahme in gleichem Umfang auch die Regelungen des gesetzlichen Mindestlohnes der Mitgliedstaaten zutrifft.<sup>60</sup>

Die Ausnahme von Lohn und Gehalt aus der Zuständigkeit des EU-Rechts zum Erlass eigenständiger Regelungen soll verbürgen, dass Löhne und Gehälter auch im Binnenmarkt zentrale Wettbewerbsparameter bleiben<sup>61</sup>; verboten seien deshalb namentlich EU-rechtliche Lohnfestsetzungen<sup>62</sup> und die Schaffung eines EU-Tarifsystems.<sup>63</sup> Desgleichen soll der Arbeitskampf der Jurisdiktion der Mitgliedstaaten weiterhin unterliegen,<sup>64</sup> auch weil dieser in Art. 28 EUGRCh als soziales Grundrecht geschützt ist.<sup>65</sup> Daraus folgt, dass die Tarifautonomie als soziales Grundrecht EU-weit anzuerkennen ist, woraus sich der Vorrang der tariflichen, vor der

<sup>57</sup> Krebber, in Callies/Ruffert, EUV AEUV,2016 (5.Aufl), Art 153 AEUV Rn. 10.

<sup>58</sup> Eichenhofer, in Streinz, EUV /AEUV, 2018 (3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.12f.

<sup>59</sup> Sagan, in Preis/ ders., Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 60.

<sup>60</sup> Eichenhofer, in Streinz, EUV /AEUV, 2018 (3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.12.

<sup>61</sup> Krebber, in Callies/Ruffert, EUV AEUV,2016(5.Aufl), Art 153 AEUV Rn. 12.

<sup>62</sup> Ebd.

<sup>63</sup> Ebd.

<sup>64</sup> EuGH -11.12.2007 – C-438/05/05 -EU:C:2007:772 Rn. 35(The International Transport Workers' Federation and the Finnish Seamen's Union).

<sup>65</sup> EuGH -11.12.2007 – C-438/05/05 -EU:C:2007:772 Rn.44(The International Transport Workers' Federation and the Finnish Seamen's Union).

gesetzlichen Regelung von Arbeitsbedingungen sowie die hierauf gründenden Rechte der Tarifvertragsparteien erklären und rechtfertigen. In dieser Deutung soll also auch das staatliche Recht zur Setzung gesetzlicher Mindestlöhne eine Verdrängung auf europäischer Ebene fordern.

Der aus Art. 28 EUGRCh abzuleitende und daher durch Art. 153 V AEUV nachvollzogene Vorrang tariflicher vor staatlicher Lohnregelung lässt sich jedoch nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn übertragen. Für diesen nimmt der dafür primär zuständige Mitgliedstaat staatliche Rechtsetzungsbefugnisse umfassend für sich in Anspruch. Der gesetzliche Mindestlohn ist ohne staatliche Gesetzgebung also nicht zu haben.

Aus Art. 153 V AEUV – der primär die Tarifvertragsfreiheiten und daraus rührende Verhandlungs- und Konfliktregelungsformen in der Selbstbestimmung der Tarifparteien erhalten möchte und damit auch die in Art. 28 EUGRCh formulierte grundrechtliche Freiheit zu wahren sucht - folgt jedenfalls nicht zwingend, dass der EU mit derselben Konsequenz Rechtssetzungsbefugnisse auf dem Gebiet staatlicher Lohnfestsetzung von vorneherein nicht zukommen dürften. Denn anders als bei dem Koalitions- und Streikrechtsvorrang ist bei der Zuständigkeit zur Schaffung gesetzlicher Mindestlöhne eine grundrechtliche Freiheit der Tarifvertragsparteien nur dann berührt, wenn Tariflöhne unter den gesetzlichen Mindestlöhnen lägen; dieses wird aber durch Einzelregelungen der Mindestlohngesetzgebung und der dazu vorgesehenen Beteiligung der Tarifparteien bei der Festsetzung des Mindestlohnes verhindert.

### **b) Umfassende Entziehung der Entgeltfragen von EU-Regelung?**

Es ist vielmehr weiter zu fragen, ob und inwieweit Art. 153 V AEUV die EU an der Regelung von Arbeitsentgelt über das unumstrittene, im Rahmen von Art. 5 MiLoRL hingegen nicht relevant werdende Verbot unmittelbarer Lohnfestsetzung hinaus hindert.

Es ist gesichert, dass die in Art. 153 V AEUV getroffene Ausnahme von Lohn und Gehalt von EU-rechtlicher Regelung den vielen EU-Bestimmungen nicht entgegensteht, die sich auf das Arbeitsentgelt erstrecken. Art. 157 I AEUV gebietet ausdrücklich die Entgeltgleichheit für Männer und Frauen. Diese Anordnung verletzt nicht Art. 153 V AEUV, obwohl sie für das Arbeitsentgelt eine zentrale Bestimmung vorsieht. Die EuGH-Rechtsprechung dazu reicht bekanntlich sehr weit.<sup>66</sup> In der EuGH-Rechtsprechung ist vielmehr gesichert, dass in Art. 153 V AEUV sich „die Ausnahme des Arbeitsentgelts (...) lediglich auf Regelungen, die unmittelbar die Höhe des Arbeitsentgelts festlegen, nicht aber auf Bestimmungen, die nur mittelbar auf das Entgelt einwirken“ bezieht.<sup>67</sup>

Art. 153 V AEUV untersagt daher die „direkte Lohnfestsetzung durch die EU“<sup>68</sup>, weshalb ihr auch die unmittelbare Festlegung von Mindestlöhnen versagt und den Mitgliedstaaten vorbehalten ist.<sup>69</sup> „Die Ausnahme des Arbeitsentgelts nach Art. 153 V AEUV bezieht sich damit lediglich auf Regelungen, die unmittelbar die Höhe des Entgelts festlegen, nicht aber auf Bestimmungen, die auf das Entgelt nur mittelbar einwirken.“<sup>70</sup>

Die in den Art. 145-150 AEUV zur Entwicklung einer koordinierten Beschäftigungsstrategie enthaltenen Regeln gestatten der EU einzelne Vorgaben für die Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten und verpflichten diese zur Zusammenarbeit. Diese Regeln legitimieren zwar nicht die Harmonisierung von Rechtsnormen, wohl aber entfalten solche Beschlüsse Wirkungen und gleichen den beschäftigungspolitischen Wettbewerb unter den Mitgliedstaaten durch gemeinsam konsentierten Zielsetzungen der Beschäftigungspolitik an<sup>71</sup>; auch Lohngestaltung ist tauglicher Gegenstand von Beschäftigungspolitik und wird damit zugleich Gegenstand von EU-Empfehlungen.

---

<sup>66</sup> EuGH -21.10.1999- C-333/97- EU:C:1999:512(Lewen) -20.9.2007 – C -116/06 - 2007:2017:536(Kiiski);-30.3.2000 – C-236/98 -EU:C:2000:173 (JämO); 26.6.2001- C- 381/99 EU:C:2001:358(Brunnhöfer) ;-31.5.1995 – C-400/93 EU:C:1995:155 (Dansk Industri), 30.3.2004 -C-147/02 EU:C:2004:192 (Alabaster); -21.7. 2005- C-207/04 -EU:C:2005:495 (Vergani).

<sup>67</sup> Peter Sagan, in Preis/ ders., Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 61.

<sup>68</sup> Preis/Morgenbrodt, ZESAR 2020,418.

<sup>69</sup> Reingard Zimmer, Das Recht auf ein existenzsicherndes Einkommen als Bestandteil des Unionsrechts, ZESAR 2018,151,154

<sup>70</sup> Peter Sagan, in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht,2015, § 1 Rn. 61.

<sup>71</sup> Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2018 (5.Aufl.), S.43 ff.

Im Hinblick auf Lohn und Arbeitsentgelt trifft die EU-Rechtssetzung zahlreiche Festlegungen für den Entgelt-schutz bei Mutterschaft (Art. 11 RL 92/85/EWG), bei Gewährung von Jahresurlaub (Art. 7 RL 2003/88/EG) oder im Rahmen der Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Art. 3 I lit. c) RL 2018/957/EU). Der EuGH befand im Übrigen, dass die Ausnahmeregelung für Arbeitsentgelt von EU-rechtlicher Harmonisierung (Art. 137 V EG, 153 V AEUV) nicht der Bekämpfung jeglicher Diskriminierung zwischen befristet und dauerhaft Beschäftigten im Hinblick auf deren Arbeitsentgelt entgegensteht.<sup>72</sup> Der EuGH betonte vielmehr umgekehrt, ja im Gegenteil: Die Auslegung der Ausnahmeregelung für das Arbeitsentgelt in Art. 137 V EG, 153 V AEUV dürfe nicht die Harmonisierungsbefugnisse der EU nach Art. 137 I EG, 153 I AEUV für Arbeits- und Sozialstandards aushöhlen und dadurch den Grundsätzen des Europäischen Sozialrechts widersprechen.<sup>73</sup>

Es besteht deshalb ein sich wesentlich auch auf die EuGH-Rechtsprechung stützendes Einverständnis, dass als Regelung der Arbeitsbedingungen auch die das Arbeitsentgelt betreffenden Bestimmungen zählen, welche Anforderungen über den Nachweis von Arbeitsbedingungen<sup>74</sup> formulieren oder in dem Verbot einer Diskriminierung<sup>75</sup> für Teilzeit-<sup>76</sup>, befristeter<sup>77</sup> und Leiharbeit<sup>78</sup> ihren tragenden Beweg- und Rechtsgrund finden. Bei der Leiharbeit wird ebenso wie in den anderen genannten Materien, durch das Gebot der Lohngleichheit, das Arbeitsentgelt für die betreffenden Beschäftigtengruppen unmittelbar festgelegt.

Alle diese Bestimmungen beschränken sich zwar auf die Anordnung der Gleichbehandlung wogegen die MiLoRL über die Gleichbehandlung hinaus inhaltliche Anforderungen an die Angemessenheit der Löhne und damit das Entgeltniveau richtet.<sup>79</sup> Aber die MiLoRL bezweckt wie die anderen RL für die betroffenen Gruppen die als gerecht erscheinenden Löhne durchzusetzen. Auch das Gebot der Lohngleichheit enthält eine inhaltliche Aussage über die Lohnhöhe: Ist diese statthaft, kann jene, durch die MiLoRL vorgesehene Anforderung an die Angemessenheit der Löhne nicht als unstatthaft angesehen werden.

Auf diese Weise wird für sämtliche RLen zum Schutz bei prekärer Beschäftigung der *effet utile* - also deren Wirksamkeit<sup>80</sup> - gesichert; diese würden andernfalls ins Leere laufen. Der EuGH entschied daher mehrfach, dass die heute in Art. 153 V AEUV enthaltene Ausnahme der EU-Zuständigkeit für das Arbeitsentgelt eng auszulegen ist und deswegen nicht auf alle EU-rechtlichen Regelungen des Arbeitsentgelts angewendet werden kann und darf.<sup>81</sup>

### **c) Ergänzungs- und Unterstützungsfunktion für die soziale Binnenmarktgestaltung**

Nach dem im vorliegenden Zusammenhang unmittelbar einschlägigen EuGH-Urteil vom 08.12.2020<sup>82</sup> nahm die große Kammer des Gerichtshofs zu der Frage der europarechtlichen Regulierung von Sozial-, Arbeits- und Lohnstandards, angesichts nach wie vor fortbestehender Unterschiede, erstmals umfassend und grundlegend Stellung. Die Ausführungen sind für die Rolle des EU-Rechts im Hinblick auf die Lohngestaltung im Binnenmarkt von weitreichender Bedeutung.

In dieser Entscheidung stellte der EuGH ausdrücklich fest, es werde der EU durch Art. 153 V AEUV nicht untersagt, eigene Regeln zum Abbau der in der EU bestehenden Lohnunterschiede zu treffen. Art. 153 V AEUV hindere nicht „die Koordinierung von Regelungen der Mitgliedstaaten im Fall der Entsendung von Arbeitnehmern, indem sie Unternehmen, die Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihres Sitzes entsen-

<sup>72</sup> EuGH -13.9.2007 -C-307/05 - EU:C:2007:507 Rn.36 ff. (Del Cerro Alonso); -15.4.2008 - C-268/06 EU:C:2008:223 Rn 111ff. (Impact)

<sup>73</sup> EuGH -13.9.2007 -C-307/05 -EU:C:2007:507 Rn.36-38 (Del Cerro Alonso); -15.4.2008 - C-268/06 -EU:C:2008:223 Rn 111-113(Impact)

<sup>74</sup> Rebhahn /Reiner, in Jürgen Schwarze, EU-Komentar,2012(3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.41.

<sup>75</sup> EuGH -19.6.2014 – C-501/12 -EU:C:2014:2005 Rn. 34f. (Specht).

<sup>76</sup> Rebhahn/Reiner, in Jürgen Schwarze, EU-Komentar,2012(3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.42.

<sup>77</sup> EuGH – 13.9.2007 -C-307/05 -EU:C:2007:509 Rn. 36 f. (Del Cerro Alonso); Rebhahn/Reiner, in Jürgen Schwarze, EU-Komentar,2012(3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.43.

<sup>78</sup> Rebhahn/Reiner, in Jürgen Schwarze, EU-Komentar,2012(3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.44.

<sup>79</sup> Martin Franzen, Rechtsfragen über kompetenzrechtliche und anwendungsbezogene Fragen des Vorschlags der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union vom 28.10.2020, COM (2020) 682 final, erstatet im Auftrag der Bundesverbände der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) e.V. Maschinenschrift 2021, S.6.

<sup>80</sup> EuGH -13.9.2007- 307/05 -EU:C:509 Rn. 39,41 (Del Cerro Alonso);15.4.2008-C-268/06 -EU:C:2008:323 Rn. 122 (Impact).

<sup>81</sup> Rebhahn/Reiner, in Jürgen Schwarze, EU-Komentar,2012(3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.44.

<sup>82</sup> EuGH - 8.12.2020 – C-620/18 - EU:C:2020:1001 (Ungarn./ Parlament und Rat).

den, verpflichtet diesen Arbeitnehmern bestimmte, oder fast alle, der im Aufnahmemitgliedstaat nach den vorhandenen Regeln dieses Mitgliedstaates vorgesehenen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten, einschließlich derjenigen über die den entsandten Arbeitnehmern zu zahlende Entlohnung.“<sup>83</sup>

Die durch das EU-Recht so bewirkte Angleichung der Löhne sei aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes und zur Sicherung eines Arbeitsentgelts jenseits der Mindestlöhne gerechtfertigt.<sup>84</sup> Soweit solche Regeln im Zusammenhang mit dem Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt stünden, schaffe EU-Recht dem Leistungswettbewerb damit eine „faire Grundlage.“ Solche Regeln ordneten den Wettbewerb so, dass er nicht von übermäßigen Unterschieden in den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen abhängt, die in ein und demselben Mitgliedstaat für die Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten gelten.“<sup>85</sup> Solche Regeln bezweckten EU-rechtlich erlaubtermaßen, die in den Mitgliedstaaten fortbestehenden unterschiedlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Binnenmarkt zu „neutralisieren.“<sup>86</sup>

Die EU nimmt in solcher Rechtssetzungstätigkeit nicht nur ihre wirtschaftliche, d.h. den Binnenmarkt ermöglichende Rechtssetzungsaufgabe wahr, sondern übt diese auch getreu ihrer sozialen Grundausrichtung aus.<sup>87</sup> Die EU ist nicht nur ein Binnenmarkt, sondern verfügt auch über eine umfassende eigene Sozialpolitik.<sup>88</sup> Nach Art. 8 AEUV fördert die EU in allen ihren Handlungsfeldern die Gleichberechtigung von Männern und Frauen. Nach Art. 9 AEUV trägt die EU bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen den „Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes und der Bekämpfung sozialer Ausgrenzungen sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung“. Art 31 EuGRCh gewährt ein Grundrecht auf würdige Arbeitsbedingungen.

Es ist umstritten, ob dazu auch ein Recht auf existenzsichernde Löhne gehört.<sup>89</sup>

In den internationalen und europäischen Gewährleistungen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte ist das Recht auf eine angemessene, jedenfalls existenzsichernde Entlohnung in zahlreichen Zusammenhängen normiert: Art. 23 III Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Art. 7 Internationaler Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Art. 4 Revidierte Europäische Sozialcharta und Ziff. 5 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer. Die letztgenannten Bestimmungen sind nach Art. 151 AEUV für die Ausgestaltung des EU- Rechts unmittelbar von Belang und daher im Rahmen der EU-Rechtssetzung nicht nur beachtlich, sondern auch verpflichtend.

Nach Art. 4 Nr.1 RevESC besteht für Arbeitnehmer ein Recht auf ein „Arbeitsentgelt, welches ausreicht, um ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard zu sichern.“ In den IAO Übereinkommen Nrn. 26, 99 und 131 findet sich der Grundsatz angemessener, namentlich existenzsichernder Entlohnung ebenfalls formuliert.

Das von der 54. Allgemeine Konferenz der IAO beschlossene Übereinkommen (Übk.) 131 „über die Festsetzung von Mindestlöhnen, besonders unter Berücksichtigung der Entwicklungsländer“ vom 29. April 1972 verpflichtet jedes, dieses Übereinkommen ratifizierende Mitglied der IAO, ein Mindestlohnsystem einzuführen, das alle Gruppen von Lohnempfängern erfasst, deren Beschäftigungsbedingungen eine solche Erfassung als angebracht erscheinen lassen. Die zuständigen Stellen müssen im Einvernehmen oder nach umfassender Beratung mit den maßgebenden beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden die zu erfassenden Gruppen von Lohnempfängern bestimmen (Art. 1 IAO-Übk.131).

---

<sup>83</sup> Ebd., Rn. 71.

<sup>84</sup> Ebd., Rn. 118ff.

<sup>85</sup> Ebd., Rn. 127.

<sup>86</sup> Ebd., Rn. 141.

<sup>87</sup> EuGH -11.12.2007 – C-438/05/05 -EU:C:2007:772 Rn. 79 (The International Transport Workers' Federation and the Finnish Seamen's Union): " Die Gemeinschaft hat somit nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielsetzung".

<sup>88</sup> Ebd., Rn.78.

<sup>89</sup> Zimmer, ZESAR 2018,151.

Mindestlöhne haben danach Gesetzeskraft und dürfen nicht unterschritten werden. Ihre Nichteinhaltung hat angemessene strafrechtliche oder sonstige Zwangsmaßnahmen gegen die beteiligte Person oder die beteiligten Personen zur Folge (Art. 2 IAO -Übk.131). Bei Bestimmung der Höhe der Mindestlöhne sind, soweit dies im Hinblick auf die innerstaatlichen Gepflogenheiten und Verhältnisse möglich und angebracht ist, unter anderem zu beachten: a) die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen unter Berücksichtigung der allgemeinen Höhe der Löhne in dem betreffenden Land, der Lebenshaltungskosten, der Leistungen der sozialen Sicherheit und des vergleichbaren Standes der Lebenshaltung anderer sozialer Gruppen; b) wirtschaftliche Gegebenheiten, einschließlich der Erfordernisse der wirtschaftlichen Entwicklung, der Produktivität und des Interesses daran, einen hohen Beschäftigungsstand zu erreichen und aufrechtzuerhalten (Art.3 IAO-Übk.131).

Das Menschenrecht auf existenzsichernde Arbeitsentgelte findet sich auch in vielen Verfassungen der Welt.<sup>90</sup> Zahlreiche Verfassungen sehen ein Recht auf faire Arbeitsvergütungen vor.<sup>91</sup> Art. 7 der Verfassung Brasiliens schmückt diese Garantie wortreich aus, wenn sie fordert, die Lohnempfänger müssten fähig (*capable*) sein, sich und ihre Familien elementare Lebensbedürfnisse nach Wohnung, Nahrung, Erziehung, Gesundheit, Muße, Kleidung, Hygiene, Beförderungsleistungen und soziale Sicherheit zu befriedigen; dies umschließe regelmäßige Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Kaufkraft.

Löhne haben nach alledem die soziale Existenz für Beschäftigte und ihre Familien zu sichern; sie sind deswegen ein zentrales Element würdiger Arbeitsbedingungen (Art. 31 EUGRCh). Diese Auslegung ist ein unmittelbares völker- und europarechtliches Gebot. Arbeitslöhne dürfen sich nicht nach Marktregeln, Angebot und Nachfrage richten, weil Arbeit keine Ware ist. Lohngerechtigkeit hat die Teilhabe der Beschäftigten im gesellschaftlichen Leben zu sichern. Der Existenzsicherungsauftrag umfasst Familienbedarfe, soweit diese nicht durch Lohngestaltung zu sichern sind, kann eine Sozialleistung das Gebot familiengerechter Entlohnung sichern. Die EU, welche sich durch den Kampf gegen soziale Ausgrenzung definiert, weil sie darin ihre Daseinsberechtigung - *frz.* ihre *raison d'être* - findet, kann sich dieser Thematik nicht achselzuckend verschließen.

Die Entlohnung ist eine zentrale Dimension von Arbeitsleistung: Sie ist die Gegenleistung für die erbrachte Arbeit. Die Forderung nach Lohngerechtigkeit umschreibt daher eine grundlegende Forderung der ausgleichenden Gerechtigkeit (Aristoteles), nämlich der Forderung nach einem fairen Austausch - der Entsprechung von Leistung und Gegenleistung und damit die Absage an Wucher und Ausbeutung von menschlicher Arbeit.

Das Gebot hat darüber hinaus eine gesellschaftsgestaltende Bedeutung, weil sie nämlich den Anspruch formuliert, dass der Lohn zu einem würdigen Leben reichen muss. Nur so wird die Ausgrenzung der Arbeiterschaft aus der Gesellschaft vermieden. Die Einbeziehung der Lohngerechtigkeit entspricht also nicht nur dem Völkerrecht und dem internationalen Verständnis der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte, sondern erfüllt auch den aus Art. 3 III EUV, 8 f. AEUV abzuleitenden Auftrag der EU.

Art. 31 I EUGRCh ist deshalb auch für die Mindestlöhne in den Mitgliedstaaten von Bedeutung. Sie erlangt im Rahmen von Art. 51 EUGRCh Bedeutung im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Wirkung von Mindestlohnregelungen<sup>92</sup> – namentlich im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern. Um dem Anspruch aus Art. 31 EUGRCh zu genügen, darf die EU sicherstellen, dass die Lohngestaltung die Würde der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahrt und ihrer sozialen Ausgrenzung entgegenwirkt.

Art. 157 AEUV hält die EU speziell zur Sicherung der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen an. Art. 3 III EUV definiert die EU als eine Institution zur Bekämpfung sozialer Ausgrenzung, Art. 8, 9 AEUV tragen der EU die Gleichbehandlung von Männern und Frauen und die Bekämpfung sozialer Ausgrenzungen und die Durchsetzung dieser Zielsetzungen als Querschnittsaufgabe auf. Ausweislich der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.05.2016 zu dem Thema Armut: Eine geschlechtsspezifische Perspektive<sup>93</sup> sind primär Frauen von Armut und Ausgrenzungen betroffen. Zur Überwindung dieser Armut wird die EU zum Kampf

<sup>90</sup> Eberhard Eichenhofer, WSK-Rechte, Frankfurt/Main 2021.IV 3.

<sup>91</sup> Art. 23,1 Belgien, 7 Brasilien,55 Kroatien, 75,1 Dänemark, 36 Italien, 48 Litauen, 59 Portugal, 37 Russland,60 Serbien

<sup>92</sup> Zimmer, ZESAR 2018,156.

<sup>93</sup> ABI. EU C 76/93 vom 28.2.2018.

gegen prekäre Arbeit, Schutz der Arbeitnehmerinnen mit gering bezahlten Arbeiten und zum Abbau des geschlechtsspezifischen Lohn- und Rentengefälles in der EU aufgerufen.

Aus all diesen EU- wie internationalrechtlichen Erwägungen, folgt die Dringlichkeit der mit der Gestaltung von Arbeitsbedingungen und Arbeitsrecht zentralen Frage der Lohngerechtigkeit, deren zentraler Gegenstand in der staatlichen Mindestlohnsicherung liegt.

### 3. Debatte um die MiLoRL

In der Debatte um die MiLoRL werden in der Literatur unterschiedliche, ja entgegengesetzte Standpunkte vertreten.

#### a) Zugunsten der Statthaftigkeit der MiLoRL

Zugunsten der Vorschläge wird vorgetragen: Die MiLoRL bezwecke nicht eine Harmonisierung, sondern begründe einen Regulierungsrahmen, um allen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern den Zugang zu gesetzlichem oder tariflichem Mindestlohnschutz zu sichern.<sup>94</sup> Der Vorschlag sei die Folgerung aus Grundsatz 6 der Europäischen Säule sozialer Rechte: Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hätten danach das Recht auf eine gerechte Entlohnung, die ihnen einen angemessenen Lebensstandard ermöglicht.<sup>95</sup> Die mit der MiLoRL angestrebten angemessenen Mindestlöhne müssten gewährleisten, dass die Vergütung für Arbeit vor dem Hintergrund der nationalen, wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen den Bedürfnissen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und ihrer Familien gerecht werde. Bei dessen Festlegung solle einerseits der Zugang zu Beschäftigung gesichert und andererseits die Motivation, sich Arbeit zu suchen, gewahrt werden. Armut trotz Erwerbstätigkeit sei grundsätzlich zu verhindern.<sup>96</sup> Alle Löhne und Gehälter würden gemäß den nationalen Verfahren und unter Wahrung der Tarifautonomie auf transparente und verlässliche Weise festgelegt.<sup>97</sup>

Sagan/Witschen/Schneider gelangen zu dem Ergebnis, Art.153 V AEUV hindere keine EU-Regelung zur Angleichung der Arbeits- und Sozialstandards mit Bezug auf das Arbeitsentgelt.<sup>98</sup> Ausnahmen – wie Art. 153 V AEUV, seien grundsätzlich eng auszulegen.<sup>99</sup> Die MiLoRL mache den gesetzlichen Mindestlohn für die Mitgliedstaaten nicht verpflichtend; sie könnten sich auch gegen das Instrument entscheiden.<sup>100</sup> Die Mitgliedstaaten könnten insgesamt festlegen, welcher Lohn angemessen ist.<sup>101</sup> Weder die Bindung an internationale Kriterien noch durch die in Art. 5 MiLoRL getroffene Vorgabe der Auswahlkriterien binde die Mitgliedstaaten zu irgendeiner Mindestlohnfestsetzung oder an eine Untergrenze.<sup>102</sup>

Der Vorschlag schaffe im Binnenmarkt ein gemeinsames Spielfeld wirtschaftlichen und sozialen Austausches (*engl.* "level playing field"),<sup>103</sup> erhöhe die Gleichheit bei der Entlohnung zwischen den Mitgliedstaaten und Sorge für faire und würdige Arbeitsbedingungen<sup>104</sup> Nach der EuGH-Rechtsprechung falle zwar die Festsetzung von Löhnen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten; dennoch sei es der EU zur Abwendung unfairer Wettbewerbsbedingungen gestattet, einen Rahmen festzusetzen, unter den die gesetzlichen Mindestlöhne nicht fallen dürfen.

Die Regeln der MiLoRL legten nämlich keinen Mindestlohn fest, sondern bestimmten durchaus vielfältig - und dabei unter anderem auf Kaufkraft der gesetzlichen Mindestlöhne, allgemeines Niveau der Bruttolöhne und deren Wachstumsrate Bezug nehmend- die zahlreichen Kriterien für dessen Bestimmung; solche Normen

---

<sup>94</sup> Giacomo di Federico, The Minimum Wages Directive Proposal and External Limits to Article 153 TFEU, Italian Labour e-Journal 13 (2020) issue 2.

<sup>95</sup> Ebd.

<sup>96</sup> Ebd.

<sup>97</sup> Ebd.

<sup>98</sup> Sagan/Witschen/Schneider, Der Kommissionsvorschlag für angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ZESAR 2021,103ff.

<sup>99</sup> Ebd.

<sup>100</sup> Ebd.

<sup>101</sup> Ebd.

<sup>102</sup> Ebd.

<sup>103</sup> Ebd.,

<sup>104</sup> Ebd.

beständen in vielen Zusammenhängen des EU-Rechts und verletzen nicht die in Art. 153 V AEUV auf Arbeitsentgelt bezogene Ausnahmeregelung, welche im Übrigen generell eng auszulegen sei.<sup>105</sup>

## **b) Einwände gegen die Statthaftigkeit der MiLoRL**

Mit Blick auf das Verbot der EU, unmittelbare Mindestlöhne festzusetzen, wird die Frage aufgeworfen, „ob etwas anderes für die Regelung gilt, die nicht einen absoluten, sondern nur einen relativen Mindestlohn festlegt, zum Beispiel einen festen prozentualen Teil des Medianlohns. Das wird im Ergebnis auch zu verneinen sein, da eine solche Regelung ja jedem einzelnen Mitgliedstaat bezogen auf den dort bestehenden Medianlohn zu einem bestimmten Mindestlohn führen würde.“<sup>106</sup> Ferner könnten weder Art. 31 EUGRCh noch die „Europäische Säule sozialer Rechte“ für die EU eine Zuständigkeit begründen, welche das Primärrecht nicht vorsehe.<sup>107</sup>

Prinzipielle Einwände gegen den Vorschlag unterbreitet das Gutachten<sup>108</sup> von Martin Franzen „Rechtsfragen über kompetenzrechtliche und anwendungsbezogene Fragen des Vorschlags der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne.“<sup>109</sup> Der Kompetenzschränke unterliege nach Art. 153 V AEUV = Art. 137 V EG nach der EuGH-Rechtsprechung das Arbeitsentgelt, welches dessen Harmonisierung durch EU-Recht untersage. Dazu zählten die „Festsetzung eines einheitlichen Gehaltsniveaus“ und die „Einführung eines gemeinschaftlichen Mindestlohns“. Diese Ansicht werde auch in der Literatur einhellig vertreten. Davon zu unterscheiden seien statthafte Regelungen zu den Bedingungen des Arbeitsentgelts. Generalanwalt Bot habe diese Begriffsbildung vorgeschlagen und der EuGH habe sie sich in der Rechtsache Specht zu Eigen gemacht<sup>110</sup> Danach sei die indirekte Beeinflussung der Löhne, namentlich durch Gleichbehandlungspflichten statthaft, aber nicht die direkte Lohnfestsetzung.<sup>111</sup>

Franzen folgert aus der in Art. 5 III MiLoRL enthaltenen Anforderung einer angemessenen Festlegung der Mindestlöhne im Einklang mit internationalen Maßstäben ,u.a. in Verbindung mit Erwägungsgrund 21, dass dadurch das vorgeschlagene EU-Recht die Mindestlöhne der Mitgliedstaaten unmittelbar festsetze.<sup>112</sup> Die Festlegung erkläre sich einzig schon dadurch, dass unter Zugrundelegung eines der Kriterien für den von den Mitgliedstaaten festzusetzenden Mindestlohn dieser auf Grund eines Rechenwerkes genau beziffert werden könne.<sup>113</sup>

In der Vorgabe der für die Mindestlöhne maßgeblichen Kriterien liege auch eine Maßnahme zur Einführung eines EU-weiten Mindestlohnes, wiewohl die Richtlinie die Mitgliedstaaten dazu nicht verpflichte, sondern sich auf Kriterien der Festlegung existierender Mindestlohngesetze beschränke. Denn falls ein Mitgliedstaat künftig einen gesetzlichen Mindestlohn einführen wolle, könne er dies nur noch unter Beachtung der in der RL festgelegten Normen tun. Darin liege danach eine nach Art. 153 V AEUV verbotene Einführung eines EU-weiten Mindestlohnes.<sup>114</sup> In der Pflicht zur Förderung der Tarifvertragsabschlüsse bei unzulänglicher, 70 % unterschreitender Tarifabdeckung (Art 4 MiLoRL) sieht das Gutachten eine mit der Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) unvereinbare, die Autonomie der Tarifparteien verletzende Regelung.<sup>115</sup>

Die Untersuchung geht schließlich der Frage nach, worin die MiLoRL ihren Schwerpunkt finde. Dieser bestimme bei mehreren Regelungen über die Kompetenzgrundlage nach dessen Schwerpunkt. Das Gutachten kann bei den Anforderungen an die Festlegung des gesetzlichen Mindestlohnes keinen Schwerpunkt der Maßnahmen erkennen, sondern sieht diesen bei den Bestimmungen zur Förderung der Tariflohnbindung. Die Untersuchung kommt deswegen zu dem Ergebnis, dass sie ihren Schwerpunkt bei Regelung der kollektiven

---

<sup>105</sup> Daniel Matthias Klocke/ Christoph Hautkappe, Europäischer Mindestlohn ante portas? ZESAR 2021,63,67f.

<sup>106</sup> Meyer ZESAR 2020,205.

<sup>107</sup> Ebd.

<sup>108</sup> Gutachten: EU-Mindestlohnplan verstößt gegen die Verträge, FAZ 27.1.2021, S.17.

<sup>109</sup> Martin Franzen, Rechtsfragen über kompetenzrechtliche und anwendungsbezogene Fragen des Vorschlags der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union vom 28.10.2020, COM (2020) 682 final, erstattet im Auftrag der Bundesverbände der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) e.V. Maschinenschrift 2021, S.4.

<sup>110</sup> Ebd., S.5.

<sup>111</sup> Ebd., S.6.

<sup>112</sup> Ebd., S.6f.

<sup>113</sup> Ebd., S.7.

<sup>114</sup> Ebd., S.8f.

<sup>115</sup> Ebd., S.9ff.

Vertretungsrechte von Arbeitgeber und Arbeitnehmer und nicht bei den Arbeitsbedingungen finde und mithin einzig auf der Grundlage von Art. 153 I lit. f) AEUV ergehen könne und mithin der Verabschiedung mit Einstimmigkeit bedürfe.<sup>116</sup>

Ähnliche Bedenken formulieren Gregor Thüsing/Gisela Hütter-Brungs.<sup>117</sup> Nach Art. 153 V AEUV sei es unstatthaft, wenn die EU den Mitgliedstaaten bei ihrer Mindestlohngesetzgebung eigene Vorschriften machten. Der Vorschlag für die Mindestlohnfestsetzung orientiere sich am Kaitz-Index und mache damit 60 % des Brutomedianlohnes als Mindestlohn verbindlich. Diese Festsetzung verstoße auch gegen die Subsidiarität.

#### **4. Folgerungen für die Statthaftigkeit der MiLoRL**

Der EU wäre die Realisierung ihres Vorhabens zur Schaffung einer MiLoRL möglich,

- wenn ihr die vorgeschlagene Rechtssetzung durch Art 153 V AEUV nicht versagt wäre (a),
- auch ein Erlass nach Art. 153 I lit f) AEUV nicht in Betracht zu ziehen wäre (b),
- sondern das angestrebte Vorhaben in Art. 153 I lit b) AEUV ihre Grundlage fände, so dass es von Rat und Parlament in der nach Art. 153 II 1 AEUV vorgezeichneten Form verabschiedet werden könnte (c).

##### **a) Ist der EU die Schaffung der MiLoRL nach Art. 153 V AEUV versagt?**

Die MiLoRL schafft weder Mindestlöhne noch setzt sie anstelle der Tarifvertragsparteien der Mitgliedstaaten die Löhne oder einzelne Entgeltbestandteile unmittelbar, direkt und für die Mitgliedstaaten oder die Tarifvertragsparteien eindeutig und bindend fest.<sup>118</sup> Sie öffnet vielmehr "den Zugang zum tarifvertraglich garantierten Mindestlohnschutz ...unter uneingeschränkter Achtung der Vertragsfreiheit der Sozialpartner" (Art. 1 MiLoRL).

Die MiLoRL wendet sich weder an die Arbeitsvertrags- noch die Tarifvertragsparteien direkt noch gibt sie diesen Handlungsgebote indirekt vor. Die MiLoRL richtet sich vielmehr ausschließlich an die Mitgliedstaaten, indem sie Anforderungen an die Bestimmung von deren gesetzlichen Mindestlohn setzt. Soweit die Mitgliedstaaten über einen solchen gesetzlichen Mindestlohn verfügen sollten und wollten und Gesetze vorhanden sind, zeigt die MiLoRL den Mitgliedstaaten dafür einzelne Maßstäbe und Regeln auf, welche sie bei Schaffung oder Fortentwicklung ihrer Gesetze beachten müssen.

Die MiLoRL verpflichtet die Mitgliedstaaten auf Einhaltung der internationalen Gepflogenheiten zur Festsetzung des gesetzlichen Mindestlohnes. Wenn es in Art. 5 MiLoRL heißt: Mitgliedstaaten, welche gesetzliche Mindestlöhne kennen, werden verpflichtet, „solide und klare nationale Kriterien für die Festsetzung der gesetzlichen Mindestlöhne“ zugrunde zu legen, so sind diese im Einklang mit den Gepflogenheiten des Staates zu bestimmen und Regeln für den Anpassung festzulegen.

Dadurch werden die Mitgliedstaaten nicht in ihrer Gestaltungsmacht bei Festlegung der Mindestlöhne in der Höhe eingeschränkt, wohl aber dazu angehalten, bei Bestimmung der Mindestlöhne international üblichen Richtgrößen zu folgen.<sup>119</sup>

Als mögliche Indikatoren verweist der Vorschlag in seiner Begründung (vgl. oben II. 4) auf den Kaitz-Index, das Verhältnis zu Median- oder Durchschnittslohn oder die Armutgefährdungsschwelle. Art. 5 MiLoRL verweist für die Mindestlohnbestimmung auf die Kaufkraft, das allgemeine Niveau der Bruttolöhne und ihre Verteilung, die Wachstumsrate der Bruttolöhne und die Entwicklung der Arbeitsproduktivität als weitere maßgebliche Kriterien.

Der Durchschnittslohn errechnet sich aus der Lohnsumme aller Beschäftigten, geteilt durch die Beschäftigtenzahl. Der Medianlohn gibt den Betrag an, zu welchem die Hälfte aller Beschäftigten weniger und die andere Hälfte mehr verdienen. Bruttolohn ist der Lohn vor Abzug von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen und

---

<sup>116</sup> Ebd., S.13ff.

<sup>117</sup> Gregor Thüsing/Gisela Hütter/Brungs, Soziale Gerechtigkeit -ultra vires - kritische Anmerkungen zum Entwurf einer Mindestlohnrichtlinie, NZA 2021,170.

<sup>118</sup> Sagan/Witschen/Schneider, ZESAR 2021,103.

<sup>119</sup> Sagan/Witschen/Schneider, ZESAR 2021,103,104ff.

Nettolohn der Betrag, der nach Abzug der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge den Berechtigten verbleibt.

Diese zahlreichen Messgrößen weisen ganz erhebliche Unterschiede auf; sie sind deshalb nicht identisch, sondern unterscheiden sich voneinander ganz erheblich. Art. 5 MiLoRL stellt die verschiedenen Messgrößen nicht fest, sondern stellt sie nebeneinander, ohne sich für eine einzelne Messgröße zu entscheiden. Weil so nach international unterschiedliche Möglichkeiten der Ausgestaltung für den gesetzlichen Mindestlohn bestehen, namentlich Brutto- oder Netto-, Durchschnitts- oder Medianlohn und die Kaufkraft oder Brutto- oder Netto-Durchschnittslohn als Bezugsgrößen in Betracht kommen, gibt die auf diese Kriterien verweisende MiLoRL für die Festsetzung des gesetzlichen Mindestlohnes keine Methode vor.

Dies zeigt auch die Begründung des Vorschlages: "In den meisten Mitgliedstaaten mit nationalen gesetzlichen Mindestlöhnen sind diese, im Vergleich zu anderen Löhnen oder um ein menschenwürdiges Leben zu gewährleisten, zu niedrig, trotz ihrer Erhöhung in den letzten Jahren. Die nationalen gesetzlichen Mindestlöhne (Fn. Die Indikatoren und die entsprechenden Referenzwerte beziehen sich auf die monatlichen Mindestlöhne) liegen in beinahe allen Mitgliedstaaten unter 60 % des Bruttomedianlohns und/oder 50 % des Brutto-Durchschnittslohns (Fn. Auf internationaler Ebene übliche Indikatoren zur Bewertung der Angemessenheitsbestimmung wie z.B. der Kaitz-Index, vergleichen den Mindestlohn mit dem Median- oder Durchschnittslohn. Darüber hinaus wird mit den vom Europarat definierten angemessenen Lebensstandard der Nettomindestlohn mit dem durchschnittlichen Mindestlohn verglichen)."<sup>120</sup>

Die in dieser Aufzählung aufgeführten Indikatoren sind allesamt untereinander nicht identisch, sondern bezeichnen unterschiedliche ökonomische Größen. Außerdem ist von den Mitgliedstaaten bei Festlegung eines Mindestlohnes ein bestimmender Prozentsatz zu fixieren, um den geschuldeten gesetzlichen Mindestlohn zu einer von mehreren möglichen Richtgrößen – typischer Weise Lohngrößen - in Bezug zu setzen (z. B. 55 % des Netto-Durchschnitts- oder 60 % des Brutto-Medianlohnes). Dies setzt die Methodenwahl durch die Mitgliedstaaten nachgerade zwingend und unverzichtbar wie unvertretbar voraus und überantwortet sie damit auch diesen.

Art. 5 MiLoRL schreibt also die in einem Mitgliedstaat zur Anwendung gelangenden Eckpunkte für die Festlegung des gesetzlichen Mindestlohnes gerade nicht vor, sondern überlässt den Mitgliedstaaten, bei Festlegung einer zwingend einzuhaltenden Lohnuntergrenze für einen gesetzlichen Mindestlohn aus einer Mehrzahl möglicher Methoden (*engl.* „menu of options“) die nähere Auswahl zu treffen und verpflichtet sie gleichzeitig dazu.

Art. 5 MiLoRL enthält sich mithin jeglicher eindeutigen Vorgaben an die Mindestlohnfestsetzung. Die auf die Kompetenz zur ergänzenden und unterstützenden EU-Gesetzgebung ausgerichtete und auszurichtende Regelung beschränkt sich auf die Festlegung von Parametern für die Lohnfindung. Sie gilt der indirekten Lohngestaltung, insoweit sie Untergrenzen für einen gesetzlichen Mindestlohn vorsieht.

Seit Jahrzehnten wurde in der EU darüber gerungen, wie angesichts mitgliedstaatlich unterschiedlicher Arbeits- und Sozialstandards ein wirtschaftlicher Wettbewerb im Binnenmarkt möglich sein könnte. Die eine Ansicht meint, dies gelinge nicht, solange nicht die Arbeits- und Sozialstandards vollständig einander angeglichen wären, weil nur so ein Sozialdumping (social dumping) oder eine „Abwärtsspirale“ im Binnenmarkt aufzuhalten wäre. Die andere Position sieht für eine solche Angleichung keine Notwendigkeit, weil der Binnenmarkt den Mitgliedstaaten mit niedrigen Sozialstandards damit zugleich die Chance zur Teilhabe am europäischen Wettbewerb eröffne, die ihnen bei EU-einheitlichen Standards versagt wäre.

Die EU reagierte auf diese Problematik differenziert; sie harmonisierte einerseits zentrale Materien des Arbeitnehmerschutzrechts und vereinheitlichte damit den Rechtsrahmen für Arbeitsleistungen im Binnenmarkt; andererseits sah sie namentlich bei Arbeitslöhnen und den kollektivvertraglichen Beziehungen von einer Standardisierung ab.

---

<sup>120</sup> SEC (2020)362 final,2.

Schließlich schuf sie zur Regelung grenzüberschreitender Arbeitsbeziehungen eigene Regeln, in denen Arbeitsbedingungen aus mehreren Staaten bei Entsendung in einen anderen Staat auf den in diesem Staat bestehenden gesetzlichen Mindestbedingungen bei Entgelt und sonstigen Arbeitsbedingungen angehoben wurden. Die im Staat der Arbeitsausübung geltende Gesetzgebung der Mitgliedstaaten zu Mindestlohn und -arbeitsbedingungen wurde in den vergangenen Jahrzehnten auf diese Weise fast überall stark ausgeweitet.

Mit der MiLoRL geht die EU einen weiteren Schritt durch ergänzende Maßnahmen zu einer Harmonisierung der Mindestlöhne, um durch Rechtsvereinheitlichung die in Europa noch bestehenden beträchtlichen Unterschiede bei den Mindestlöhnen anzunähern. Mindestlöhne weisen in Europa große Unterschiede auf.<sup>121</sup> Indikatoren für den Mindestlohn sind Kaufkraft (Kaitz-Index)<sup>122</sup> und die Relation zwischen dem Mindest- und dem Durchschnittslohn.<sup>123</sup> Zwischen 2000 und 2017 stieg der Kaitz-Index in der EU von 44 % auf über 50 % an.

Bei Auslegung von Bestimmungen des EU-Rechts ist nicht nur der Wortlaut und der Zweck einer Norm zu betrachten, sondern auch der Gesamtzusammenhang zu würdigen, innerhalb dessen eine bestimmte Regelung steht.<sup>124</sup> Solche Rechtssetzung hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 08.12.2020<sup>125</sup> - welche im Kern die Thematik Bekämpfung von Sozialdumping in dem von unterschiedlichen Sozialstandards der Mitgliedstaaten geprägten Binnenmarkt behandelt - im Rahmen des EU-Kollisionsrechts gebilligt.

Der EuGH ließ sich dabei von folgenden Erwägungen leiten: Soweit solche Regeln im Zusammenhang mit dem Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt getroffen würden, schufen solche Regeln des EU-Rechts eine „faire Grundlage für den Leistungswettbewerb im Binnenmarkt.“<sup>126</sup> Mit solchen Regeln werde der Wettbewerb so geordnet, dass er nicht „von übermäßigen Unterschieden in den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen abhängt, die in ein und demselben Mitgliedstaat für die Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten gelten.“<sup>127</sup> Solche EU-Regeln bezweckten nämlich, die aus der Unterschiedlichkeit der in den Mitgliedstaaten herrschenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Binnenmarkt zu „neutralisieren.“<sup>128</sup>

Diese Aufgabe ist nicht auf die Regelung grenzüberschreitender Rechtsverhältnisse zu beschränken, sondern legitimiert auch die im Rahmen des Art. 153 I lit. b), II AEUV vorgesehene und bei entsprechender Mehrheit erlaubte Harmonisierung der Arbeitsbedingungen. Deshalb können die großen Unterschiede bei den Voraussetzungen für den Zugang zu einem angemessenen Mindestlohn, als Teil der Arbeitsbedingungen verstanden werden und der Überwindung, der erheblichen Unterschiede im Binnenmarkt am besten auf EU-Ebene bewältigt werden, was diese Richtlinie zulässiger Weise verfolgt.

Art. 153 V AEUV, der solche Festsetzung von Mindestlöhnen der EU versagt, wird durch die MiLoRL demnach nicht erfüllt; die EU wird also nicht daran gehindert, auf diesem Gebiet rechtsvereinheitlichend tätig zu werden. Art. 153 V AEUV untersagt die „direkte Lohnfestsetzung durch die EU“<sup>129</sup>, weshalb ihr die unmittelbare Festlegung von Mindestlöhnen versagt ist, weil diese den Mitgliedstaaten vorbehalten ist.<sup>130</sup>

Art. 153 V AEUV gilt nur für Bestimmungen, welche das Arbeitsentgelt unmittelbar festlegen, aber nicht für solche, die auf das Entgelt nur mehr mittelbar einwirken.<sup>131</sup> Art. 153 V AEUV hindert damit nicht Regelungen, die sich auf die Entgeltbestimmung indirekt auswirken.<sup>132</sup>

Art. 145-150 AEUV gestatten der EU eine koordinierte Beschäftigungsstrategie und damit einzelne Vorgaben für die Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten. Diese Regeln legitimieren und verpflichten den EU-Gesetzgeber zu unterstützendem und ergänzendem Tätigwerden, wenn die Ziele des Art. 151 AEUV andernfalls nicht

<sup>121</sup>Thorsten Schulten/Malte Lübker, WSI-Mindestlohnbericht 2019: Zeit für kräftige Lohnzuwächse und eine europäische Mindestlohnpolitik, WSI-Mitteilungen, 2020, 133; Christine Aumayr-Pintar, Mindestlohn in Europa, Aus Politik und Zeitgeschehen (APUZ), Band 39 (2020), 3 ff.

<sup>122</sup> Schulten/ Lübker, WSI- Mitteilungen, 2020, 133, 135.

<sup>123</sup> Ebd., 133, 137.

<sup>124</sup> EuGH – 10.12.2018 – C- 621/18 -EU:C:2018:999 Rn. 47 (Wightman)

<sup>125</sup> EuGH -8.12.2020 – C-620/18 -EU:C:2020:1001 (Ungarn./ Parlament und Rat).

<sup>126</sup> Ebd., Rn. 126.

<sup>127</sup> Ebd., Rn. 127.

<sup>128</sup> Ebd., Rn. 141.

<sup>129</sup> Preis/Morgenbrodt, ZESAR 2020, 418.

<sup>130</sup> Reingard Zimmer, Das Recht auf ein existenzsicherndes Einkommen als Bestandteil des Unionsrechts, ZESAR 2018, 151, 154

<sup>131</sup> Peter Sagan, in Preis/ ders., Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 61.

<sup>132</sup> Peter Sagan, in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 61; ders. /Witschen/Schneider, ZESAR 2021, 103ff.

erreicht werden können<sup>133</sup>; auch die Lohngestaltung ist deswegen ein durchaus tauglicher Gegenstand von Beschäftigungspolitik und damit Gegenstand von EU-Regelungen.

Für Lohn und Arbeitsentgelt trifft die EU-Rechtssetzung zahlreiche Festlegungen: Für Mütter (Art. 11 RL 92/85/EWG), den Jahresurlaub (Art. 7 RL 2003/88/EG) oder die Entsendung von Beschäftigten (Art. 3 I lit. c) RL 2018/957/EU), insoweit Anforderungen an die Lohngleichheit zur Sicherung des Schutzes vor Diskriminierungen gestellt werden. Art. 153 V AEUV ist aber nicht zu entnehmen, dass es mittelbaren Regelungen des Entgelts, die zur Sicherung der Angemessenheit der Lohnhöhe aus anderen Gründen – namentlich der menschenrechtlichen Anforderung zur Gewährleistung existenzsichernder Löhne – nicht getroffen werden dürfte. Gleichheit und Angemessenheit bezeichnen unterschiedliche Dimensionen von Lohngerechtigkeit und es wäre nicht zu begründen, die EU-Regelungskompetenz auf eine dieser Facetten zu begrenzen- zumal dafür im Primärrecht keinerlei Anhaltspunkte zu finden sind. Es ist methodisch auch verfehlt, von bestehendem Sekundärrecht auf mögliches Primärrecht zu schließen, als ob dieses geböte, dass sich jenes nicht prinzipiell ändern dürfte, sondern auf dem Status quo beharren müsste.

Der EuGH befand, dass die Ausnahmeregelung für das Arbeitsentgelt von jeglicher EU-rechtlichen Harmonisierung (Art. 137 V EG, 153 V AEUV) nicht die Diskriminierung zwischen befristet und dauerhaft Beschäftigten bei Entgeltbestimmungen erlaubt.<sup>134</sup> Der EuGH betonte vielmehr: Die Harmonisierungsbefugnisse der EU-Gesetzgebers für Arbeits- und Sozialstandards dürften nicht ausgehöhlt werden, weil dies den Grundsätzen des Europäischen Sozialrechts zuwiderlaufe.<sup>135</sup> Auf diese Weise wird durch die genannten Richtlinien zum Schutz bei prekärer Beschäftigung deren *frz.* „*effet utile*“ - also ihre Wirksamkeit <sup>136</sup> gesichert, weil ihre Regeln zum Schutz prekär Beschäftigter vor Zurücksetzungen andernfalls ins Leere laufen würden. Der EuGH entschied daher mehrfach, dass die in Art. 153 V AEUV enthaltene Ausnahme eng auszulegen ist und nicht alle EU-rechtlichen Regelungen des Arbeitsentgelts verwirft.<sup>137</sup>

#### **b) Findet die MiLoRL in Art. 153 I lit f) AEUV ihre Grundlage?**

Die MiLoRL hält die Mitgliedstaaten zu Maßnahmen zur Steigerung der Tariflohnbindung an und gibt schließlich öffentlichen Stellen und Konzessionsnehmern zur Sicherung des fairen Wettbewerbs innerhalb eines Mitgliedstaates die Einhaltung der dort geltenden Tariflöhne und Stärkung der Tarifabdeckung vor. Das ist ein tarifrechtliches Anliegen. EU-Recht verdrängt damit weder Mitgliedstaaten noch Sozialpartner-Regeln, sondern setzt diese voraus und baut unterstützend und ergänzend auf diesen auf. Die MiLoRL regelt jedoch nicht die kollektive Interessenvertretung selbst (Art. 153 I lit. f) AEUV), sondern setzt eine Lohnuntergrenze und sichert damit eine angemessene Lohnhöhe.

Einzig Art. 4 MiLoRL befasst sich mit der Tarifabdeckung und Art. 9 MiLoRL gilt der Tariftreue; die weitaus größere Zahl der Bestimmungen betrifft die gesetzlichen Mindestlöhne. Diese gesetzlichen Mindestlöhne zu setzen, fällt nicht in die Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien, sondern die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Art. 4 MiLoRL, welche die Steigerung der Tarifabdeckung bezweckt, trifft keine unmittelbaren Anordnungen, welche die Beteiligungsrechte von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen direkt berühren, sondern verpflichtet lediglich die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zur Stärkung von Tarifbindung und -treue zu unternehmen. Art. 9 MiLoRL verpflichtet die Mitgliedstaaten und bestimmte Arbeitgeber zur Berücksichtigung von Tarifverträgen, gibt den Tarifvertragsparteien aber keine Rechte über die ihnen nach dem Recht der Mitgliedstaaten zustehenden Befugnisse hinauszugehen.

Wird demgegenüber behauptet, die MiLoRL verletze Art. 153 V AEUV und sei dennoch nach Art. 153 I lit. f) AEUV zu qualifizieren, entbehrt eine solche Einordnung jeder logischen Folgerichtigkeit. Die MiLoRL kann wegen ihrer Mindestlohnregelung nur entweder nach Art. 153 V AEUV wegen deren angeblich unstatthaften Regelung von Entgelt oder Tariffragen zu verwerfen sein, oder nach Art. 153 I lit. f) AEUV einstimmig durch

<sup>133</sup> Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2018 (5.Aufl.), S.43 ff.

<sup>134</sup> EuGH -13.9.2007 -C-307/05 - EU:C:2007:507 Rn.36 ff. (Del Cerro Alonso); -15.4.2008 - C-268/06 EU:C:2008:223 Rn 111ff. (Impact).

<sup>135</sup> EuGH -13.9.2007 -C-307/05 – EU :C :2007 :507 Rn.36-38 (Del Cerro Alonso) ; -15.4.2008 - C-268/06 -EU : C : 2008 :223 Rn 111-113(Impact).

<sup>136</sup> EuGH -13.9.2007 -C-307/05 – EU:C :2007 :507 Rn.36-38 (Del Cerro Alonso) ; -15.4.2008 - C-268/06 -EU : C : 2008 :223 Rn 111-113(Impact).

<sup>137</sup> Rebhahn/Reiner, in Jürgen Schwarze, EU-Kommentar,2012(3.Aufl.), Art. 153 AEUV Rn.44.

den Rat beschlossen werden müssen. Zu behaupten, beides gelte zugleich, verkennt insgesamt und von Grund auf die Logik wie Systematik der in Art. 153 AEUV getroffenen Bestimmungen.<sup>138</sup>

Auch aus der Grundregel über die Nichtigkeit von Rechtsakten: Verletzt ein Teil das Recht der EU, ist dieser nichtig und der Rest wirksam, falls er vom nichtigen Teil abtrennbar ist und sinnvoll bleibt; andernfalls ist der Rechtsakt insgesamt hinfällig<sup>139</sup>, folgt unmissverständlich, dass die MiLoRL mit seinen auf Tarifbindung und -treue setzenden Bestimmungen nicht ohne den gesetzlichen Mindestlohn geltenden Teilregelungen bestehen könnte. Die MiLoRL begreift Maßnahmen zur Erhöhung der Tarifbindung, Sicherung der Tariftreue und Vereinheitlichung der Kriterien für die Festsetzung des gesetzlichen Mindestlohnes als parallele und miteinander verbundene Maßnahmen zur Sicherung angemessener Arbeitsentgelte. Dabei liegt der Hauptakzent bei der Regelung zur Festlegung der gesetzlichen Mindestlöhne.

Angesichts solchen Überwiegens der den gesetzlichen Mindestlohn betreffenden Normen, fallen die auf Stärkung der Tarifbindung und Tariftreue gerichteten Normen, die primär statt eigenständiger und substantieller Regelungen zu treffen, einen Appel darstellen, nicht ins Gewicht. Sollte die MiLoRL an Art. 153 V AEUV scheitern, müsste sie deshalb folgerichtig insgesamt scheitern, und nicht partiell wirksam bleiben und nach Art. 153 I lit. f) AEUV ergehen können. Die MiLoRL kann daher unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt in Art. 153 I lit. f) AEUV eine Rechtsgrundlage finden.

### **c) Regelung der Arbeitsbedingungen (Art. 153 I lit. b) AEUV)**

Die in der MiLoRL enthaltenen EU-Regeln unterstützen und ergänzen die Rechtssetzung der Mitgliedstaaten und wahren damit den Charakter der nach Art. 153 I lit. b), 153 II AEUV für die EU statthaften Maßnahmen – als Akte der Binnenmarktgestaltung zur Unterbindung von „social dumping“. Die Arbeits- und Lebensbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu fördern, ist zentrales Ziel der von Art. 151 ff. AEUV ermöglichten und deshalb auch zu betreibenden EU-Sozialpolitik. Die Sicherung von angemessenen, d.h. existenzsichernden Löhnen erfüllt in diesem Rahmen eine zentrale Aufgabe, bekämpft sie doch soziale Ausgrenzung und sichert sie ein elementares wirtschaftliches und soziales Menschenrecht, das in der EU, vom Europarat wie auch im Völkerrecht vielfach anerkannt und verankert ist.

Solche Norm betrifft die Arbeitsbedingungen wie in Art. 153 I lit. b) AEUV umschrieben, weil die Festlegung einer untersten Grenze für den Lohn nicht Gegenstand anderer, von Art. 153 I AEUV erfasster Tatbestände arbeitsrechtlicher Harmonisierung ist. Zudem widerspricht Art. 153 V AEUV nicht, der EU die Befugnis zuzuerkennen, solche die Lohnhöhe und das Lohnniveau indirekt beeinflussende Regeln zu setzen.

Die MiLoRL schreibt die Löhne weder unmittelbar und direkt, noch unter Verdrängung von Mitgliedstaaten wie Tarifvertragsparteien vor, sondern gibt den Mitgliedstaaten für die Abfassung ihrer Mindestlohngesetze unter Beachtung international üblicher Maßstäbe Regeln auf.

Die von der MiLoRL nach Art. 153 I AEUV vorgesehenen Maßnahmen heben die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an (Art. 151 AEUV) und unterstützen wie ergänzen hierfür die Sozialpolitik der Mitgliedstaaten.<sup>140</sup> Dies geschieht durch die geeignete Rechtsform der Richtlinie. Die darin getroffenen Bestimmungen enthalten nur Mindestnormen und geben daher den Mitgliedstaaten hinreichend Raum, um für die nach ihrem Recht Beschäftigten bessere Regeln vorzusehen (Art. 153 II 1 b AEUV).

Für die EU-Regelung grenzüberschreitender Arbeitsverhältnisse erkannte der EuGH die Neutralisierung der auf Lohnniveau-Unterschieden beruhenden Wettbewerbsunterschiede als legitimes Ziel des EU-Rechts an.<sup>141</sup> Der EuGH führte aus: Soweit solche Regeln im Zusammenhang mit dem Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt getroffen würden, schüfe EU-Recht damit dem Leistungswettbewerb eine „faire Grundlage.“ Damit

<sup>138</sup> Martin Franzen, Rechtsfragen über kompetenzrechtliche und anwendungsbezogene Fragen des Vorschlags der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union vom 28.10.2020, COM (2020) 682 final, erstattet im Auftrag der Bundesverbände der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) e.V. Maschinenschrift 2021, S.9ff.

<sup>139</sup> EuGH – 6.12.2012 -C-441/11 P - EU:C:2012:778 Rn 36ff (Kommission./J. Coppens); -24.5.2005- C- 244/03 – EU:C:2005:299 (Frankreich./J. Parlament und Rat).

<sup>140</sup> Krebber, in Callies/Ruffert, EUV AEUV, 2016(5. Aufl), Art 153 AEUV Rn. 25, Uwe Meyer, Die EU-Regelungskompetenzen und die historischen Rahmenbedingungen für den EU-weiten Mindestlohn, ZESAR 2020, 201, 205.

<sup>141</sup> EuGH -8.12.2020 – C-620/18 -EU:C:2020:1001 Rn.126 (Ungarn./J. Parlament und Rat).

werde der Wettbewerb so geordnet, dass er nicht von „übermäßigen Unterschieden in den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen abhängt, die in ein und demselben Mitgliedstaat für die Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten gelten.“<sup>142</sup> Solche Regeln bezweckten, die in den Mitgliedstaaten unterschiedlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Binnenmarkt zu „neutralisieren.“<sup>143</sup>

Diese Verzerrungen des Wettbewerbes zu überwinden, ist nicht auf die Regelung grenzüberschreitender Arbeitsverhältnisse zu beschränken, sondern verlangt auch danach, die in den Lohnunterschieden nach wie vor fortbestehenden Differenzen zwischen den anwendbaren Rechten zu vermindern. Die MiLoRL schafft erstmals dieses gesetzgeberische Mittel. Harmonisierte Mindestlohnfestsetzungen für die Mitgliedstaaten ergänzen und erweitern den vom EuGH<sup>144</sup> als grundsätzlich legitim anerkannten Kampf gegen Lohnunterschiede im Binnenmarkt. Die MiLoRL will prekär Beschäftigte vor Diskriminierung bewahren. Dieses Motiv trägt viele Rechtsakte der EU im harmonisierenden Europäischen Arbeitsrecht.

Bei der Frage, worin die MiLoRL ihren thematischen Schwerpunkt findet, kommt es auf deren Ziel- und die getroffene Akzentsetzung entscheidend an. Im Lichte ihres zentralen Zwecks, den abhängig Beschäftigten ein Arbeitsentgelt zu sichern, welches ihnen einen angemessenen Lebensstandard – jedenfalls für sich und ihre Familie eine auskömmliche Existenzgrundlage sichert – liegt der Hauptakzent der Rechtssetzung auf der Regulierung der Gegenleistung für die erbrachte Arbeit - also dem Arbeitsentgelt. Regelungen dieser Thematik gehören zu den Arbeitsbedingungen.

Sie findet ihre Begründung in dem der EU-Gesetzgebung in Art. 3 III EUV, 8 f AEUV, 31 EUGRCh übertragenen Auftrag, für die Gleichbehandlung und zur Bekämpfung sozialer Ausgrenzung tätig zu werden; soziale Ausgrenzung gründet sich auf nicht-existenzsichernde Löhne. Das Eingreifen rechtfertigt sich ferner aus dem Binnenmarktziel, das die Pflicht zur Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen umschließt. Dies verlangt nach Verminderung des in der EU noch vorherrschenden Lohngefälles, was aus der fehlenden Harmonisierung der europäischen Mindestlohnregelungen erwächst. Art. 31 EuGRCh gewährt ein Grundrecht auf würdige Arbeitsbedingungen. Es ist umstritten, ob dazu auch ein Recht auf existenzsichernde Löhne gehört.<sup>145</sup> In den internationalen und europäischen Gewährleistungen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte ist das Recht auf eine angemessene, jedenfalls existenzsichernde Entlohnung in zahlreichen Zusammenhängen normiert: Art. 23 III Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Art. 7 Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Art. 4 Revidierte Europäische Sozialcharta und Ziff. 5 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer. Die letztgenannten Bestimmungen sind nach Art. 151 AEUV für die Ausgestaltung des EU-Rechts von unmittelbarem Belang und daher im Rahmen der EU-Rechtssetzung beachtlich wie verpflichtend.

Nach Art. 4 Nr.1 Revidierte Europäische Sozialcharta besteht für Arbeitnehmer ein Recht auf ein „Arbeitsentgelt, welches ausreicht, um ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard zu sichern.“ Die EU ist dazu aufgerufen, der sozialen Ausgrenzung entgegenzuwirken (Art. 3 III EUV, 8 AEUV). Die Angleichung der Maßstäbe für die Mindestlohnfestsetzung sichert dieses Ziel, schon die Systeme der sozialen Sicherung vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme aufgrund von Niedriglöhnen, weil daraus Beitragsverkürzungen resultieren und bei gleichzeitiger Leistungsausweitung auf einen größeren Personenkreis die Finanzgrundlagen der sozialen Sicherung geschwächt, weil geschmälert werden.

Die MiLoRL legt ihren Hauptakzent auf die Ausgestaltung der Anforderungen an den gesetzlichen Mindestlohn durch die Mitgliedstaaten im Hinblick auf Höhe, Festsetzungsverfahren, Maßstäbe für die Mindestlohnfestsetzung, Fortschreibung gesetzlicher Mindestlöhne und Sozialpartner-Beteiligung daran sowie Sicherung des Zugangs zu diesen Regeln durch die berechtigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Dagegen sind die Regelungen im Hinblick auf die Stärkung der Tarifbindung und -treue in erster Linie Maßnahmen gegenüber den Mitgliedstaaten, die zu einer Stärkung der Tarifbindung und zur Sicherung der Tariftreue angehalten werden. Keine einzige Bestimmung der MiLoRL gewährt den Kollektivvertragsparteien irgendeine Befugnis über

---

<sup>142</sup> Ebd., Rn. 127.

<sup>143</sup> Ebd., Rn. 141.

<sup>144</sup> EuGH -8.12.2020 – C-620/18 -EU:C:2020:1001 (Ungarn./J. Parlament und Rat) Rn. 65.

<sup>145</sup> Zimmer, ZESAR 2018,151

die Rechte hinaus, welche sie aufgrund der ihr Handeln ermöglichenden Gesetzgebung der Mitgliedstaaten ohnehin schon haben. Die MiLoRL begreift Maßnahmen zur Erhöhung der Tarifbindung, Sicherung der Tariftreue und Vereinheitlichung der Kriterien für die Festsetzung des gesetzlichen Mindestlohnes als parallele Maßnahmen zur Sicherung angemessener Arbeitsentgelte. Dabei liegt der Hauptakzent bei der Regelung zur Festlegung der gesetzlichen Mindestlöhne.

#### **IV. Primärrechtskonformität**

Die MiLoRL ergänzt die durch RL 2018/957/EU ergriffenen Maßnahmen zur Sicherung eines Kompromisses zwischen Binnenmarktfreiheiten und dem Schutz des Wettbewerbs. Die MiLoRL bezweckt ein evidenzbasiertes und verteilungspolitisch reflektiertes System zur Festsetzung des gesetzlichen Mindestlohnes. Das bei Regulierung grenzüberschreitender Arbeitsverhältnisse von EuGH jüngst anerkannte Ziel der Neutralisierung von Lohnniveau-Unterschieden und darauf beruhenden Wettbewerbsunterschieden<sup>146</sup>, verlangt – auch um die kollisionsrechtlichen Differenzen zwischen den anwendbaren Rechten zu vermindern - ein neues legislatives Mittel - nämlich die Harmonisierung von Mindestlohnfestsetzungen. Die MiLoRL trifft diese Gestaltung. Sind kollisionsrechtliche Maßnahmen zur Neutralisierung von Lohnunterschieden und daraus erwachsenden Wettbewerbsverzerrungen erlaubt, können Maßnahmen der Rechtsharmonisierung von Arbeitsentgeltunterschieden nicht EU-rechtlich verboten sein.

Die MiLoRL bewahrt prekär Beschäftigte vor Diskriminierung. Dieses Motiv trägt auch viele andere Rechtsakte der EU im Rahmen harmonisierendes Europäischen Arbeitsrechts. Dem kritischen Einwand, mit der MiLoRL überschreite die EU die ihrer Rechtssetzung gesetzten Grenzen, ist - zusammengefasst – entgegenzuhalten, dass die Kritiker der MiLoRL eine Regelungsintensität unterstellt, die sie aufgrund ihres Harmonisierungsansatzes weder beansprucht noch erfüllen kann. Der EU-Gesetzgeber hat schließlich im Primärrecht eine politische Einschätzungsprärogative, wie sie die ihr zukommenden Zuständigkeiten wahrnimmt. Die vom EU-Recht vorgegebenen Grenzen werden durch die MiLoRL beachtet und bei ihrer Ausgestaltung gewahrt. Die MiLoRL wahrt die Vorrechte von Mitgliedstaaten und der dort wirkenden Tarifpartnern.

Gegen die MiLoRL bestehen daher keine primärrechtlichen Bedenken. Sie bekämpft soziale Ausgrenzungen, fördert und sichert existenzsichernde Löhne, wirkt der Diskriminierung prekär beschäftigter Gruppen entgegen, fördert die Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern (Art. 157 I AEUV) und gleicht die nach wie vor beträchtlichen Unterschiede im Lohnniveau im Binnenmarkt an, den sie damit für die Unternehmen fairer und die Beschäftigten sozialer macht.

---

<sup>146</sup> EuGH -8.12.2020 – C-620/18 -EU:C:2020:1001 Rn.126 (Ungarn./, Parlament und Rat).