

# Gesetzlicher Mindestlohn und Vertragsgerechtigkeit\*

Florian Rödl

## I. Einstieg

Vielleicht geht es der Leserin bisweilen ähnlich: Sie beobachten einen Menschen bei der Arbeit, der mit einer schlichten, aber mühsamen Arbeitsleistung betraut ist. Zum Beispiel mit der Reinigung von Toiletten oder dem Verkauf von Saisonware. Sie hätten wenig Freude daran, einer vergleichbaren Tätigkeit auf Dauer nachzugehen. Erst recht nicht für den sicherlich schmalen Lohn. Sie haben darum Respekt aber womöglich auch etwas Mitleid.

Seit dem 1.1.2015 gibt es immerhin eine kleine Aufhellung dieser Situation. Sie können zumindest gewiss sein: Die Arbeit bleibt schlicht und mühsam, aber der Lohn beträgt jedenfalls nicht weniger als 8,50 EUR pro Stunde (seit 1.1.2017: 8,84 EUR). Das sind bei Tätigkeit in Vollzeit 1473, 33 EUR (seit 1.1.2017: 1532,27 EUR) pro Monat. Das bleibt natürlich schmal und wird Altersarmut nicht verhindern, aber immerhin. Vor der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns hätte es auch die Hälfte sein können.

Sofern die Leserin Erfahrungen macht und Überlegungen anstellt ähnlich wie diesen, wird sie mit vielen anderen in der Beurteilung übereinstimmen, dass der Mindestlohn für die Betroffenen, also für die, die ihn nunmehr bekommen, eine gute Sache ist. Eine andere Frage ist, ob es denn richtig ist, dass der Arbeitgeber und nicht die öffentliche Hand (etwa durch Lohnzuschüsse) für diese gute Sache aufkommen muss. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob und in welchem Sinn es sich bei dem gesetzlichen Mindestlohn um einen *gerechten* Lohn handelt.

Dafür muss natürlich zuerst erläutert werden, in welchem Sinn von Gerechtigkeit hier die Rede ist. Das führt zu einer grundlegenden begrifflichen Unterscheidung, die auf Aristoteles zurückgeht.

## II. Grundformen der Gerechtigkeit

Drei Grundformen der Gerechtigkeit lassen sich unterscheiden. Die erste ist die *ausgleichende* Gerechtigkeit, die zweite ist die *verteilende* Gerechtigkeit, die dritte ist die *vergeltende* Gerechtigkeit. Die ausgleichende Gerechtigkeit bestimmt das Privatrecht, die verteilende Gerechtigkeit bestimmt das öffentliche Recht, die vergeltende Gerechtigkeit bestimmt das Strafrecht und sie kann hier außen vor bleiben.

Die ausgleichende Gerechtigkeit verlangt, dass Verletzungen fremder Rechte Ansprüche auf Wiederherstellung auslösen. Das sei kurz vorgeführt: Jenseits des angeborenen und unveräußerlichen Rechts an der eigenen Person kennt das Privatrecht Rechte an Sachen (insbesondere Eigentum) und Rechte an fremden Leistungen (Vertrag). Beide Rechte können

---

\* Der Text gibt im Wesentlichen den auf der Sommerakademie der „Academia Philosophie Juris“ gehaltenen Vortrag wieder. Auf die Beifügung von Nachweisen wurde verzichtet. Das Folgende basiert im Wesentlichen auf der Arbeit: Florian Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2014, und entwickelt den vertragsrechtlichen Strang daraus behutsam weiter.

verletzt werden durch unbefugten Gebrauch des fremden Gegenstands (Sache, fremde Leistung) einerseits und Beschädigung des fremden Gegenstands andererseits.

Wer eine fremde Sache unbefugt gebraucht, muss den Gebrauch beenden. Sofern der unbefugte Gebrauch mit Besitz der Sache verbunden ist, muss er die Sache herausgeben (§ 985 BGB). Sofern der unbefugte Gebrauch nicht mit Besitz verbunden ist, muss er, so drückt es das Gesetz aus, die „Beeinträchtigung“ des Eigentums durch den besitzlosen Gebrauch „beseitigen“ (§ 1004 BGB). Wer eine fremde Sache schuldhaft beschädigt, muss Schadensersatz leisten (§ 823 Abs. 1 BGB). Wer eine vertragliche Verpflichtung nicht erfüllt, der – etwas metaphorisch gesprochen – gebraucht die dem Gläubiger kraft Vertrag zustehende Leistung. Er muss diesen eigenen Gebrauch beenden, indem er die vertragliche Verpflichtung erfüllt (vgl. §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB). Wer die kraft Vertrag fremde Leistung schuldhaft beschädigt (erneut etwas metaphorisch gesprochen, im Vertragsrecht heißt die Beschädigung „Leistungsstörung“), muss ebenfalls Schadensersatz leisten (§ 280 BGB).

Es ist gleichgültig, welche Eigenschaften der Inhaber des Rechts, und welche Eigenschaften der Rechtsverletzer haben. Letzterer muss das Recht des anderen wiederherstellen, je nach Art der Verletzung durch Beendigung des Gebrauchs oder durch Schadensersatz. Der Inhaber kann bedürftig und der Verletzer reich sein und umgekehrt. Der Inhaber kann klug sein und der Verletzer dumm und umgekehrt. Bei gleichem tatsächlichem Geschehen – unbefugter Gebrauch oder schuldhafte Beschädigung – sind die Gebote der ausgleichenden Gerechtigkeit stets dieselben. Aus diesem Grund betrifft die ausgleichende Gerechtigkeit ein Verhältnis *unter Gleichen*. Das bedeutet natürlich nicht, dass alle dieselben Eigenschaften hätten, sondern dass sie gleich gelten, wenn sie nur in einer Hinsicht gleich sind, und das ist im Privatrecht das Dasein als Mensch (§ 1 BGB). Die ausgleichende Gerechtigkeit des Privatrechts verlangt also den Ausgleich von Rechtsverletzungen *ohne Ansehen der Person*.

Die verteilende Gerechtigkeit beherrscht das öffentliche Recht. Sie betrifft das Verhältnis zwischen einer *Gemeinschaft und einem Einzelnen als deren Glied*. Allerdings verlangt die verteilende Gerechtigkeit für sich genommen zunächst einmal gar nichts. Die verteilende Gerechtigkeit verlangt insbesondere nicht, wie viele es im Anschluss an den Philosophen John Rawls verstehen, dass an sich alle Bürger gleiches Vermögen besitzen sollen, sodass für eine ungleiche Vermögensverteilung gute Gründe angeführt werden müssen. Verteilende Gerechtigkeit tritt begrifflich erst auf den Plan, wenn die Gemeinschaft sich einen Zweck gesetzt hat, den sie mithilfe von bestimmten Vergünstigungen oder Belastungen zu erreichen sucht, die sie anhand eines Kriteriums gewährt oder auferlegt, welches die Förderung des Zwecks gewährleisten soll. Dann erst ist eine konkrete Verteilungsregel bestimmt, und verteilende Gerechtigkeit verlangt auf Grundlage der entsprechenden Regel nicht mehr und nicht weniger, als dass sie richtig angewandt wird.

Wenn also zum Beispiel eine Gemeinschaft die Zahl der höheren Bildungsabsolventen steigern will (Zweck), dann zahlt sie eine Ausbildungsförderung (Vergünstigung) und zwar an die Kinder aus sozial schwächeren Familien (Kriterium). Das ist die konkrete Verteilungsregel. Verteilende Gerechtigkeit verlangt dann, dass jedes Kind, das tatsächlich aus einer sozial schwachen Familie kommt, die Ausbildungsförderung erhält und sie andere

Kinder nicht erhalten. Verteilende Gerechtigkeit ist also Gerechtigkeit *in Ansehung der Person*. Es kommt in der Regel gerade auf ihre Besonderheiten an. Sie wird ins Werk gesetzt, wenn eine Gemeinschaft Vergünstigungen oder Belastungen anhand eines Kriteriums verteilt, um hierdurch einen oder mehrere bestimmte Zwecke zu erreichen.

Viele meinen, wenn der Mindestlohn als gerechter Lohn verstanden werden soll, dann könnte nur die Verteilungsgerechtigkeit gemeint sein. Denselben Gedanken äußern letztlich diejenigen, die den Mindestlohn als öffentlich-rechtlichen Eingriff in die freiheitliche Privatrechtsordnung deuten. Doch die Einfügung des Mindestlohns in den Begriffsrahmen der Verteilungsgerechtigkeit bereitet Schwierigkeiten. Denn Zweck, Vergünstigung und Kriterium lassen sich hier nicht unabhängig voneinander ausbuchstabieren, wie es die verteilende Gerechtigkeit eigentlich kennzeichnet. Die größte Schwierigkeit aber ist: Wenn der Mindestlohn eine Vergünstigung der Gemeinschaft darstellen soll, dann müsste er eben von der öffentlichen Hand (als Lohnzuschuss) gewährt werden und wäre nicht von den Arbeitgebern zu zahlen.

Diese Schwierigkeiten motivieren die Frage, ob sich der Mindestlohn nicht als gerecht im privatrechtlichen Sinne verstehen lässt. Nach dem Gesagten liegt allerdings auf der Hand, dass es nicht um die ausgleichende Gerechtigkeit gehen kann. Denn der ausgleichenden Gerechtigkeit antwortet auf eine Rechtsverletzung, also die Verletzung eines bereits bestehenden Rechts. Es ist aber keine Rechtsverletzung, wenn der Arbeitgeber nur 7 EUR pro Stunde bietet. Es ist mit dem gesetzlichen Mindestlohn lediglich bestimmt, dass er für diesen Preis das Recht an der Leistung des Arbeitnehmers nicht erwerben kann und nicht erworben hat, selbst wenn dieser das Angebot annimmt. Beim Mindestlohn geht es also nicht um den Ausgleich einer Rechtsverletzung, sondern um die vorgelagerte Frage, zu welchen Bedingungen, das vertragliche Recht an fremder Arbeitsleistung erworben wird.

### **III. Private Rechte als gleiche Freiheit**

Wie gleich zu zeigen sein wird, unterliegt jede Art von Rechtserwerb bestimmten *Prinzipien*. Bevor dies jedoch vertieft werden kann, muss noch erläutert werden, welche Idee eigentlich die Existenz der subjektiven Rechte trägt. Es ist also zu klären, warum das Privatrecht eigentlich die Rechte an Sachen und fremden Leistungen konstituiert und auf diese Weise ermöglicht, solche Rechte innezuhaben.

Die tragende Idee ist die Idee *gleicher Freiheit*, und zwar gleicher Freiheit im Handeln. Das für die Idee gleicher Freiheit logisch erste Recht ist das Recht an der eigenen Person. Das subjektive Recht an der eigenen Person besagt, dass niemand einen fremden Menschen für eigene Zwecke verwenden darf. Das Gegenteil bedeutet Leibeigenschaft oder Sklaverei: Leibeigene und Sklaven sind Menschen, die anderen gehören. Die Eigentümer können sie für eigene Zwecke einspannen, sie können veräußert und erworben werden. Sklaven und Leibeigene sind nicht frei, sie können ihr Handeln nicht selbst bestimmen. Es besteht mithin in einer solchen Situation unter den Menschen keine Ordnung gleicher Freiheit im Handeln. Eine solche zu konstituieren ist die dramatische Leistung des modernen Privatrechts.

Die weitere Leistung des Privatrechts besteht darin, Sachen und fremde Leistungen als mögliche Erweiterungen der Handlungsfreiheit des Einzelnen zu konstituieren. Mithilfe von

Eigentum und Vertrag wird das Vermögen freien Handelns vergrößert. Der Einzelne kann nicht nur auf seine eigene Person rechnen, wenn er Handlungspläne schmiedet, sondern auf die Sachen in seinem Eigentum sowie auf die fremden Leistungen, an denen er vertragliche Rechte hat. Beide Institutionen sind mit der Idee gleicher Freiheit vereinbar. Zwar kann eine Sache vom Nicht-Eigentümer nicht im Handeln verwendet werden. Aber das ändert nichts daran, dass er über sich und seine Sachen selbst bestimmen kann. Eine Leistung, an der ein vertragliches Recht besteht, kann der Verpflichtete nicht mehr im eigenen Handeln verwenden. Aber das ändert einerseits nichts daran, dass er über sein Handlungsvermögen im Übrigen selbst bestimmen kann und dem Erwerb der Leistung hat er im Vertragsschluss selbst zugestimmt. Weder Eigentum noch Vertrag machen die aus ihnen Verpflichteten wieder zu Leibeigenen oder Sklaven.

Natürlich kann man die Legitimation dieser Erweiterungen der individuellen Handlungsfreiheit in Frage stellen. Nicht in Frage stellen kann man aber, dass diese Erweiterungen die Idee gleicher Freiheit fortsetzen. Eine besondere Pointe dieser Idee ist: Es kommt überhaupt nicht darauf an, dass alle quantitativ dasselbe Handlungsvermögen haben. Das würde zum Grundsatz der Gleichheit von Geldvermögen führen. Doch dem Privatrecht ist es schon mit Blick auf das Recht an der eigenen Person gleichgültig, welche unterschiedlichen Handlungsmöglichkeiten dieses Recht eröffnet. Wer begabt und gebildet ist, hat sehr viel mehr Möglichkeiten als wer unbegabt und ungebildet ist. Das Privatrecht stellt nur sicher, dass jeder über seine Person frei bestimmen kann. Ganz genauso steht es mit Eigentum und Vertrag. Dem Privatrecht ist es gleichgültig, wer welche konkreten Sachen und fremde Leistungen besitzt und welchen Vermögenswert alle zusammen haben, obgleich sich daraus natürlich ganz unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten ergeben. Das Privatrecht stellt nur sicher, dass jeder über seine Gegenstände, Sachen und fremde Leistungen, frei bestimmen kann.

#### **IV. Prinzipien des Rechtserwerbs**

Während das Recht an der eigenen Person angeboren und unveräußerlich ist, können Rechte an Sachen und fremden Leistungen, Eigentum und Vertrag, erworben werden. Dabei gibt es wieder zwei Möglichkeiten für beide Arten von Rechten. Man kann sowohl das Recht an einer Sache als auch das Recht an einer Leistung, deren Inhaber bereits ein anderer ist, von diesem erwerben. Man nennt das den abgeleiteten Erwerb. Dies ist im Fall der Sache die Übereignung (§§ 929 ff. BGB), im Fall der fremden Leistung die Abtretung (§§ 398, 413 BGB). Beides erfolgt im Wege der sogenannten Verfügung. Die Verfügung, bei der eine Person ein bisher ihr zustehendes Recht auf eine andere Person überträgt, verlangt Konsens beider Teile. Die Willen beider Personen müssen sich vereinigen mit dem Inhalt, dass das Recht vom einen auf den anderen übergeht. Weder kann eine Person gegen ihren Willen das Recht an einem Gegenstand verlieren, noch kann eine Person gegen ihren Willen das Recht an einem Gegenstand erwerben. Das erste Prinzip des abgeleiteten Erwerbs subjektiver Rechte ist mithin der *Konsens*. Darüber hinaus verlangt das Recht für jeden abgeleiteten Erwerb einen *Rechtsgrund*, § 812 Abs. 1 BGB. Ohne Rechtsgrund ist der Erwerb nicht stabil, das Erworbene kann dann als ungerechtfertigte Bereicherung zurück verlangt werden. Das Erfordernis eines Rechtsgrunds ist mithin das zweite Prinzip des abgeleiteten Erwerbs.

Die zweite Möglichkeit ist der Erwerb des Rechts an einem Gegenstand, an dem vorher kein anderer bereits ein Recht innehatte. Man nennt das den ursprünglichen Erwerb. Das sind beim Eigentum die herrenlosen Sachen und die neu hergestellten Sachen. Eine herrenlose Sache wird nicht erworben von dem, der sie am nötigsten hätte, oder dem, der die effizienteste Verwendung für sie hätte oder der am meisten auf den Erwerb aufgewandt hat. Denn das Privatrecht operiert auch beim Erwerb subjektiver Rechte ohne Ansehen der Person. Die herrenlose Sache wird erworben von dem, der sie als erstes in Besitz genommen hat (sog. Aneignung, § 958 BGB). Vergleichbar erwirbt das Eigentum an neu hergestellten Sachen derjenige, auf dessen Willen die Herstellung zurück geht (§ 950 BGB), der sie also als erster zum Gegenstand seiner Handlungspläne gemacht hat.

Beim Vertrag gibt es keine herrenlosen Leistungen, denn anders als Sachen gibt es fremde Leistungen nicht unabhängig von dem ersten Vertrag, in dem sie einem anderen versprochen werden. Der maßgebliche Gegenstand existiert also nicht unabhängig von jedem subjektiven Recht, sondern er kommt im Zuge der Begründung des subjektiven Rechts an ihm zur Existenz. Damit das Recht an fremder Leistung ohne Verstoß gegen die Idee gleicher Freiheit möglich ist, ist der ursprüngliche Erwerb anders als bei Sachen nicht durch einseitigen Akt (Aneignung, Herstellung) möglich. Derjenige, um dessen Leistung es geht, muss mitwirken. Darum erfolgt der ursprüngliche Erwerb eines vertraglichen Rechts ebenfalls durch Vertragsschluss. Folglich untersteht auch der ursprüngliche Erwerb eines vertraglichen Rechts dem *Prinzip des Konsenses*.

Die entscheidende Frage ist nun, ob der Erwerb vertraglicher Rechte noch von anderen Prinzipien regiert wird, als vom Konsens. Die sogenannten Willentheoretiker des vertraglichen Rechts verneinen diese Frage. Aus ihrer Sicht ist der Konsens der vertragsschließenden Parteien nicht nur Bedingung des vertraglichen Erwerbs, sondern auch die Rechtfertigung der Verbindlichkeit des Vertrags. Aus letzterem soll wiederum folgen, dass der Konsens die einzige Bedingung vertraglichen Erwerbs sein muss. Die Willentheoretiker glauben, damit an die Idee gleicher Freiheit anzuschließen, weil doch jeder die gleiche Freiheit habe, Verträge zu schließen und entsprechend nur so weit gebunden zu sein, als er die Bindung selbst gewollt hat.

Tatsächlich aber sind mit dieser Rechtfertigung des Vertrags schon für sich genommen eine Reihe von Problemen verbunden. Das fängt damit an, dass nicht klar ist, warum ein späterer Lösungswille einer Vertragspartei nicht den früheren im Vertragsschluss verkörperten Bindungswillen überschreiben kann. Es geht weiter damit, dass die geltende Rechtsgeschäftslehre die Vertragspartei nicht an dem festhält, was sie wirklich will, sondern daran, was sie als von ihr Gewolltes erklärt hat.

Weiterhin kennt das geltende Vertragsrecht eine grundlegende Unterscheidung, mit der die Willentheorie nicht viel anfangen kann: die Unterscheidung zwischen unentgeltlichem Vertrag und Austauschvertrag. Im ersteren Fall wird durch Vertrag nur für eine Seite ein Recht an einer vertraglichen Leistung begründet, im letzteren Fall werden zwei Leistungen gegeneinander und umeinander Willen getauscht. Beide Vertragsarten unterliegen besonderen Regeln. So kann die Übereignung einer Sache Gegenstand eines normalen Austauschvertrags sein, während die unentgeltliche Schenkung notarieller Form bedarf.

Besonders deutlich wird die Differenz im Fall der Nicht-Leistung. Hier sieht das Vertragsrecht für den Austauschvertrag vor, dass der eine Teil die eigene Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zurückhalten (§§ 320, 322 BGB) und nach Fristsetzung vom Vertrag zurückzutreten kann (§ 323 BGB). Das Recht des anderen Teils ist also bedingt durch dessen Handlungsvermögen, das dafür eingetauschte Recht auf die Gegenleistung auch tatsächlich zu erbringen. Kaum eine Vertragspartei hat diese Regelungen jemals tatsächlich gewollt. Aber sie sind vom Vertragsrecht trotzdem angeordnet. Es muss also jenseits des Konsenses noch ein anderes Prinzip im Spiel sein, dem der Erwerb vertraglicher Rechte untersteht.

## **V. Austauschgerechtigkeit als Erwerbsprinzip**

Tatsächlich sieht das Vertragsrecht die besagten Sonderregeln für Austauschverträge um der Fairness willen vor. Es wäre unfair, wenn die eine Partei eines Austauschvertrags, die vielleicht nicht einmal Verzögerungsschaden geltend machen kann, warten müsste, bis es der anderen Partei passte ihre Verpflichtung zu erbringen. Und wenn es ihr dann irgendwann passte, müsste die eine Partei auch ihre (Geld-)Leistung erbringen.

Die hier als Ausdruck in Anschlag gebrachte „Fairness“ kann man auch *Austauschgerechtigkeit* nennen. Es gibt also im Vertragsrecht Regeln, die zwar von keiner Partei bewusst gewollt sind und doch gelten, weil sie die Gerechtigkeit des vertraglichen Austauschs garantieren. Das sind aber nicht nur die eben behandelten Regelungen, die die Gegenseitigkeit des Austauschvertrags, die wechselseitige Bedingtheit der vertraglichen Leistungen reflektieren. Es finden sich noch andere Regeln, welche die näheren Umstände der Leistung regeln. Da sind zum Beispiel der Ort, an dem die Leistung zu erbringen ist, oder die Zeit, zu der die Leistung erbracht werden soll. Wenn die Parteien zu derlei Punkten nichts vereinbaren, liefert das Vertragsrecht eine faire Regel, und für alle Eventualitäten zudem die Generalregel, dass die Leistung in fairer Art und Weise zu erbringen ist (§ 242 BGB).

Es bereitet immer wieder Schwierigkeiten, diese Regelungen des Vertragsrechts als Ausdruck des Prinzips der Austauschgerechtigkeit zu verstehen. Der Grund für diese Schwierigkeit ist, dass es sich nicht um zwingende, sondern um *dispositive* Regeln handelt, das heißt, dass die Parteien abweichende Regelungen treffen können. Viele denken, die Regeln könnten nicht die Gerechtigkeit im Austausch verbürgen, wenn die Parteien davon abweichen könnten. Deswegen haben sich gerade Vertreter der Willenstheorie immer wieder daran versucht, die fraglichen Regelungen anstatt auf die Austauschgerechtigkeit auf den Willen der Parteien zurück zu führen. In Betracht gezogen wurde hier der hypothetische Wille der Parteien. Aber das führt nicht weiter. Da wir von den konkreten Parteien regelmäßig zu wenig wissen, um einen konkreten hypothetischen Willen herauszufinden, müssen wir nach dem hypothetischen Willen vernünftiger Parteien fragen, und die wollen natürlich eine faire Regelung.

Der wirkliche Grund für die Möglichkeit abweichender Regelungen ist einerseits, dass im ganz konkreten Fall womöglich eine andere Regelung fair ist, als diejenige, die das Vertragsrecht vorsieht. Wenn sich die Parteien darüber einig sind, soll diese andere

Regelung gelten. Der Grund ist andererseits, dass eine für die eine Partei weniger faire Regel ausgeglichen werden kann im Preis. Wer zum Beispiel die Leistung abweichend von der gesetzlichen Regel nicht an seinem Wohnsitz, sondern auswärts zu erbringen hat, der lässt sich dies mutmaßlich bezahlen. Wer eine über die gesetzliche Sachmängelhaftung beim Kauf hinausreichende Garantie übernimmt, lässt sich dies wahrscheinlich ebenfalls bezahlen. Deswegen dürfen die Parteien von den meisten Regelungen des Vertragsrechts abweichen, und doch ist deren Funktion richtig damit bestimmt, dass sie die Fairness des Austauschs garantieren.

Allerdings gibt es eine klassische Situation, in der nicht davon auszugehen ist, dass eine unfaire Nebenbestimmung durch einen Preisnachlass ausgeglichen und so die Vertragsgerechtigkeit wieder hergestellt wird. Das ist der Fall, wenn die unfaire Nebenbestimmung im Kleingedruckten steht, also in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Da Kleingedrucktes üblicherweise nicht gelesen wird, kann die andere Vertragspartei nichts Konkretes über die Verschiebung der Rahmenbedingungen zu ihren Ungunsten wissen. Sie wird darum auch keinen Preisnachlass zum Ausgleich fordern, der ihr vom anderen Vertragsteil ohnehin nicht gewährt würde. Darum gibt es das Recht der *AGB-Kontrolle* (§§ 305 ff. BGB). Dieses zieht die Grenzen für die Vertragsparteien, von den fairen Regelungen des dispositiven Vertragsrechts abzuweichen, schlicht noch enger, eben um die Austauschgerechtigkeit auch in dieser Situation zu sichern, in der davon auszugehen ist, dass Abweichungen von den fairen Bedingungen des abdingbaren Vertragsrechts nicht durch Preisnachlässe zugunsten der anderen Partei ausgeglichen werden.

Nun klang eben schon an, dass die Nebenbestimmungen zur Erbringung einer Leistung und ihr Preis eine Einheit bilden: Abweichungen von den fairen Normalbedingungen können ausgeglichen werden durch Nachlässe beim Preis und so die Austauschgerechtigkeit wiederherstellen. Dieser Zusammenhang setzt aber voraus, dass auch der Preis nicht in das Belieben der Vertragsparteien gestellt ist, sondern dem Prinzip der Austauschgerechtigkeit unterliegt. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Vertragsrecht den Austauschvertrag dem *Gebot eines gerechten Preises* unterstellen muss. Sonst hinge die eben entfaltete Idee, wie das Vertragsrecht die Fairness des vertraglichen Austauschs mithilfe dispositiver Regeln sichert, im Ergebnis in der Luft. Der Preis muss seinerseits einem Maßstab der Fairness bzw. der Gerechtigkeit unterliegen. Sonst könnte man beliebig behaupten, jede noch so unfaire Vertragsbedingung sei am Ende doch fair, weil der Preis andernfalls viel höher gelegen hätte.

Und tatsächlich unterstellt das Vertragsrecht den Austauschvertrag dem Gebot eines gerechten Preises. Man kann das zunächst ablesen an zwei zentralen Vertragstypen, dem Werkvertrag und dem Dienstvertrag. Bei diesen Vertragstypen ist es für einen Vertragsschluss nicht erforderlich, dass sich die Parteien über einen Preis einigen. Es wird für den Regelfall angenommen, dass Dienst- und Werkleistungen nicht unentgeltlich erfolgen sollen, und in Ermangelung einer positiven Absprache, liefert wie bei den Nebenbedingungen das Vertragsrecht die faire Regelung (§§ 612, 632 BGB): Der gerechte Preis der Dienst- oder Werkleistung ist, sofern nicht an anderer Stelle rechtlich bestimmt, das Übliche. Das Übliche ist ein anderer Ausdruck für den je aktuellen *Marktpreis* der Leistung.

Freilich können die Parteien auch hier eine abweichende Bestimmung treffen, also ein höheres oder ein niedrigeres Entgelt für die Dienst- oder Werkleistung vereinbaren. Das werden sie freilich im Normalfall nicht tun, es sei denn, die gegenüber dem Marktpreis belastete Partei wollte der begünstigten Partei den entsprechenden Geldwert unentgeltlich zuwenden. Gegen eine solche Zuwendung im Zusammenhang mit einem Austausch hat das Vertragsrecht natürlich nichts einzuwenden, schließlich erlaubt es sogar die unentgeltliche Verpflichtung. Aber das Vertragsrecht unterwirft die Abweichung vom Marktpreis einer Prüfung und erkennt sie nur an, wenn sie entweder geringfügig ausfällt oder wenn sich nicht unter „Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche“ (§ 138 Abs. 2 BGB) des anderen Teils erfolgt ist. Im letzteren Fall handelt es sich nicht um eine Zuwendung, die auf Großzügigkeit des Zuwendenden beruht, sondern es handelt sich um *Wucher*. Ebenso wie das Vertragsrecht bei den Nebenbestimmungen unfaire Vereinbarungen korrigiert, korrigiert es auch die Vereinbarung eines unfairen Preises. Es sei denn, der entsprechend Geldwert soll aus Großzügigkeit und nicht etwa aus einer Zwangslage heraus unentgeltlich zugewandt werden.

Beim Kauf ist die Lage nur geringfügig anders. Auch hier geht das Vertragsrecht davon aus, dass die Verkäuferleistung zum gerechten Preis zu erwerben ist, welcher dem aktuellen Marktpreis entspricht. Wird davon allzu sehr abgewichen, wird überprüft, ob diese Abweichung eine auf Großzügigkeit beruhende unentgeltliche Zuwendung seitens des benachteiligten Teils darstellt, oder eine Ausbeutung durch den begünstigten Teil. Darüber hinaus fehlt zwar eine Vorschrift nach dem Vorbild der §§ 612, 632 BGB, welche den Preis bei Fehlen einer positiven Absprache auf das Übliche festlegt. Das liegt aber nur daran, dass beim Kauf der Fall der Vorleistung des Verkäufers bei ungeklärtem Preis nur selten vorkommt und zudem eine Übereignung anders als eine Dienst- oder Werkleistung ohne Wertverlust rückgängig gemacht werden kann. Der Verkäufer bedarf eines Schutzes nach dienst- oder werkvertraglichem Vorbild nicht. Darum ist es ausreichend und zur Sicherung gerechten Austauschs sogar effektiver, ein Zustandekommen des Vertrags daran zu knüpfen, dass auch der Kaufpreis beziffert ist. Mit der Frage, ob auch der Austausch beim Kauf dem Gebot des gerechten Preises unterliegt, hat dies aber nichts zu tun. Entsprechendes gilt für Miet- und Pachtvertrag: Auch hier fehlt die Vorschrift, die bei Fehlen einer Absprache das Übliche als Zins bestimmt, weil auch hier die Vorleistung nur selten vorkommt und sich zudem eine etwaig doch erfolgte Überlassung ebenfalls ohne weiteres rückgängig machen lässt.

Abschließend könnte man noch fragen, wie es zur Behauptung eines Erwerbsprinzips der Austauschgerechtigkeit passt, dass die Parteien überhaupt den Preis bestimmen dürfen. Kritiker der Auffassung, dass der vertragliche Erwerb von Rechten an fremder Leistung dem Prinzip der Austauschgerechtigkeit unterliegt, neigen nämlich zu der Unterstellung, dies setze eine gesetzlich oder gerichtlich ausgeworfene Preistabelle voraus. Darauf gibt es drei Antworten, wobei zwei von diesen sich schon aus dem Bisherigen ergeben. Erstens: Die Parteien dürfen den Preis deswegen frei bestimmen, damit sie durch Abweichungen vom eigentlich gerechten Preis Änderungen der fairen Nebenbestimmungen zugunsten einer Partei ausgleichen können. Zweitens: Die Parteien dürfen den Preis deswegen frei

bestimmen, eben weil es ihnen natürlich erlaubt ist, sich im Rahmen ihres Austauschs unentgeltlich etwas zuzuwenden, sofern die Zuwendung nicht auf Ausbeutung, sondern auf Großzügigkeit beruht.

Drittens: Die freie Bestimmbarkeit hängt schließlich grundlegend mit dem Maß des gerechten Preises zusammen. Der gerechte Preis soll nach dem Vertragsrecht der Marktpreis sein, also der Preis, der sich unter den Bewegungen von Angebot und Nachfrage in der Zeit ändern kann. Wenn jedoch gerade der Marktpreis den gerechten Preis liefern soll, dann muss Raum sein dafür, dass sich zunehmende Knappheit oder ihr Gegenstück in der Zeit im Preis niederschlägt. Bringt man also, wie das geltende Vertragsrecht es tut, den Marktpreis als gerechten Preis in Anschlag, dann ist dieser Maßstab mit der Idee von in der Zeit festliegenden Preistabellen schlechthin unvereinbar. Der Marktpreis ist also in der Zeit durch die Gesamtheit vertraglicher Interaktionen veränderbar und kann gleichwohl als Maßstab des einzelnen vertraglichen Erwerbs dienen. Das ist insgesamt sicherlich ein anspruchsvoller Gedanke, der auch weiterführende Fragen auf dem Gebiet der ökonomischen Werttheorie aufwirft. Es sei dahingestellt, ob sich diese Fragen befriedigend beantworten lassen. Jedenfalls liegt dieser Gedanke dem geltenden Vertragsrecht unter der Austauschgerechtigkeit zugrunde. Neben dem Konsens der Parteien ist mithin im Falle des Austauschs von Leistungen die Austauschgerechtigkeit, welche den Tausch zum gerechten Preis zu fairen Bedingungen bezeichnet, das zweite Prinzip des vertraglichen Erwerbs.

## **VI. Tariflicher und gesetzlicher Mindestlohn als gerechter Preis menschlicher Arbeitskraft**

Der gerechte Preis wird im Vertragsrecht also durch den Marktpreis repräsentiert. Der Marktpreis ist das Übliche, das bei Dienst- und Werkvertrag im Zweifel verdient wird. Der Marktpreis ist auch der Bezugspunkt des auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung, das für das Wuchergeschäft maßgeblich ist.

Dieser Zwischenbefund könnte zu dem Schluss führen, dass der Mindestlohn mit der vertragsrechtlichen Idee des gerechten Preises gerade unvereinbar wäre. Denn der Mindestlohn beschränkt eine Lohnbildung auf dem Arbeitsmarkt, die wesentlich durch Angebot und Nachfrage bestimmt ist; gleiches gilt natürlich von Tarifverträgen. Aber dieser Schluss wäre voreilig. Denn der Marktpreis gilt dem Vertragsrecht nur als gerechter Preis, wenn er sich auf einem funktionsfähigen Markt gebildet hat, der tatsächlich auf Angebot und Nachfrage reagiert. Damit sind etwa Monopolpreise ausgeschieden. Denn beim Monopolpreis wird der Marktpreis im Wesentlichen vom Monopolisten bestimmt, also von einer der Vertragsparteien. In diesem Fall wird der Marktpreis also seines objektiven Charakters enthoben. Die Monopolpartei bestimmt über den Marktpreis, und damit ist dessen Funktion als Maßstab des gerechten Austauschs beseitigt. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Austauschgerechtigkeit in Monopolsituationen wegen fehlenden Maßstabs vollständig oder mit Blick auf den Aspekt des Preises ausfällt. Sondern es bedeutet, dass durch Kartellrecht die Entstehung von Monopolstrukturen verhindert werden muss.

Auch der Arbeitsmarkt ist kein funktionsfähiger Markt. Das liegt nicht an einer etwaigen Monopolstruktur, sondern es liegt in einer *Anomalie* im Mechanismus von Angebot und

Nachfrage. Unter normalen Bedingungen bewirkt eine sinkende Nachfrage umgehend die Absenkung des Angebots. Auf diese Weise lässt sich der Marktpreis aus Sicht der Anbieter zwar nicht halten, aber immerhin seine Abwärtsbewegung begrenzen. Auf dem Arbeitsmarkt hingegen wird eine sinkende Nachfrage nicht mit der Absenkung des Angebots beantwortet, sondern mit der Ausweitung des Angebots. Daraus resultiert dann keine Begrenzung der Abwärtsbewegung des Lohnsatzes, sondern ihre Verstärkung.

Schon nach dem schlichten Modell der Preisbildung durch Angebot und Nachfrage ist darum der Lohnsatz auf dem Arbeitsmarkt aufgrund seiner Anomalie bei sinkender Nachfrage grundsätzlich zu niedrig, also niedriger als wenn es sich um einen funktionsfähigen Markt handelte. Hinzu kommt, dass das Absinken der Nachfrage keine Zufälligkeit darstellt. Sie ist vielmehr aufgrund des für die Marktwirtschaft konstitutiven Wachstums, dem immer auch eine Steigerung der Produktivität zugrunde liegt, in deren Zuge menschliche Arbeitskraft durch Maschinen ersetzt wird, die grundlegende Dynamik des Arbeitsmarktes. An einem freien Arbeitsmarkt gebildete Löhne sind also nicht nur aufgrund zufällig sinkender Nachfrage nach Arbeitskraft zu niedrig, sondern sie sind aufgrund der systembedingt sinkenden Nachfrage notwendig zu niedrig. Aus diesem Grund scheidet auf dem Arbeitsmarkt ein frei gebildeter Marktpreis als Maßstab des gerechten vertraglichen Austauschs aus.

Vor diesem Hintergrund lässt sich zunächst die Tarifautonomie begreifen. Sie stellt ein alternatives Verfahren bereit, um den gerechten Lohn für menschliche Arbeit auf nicht marktförmige Weise zu bestimmen. Dies geschieht durch Konsens der Tarifvertragsparteien, dessen Inhalt aber tatsächlich nicht die Qualität eines Vertrages hat, sondern die Qualität von *Rechtsnormen* (§ 1 Abs. 1 TVG) mit zwingendem Charakter (§ 4 Abs. 1 TVG). Entsprechend handelt es sich bei Tarifnormen um einen Teil des zwingenden Vertragsrechts. Der zwingende Charakter ist nicht problematisch, da eben nicht der Marktpreis maßgeblich ist, der wie dargestellt der Beweglichkeit auch durch die einzelnen Vertragsparteien bedürfte, sondern der gerechte Preis tatsächlich ausnahmsweise in einer Lohntabelle festgelegt ist. Andererseits ist der zwingende Charakter durchaus erforderlich. Denn beim Arbeitsvertrag befindet sich der Arbeitnehmer regelmäßig in einer Zwangslage, die ausschließt, dass er einen niedrigeren Lohn akzeptiert, um dem Arbeitgeber unentgeltlich etwas zuzuwenden. Gleiches gilt für den Arbeitgeber aber gerade nicht, weshalb die Tarifvertragsparteien kraft Gesetzes nur zur Setzung einseitig zwingenden Vertragsrechts ermächtigt sind (§ 4 Abs. 3 TVG).

Allerdings gelten die Tarifnormen im deutschen Tarifvertragssystem grundsätzlich nur für Arbeitsverträge, deren Parteien tarifgebunden sind (§§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG). Ist der Arbeitgeber kein Mitglied des Arbeitgeberverbands oder nicht selbst Tarifvertragspartei oder ist der Arbeitnehmer kein Mitglied der Gewerkschaft, dann gilt der tarifliche Lohnsatz nicht als einseitig zwingendes Vertragsrecht. Ob die Vertragsparteien denselben Lohnsatz vertraglich vereinbaren, ist an sich ihnen überlassen. Gleichwohl fungiert der tarifliche Lohnsatz auch für diese Arbeitsverhältnisse als Maßstab des gerechten Austauschs. Denn das Wucherverbot aus § 138 Abs. 2 BGB greift auch hier, und dem dient der tarifliche Lohnsatz als Bezugspunkt der Beurteilung. Da in der Regel feststeht, dass der Arbeitnehmer

sich in einer Zwangslage befand, kommt es nur darauf an, ob der frei vereinbarte Lohnsatz allzu weit nach unten vom einschlägigen tariflichen Lohnsatz abweicht. So dient selbst für nicht tarifgebundene Parteien der tarifliche Lohnsatz als Maß des gerechten Lohns.

Der gerechte Lohn lässt sich alternativ durch gesetzliche Mindestlohnsätze bestimmen. Beide haben vertragsrechtlich dieselbe Funktion. Sie setzen einseitig zwingend den gerechten Lohn fest, wobei der gesetzliche Mindestlohnsatz für alle Arbeitsverhältnisse unmittelbar normativ wirkt (§ 1 MiLoG). Ebenso wie der tarifliche Lohnsatz sorgt auch der Mindestlohn dafür, dass das allgemeine Prinzip des Erwerbs vertraglicher Rechte durch den Austausch von Leistungen, das Prinzip der Austauschgerechtigkeit, im Bereich des Arbeitsvertrags eingelöst ist.

Vor diesem Hintergrund wird ein gesetzlicher Mindestlohn genau dann notwendig, wenn allzu viele Arbeitsverhältnisse keinen Tarifnormen mehr unterliegen. Denn ohne Tarifnormen würde es für jedes Arbeitsverhältnis an einem Maß des gerechten Preises fehlen. Das Erwerbsprinzip der Austauschgerechtigkeit wäre ausgerechnet im Arbeitsrecht um seinen Kern, den gerechten Preis, kupiert. Der gesetzliche Mindestlohn ist damit unter den gegebenen Bedingungen kein mehr oder weniger gerechtfertigter sozialer oder gemeinwohlbezogener Eingriff in die freiheitliche privatrechtliche Ordnung, sondern er resultiert aus der innerprivatrechtlichen Logik.

Wenn also das Prinzip der Austauschgerechtigkeit als Prinzip des originären Erwerbs vertraglicher Rechte erkannt, die anomale Funktionsweise des Arbeitsmarktes und die Art der Bestimmung des gerechten Lohns durch Tarifautonomie begriffen ist, ist der Schritt zum gesetzlichen Mindestlohn an sich schlicht. Der Form nach repräsentiert der gesetzliche Mindestlohn die vertragsrechtlich gebotene Festlegung des gerechten (Mindest-)Preises für menschliche Arbeit.

Anspruchsvoller ist hingegen die Frage, welche Höhe die gesetzlichen oder tariflichen Mindestlöhne haben sollen, mit anderen Worten, ob der geltende Mindestlohnsatz auch der Sache nach ein gerechter Lohn ist. Bei den tariflichen Mindestlöhnen könnte man auf die Idee kommen, das normative Denken hier abzubrechen und auf den Kampf zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften zu verweisen: Der gerechte Lohn sei einfach das Resultat eines Kräfteverhältnisses. Aber das muss nicht der letzte Schritt sein und er wäre auch unbefriedigend, weil dann jede Orientierung verloren wäre, um den rechtlichen Rahmen des Kampfes (insbesondere zu Zulässigkeit und Reichweite der Kampfmittel) richtig einzustellen.

Ohne dies hier umfänglich entfalten zu können, liegt die Antwort darin, dass die Prozeduren der Tarifautonomie, wenn sie denn adäquat eingerichtet ist, aggregiert einen *Weltmarktpreis der Inlandsarbeit* festlegen, der deren Produktivität im globalen Zusammenhang beziffert. Die Festlegung ist dann angemessen, wenn die inländischen Löhne zu ausgeglichenen Außenhandelsbilanzen führen. Die gewerkschaftliche Formel einer solidarischen Lohnpolitik, welche die Lohnerhöhungen an Inflationsausgleich und Produktivitätszuwachs zuzüglich einer optionalen Umverteilungskomponente orientieren, läuft letztlich genau hierauf hinaus.

Damit wird am Ende auch verständlich, warum die Tarifautonomie, wo sie denn effektiv ist, Vorrang vor der staatlichen Lohnfestsetzung hat: Die arbeitskampfgestützte Tarifautonomie ist am besten geeignet, die Orientierung am richtigen Weltmarktpreis für Inlandsarbeit einzulösen. Sie konzentriert sich ausschließlich auf die binnen- und außenwirtschaftlichen Effekte der Lohnfestsetzung. Wo aber die Tarifautonomie mangels hinreichender Funktionsfähigkeit durch staatliche Gesetzgebung ersetzt werden muss, muss diese sich (ohne dass sich das rechtlich kontrollieren ließe) gleichgerichtet orientieren. Das kommt in den gesetzlichen Vorgaben für die Mindestlohnkommission zum Ausdruck, die etwaige Erhöhungen des Mindestlohns vorzuschlagen hat (§ 9 Abs. 2 MiLoG). Aber die Orientierung am Weltmarkt war gleichermaßen im Spiel bei der Diskussion um die Höhe des ersten Mindestlohnsatzes in Höhe von 8,50 EUR. Soweit ersichtlich hat sich kein seriöser Teilnehmer an der politischen Diskussion diesem Maßstab entzogen. Die Befürworter höherer Mindestlöhne haben sich zwar auch, aber nicht ausschließlich am Bedarf der Arbeitnehmer orientiert. Sie haben immer auch die volkswirtschaftliche Tragfähigkeit der höheren Sätze dargelegt. Gleiches gilt von den Kritikern des geltenden Lohnsatzes als zu hoch, insofern die negativen Arbeitsplatzeffekte der anvisierten Lohnhöhe geltend gemacht wurden.

Wer bei dieser Diskussion um die erste Bezifferung auf 8,50 EUR richtig lag, kann die hier unternommene privatrechtsphilosophische Reflexion nicht weiter erhellen. Nach den bisherigen Erfahrungen kann man immerhin festhalten, dass der Mindestlohn im Lichte der hier entfalteten Orientierung angesichts der ausgebliebenen negativen Beschäftigungseffekte offenbar nicht zu hoch angesetzt war.

## **VII. Zusammenfassung**

So hat sich im Zuge der hier entwickelten Suche nach dem richtigen Verständnis des gesetzlichen Mindestlohns gezeigt: im Privatrecht geht es um eine spezifische Gerechtigkeit, nämlich um die Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Die Freiheit, um die es dabei geht, bezeichnet nicht das quantitative Maß individueller Handlungsoptionen, sondern die Freiheit über das Eigene im Handeln selbst zu bestimmen. Das Privatrecht schützt diese Freiheit durch das subjektive Recht an der eigenen Person und es ermöglicht die Erweiterung der Sphäre des Eigenen durch die Institutionen von Eigentum und Vertrag. So kann nicht nur über die eigene Person, sondern auch über Sachen und fremde Leistungen frei bestimmt werden.

Anders als das Recht an der eigenen Person können Eigentum und vertragliche Rechte an fremder Leistung erworben werden. Der Erwerb steht unter Prinzipien. Beim abgeleiteten Erwerb (Übereignung, Abtretung), also dem Erwerb eines bereits bestehenden Rechts, ist das Prinzip lediglich der Konsens. Beim ursprünglichen Erwerb einer Sache (Aneignung, Herstellung), also einem Erwerb eines Rechts, das vor dessen Erwerb noch nicht bestand, ist das Prinzip das der ersten Besitzergreifung. Der ursprüngliche Erwerb eines vertraglichen Rechts untersteht ebenfalls und anerkanntermaßen dem Prinzip des Konsenses. Darüber hinaus aber untersteht er auch dem Prinzip der Austauschgerechtigkeit, das meint einen Tausch zu fairen Bedingungen zum gerechten Preis.

Das Vertragsrecht sichert die Austauschgerechtigkeit durch dispositive Regeln zu den Nebenbedingungen, im Dienst- und Werkvertragsrecht durch dispositive Regeln zum gerechten Preis, durch zwingende Regeln zu Nebenbedingungen auch in Gestalt der AGB-Kontrolle und durch das Wucherverbot, das herausbringt, ob an sich überhöhter Wert aus Großzügigkeit zugewandt oder eben das Gebot des Tauschs zum gerechten Preis verletzt wurde.

Der gerechte Preis des Vertragsrechts ist der sich auf einem kompetitiven Markt herausbildende Preis. Anderes gilt, wenn es für eine Leistung keinen kompetitiven Markt gibt, so wie im Fall des Arbeitsmarktes. Der weist nämlich eine Anomalie auf: Die im Wachstumszug chronisch nachlassende Nachfrage nach Arbeit führt nicht zur Senkung, sondern zur Ausweitung des Angebots an Arbeit. Der auf einem freien Arbeitsmarkt gebildete Preis wäre darum systematisch zu niedrig. Darum gibt es zunächst einmal die Tarifautonomie. Mit ihrer Hilfe wird der gerechte Lohn festgesetzt, eine Festsetzung, die das privatrechtliche Prinzip der Austauschgerechtigkeit als Prinzip des vertraglichen Erwerbs verlangt und welche der freie Arbeitsmarkt nicht liefern kann. Der Tariflohn liefert den gerechten Lohn bei beiderseitiger Tarifgebundenheit unmittelbar, im anderen Fall über das Wucherverbot. Wo freilich die Tarifautonomie zu schwach ist, muss der Gesetzgeber einschreiten, soll das grundlegende Prinzip der Austauschgerechtigkeit nicht ausgerechnet im Arbeitsvertrag ausfallen.

Insofern liefert der gesetzliche Mindestlohn tatsächlich eine Bestimmung des gerechten Lohns menschlicher Arbeit. Diese Bestimmung ist privatrechtlich zur Verwirklichung der Austauschgerechtigkeit im Arbeitsverhältnis geboten. Der gesetzliche Mindestlohn hat darum mit gemeinschaftlichen Zwecken, mit Verteilungsgerechtigkeit nichts zu tun. Er beziffert den vertragsrechtlich gerechten Lohn jeder menschlichen Arbeit, und sei sie noch so schlicht. Es ist der Lohn, den jeder abhängig Beschäftigte durch seine Arbeitsleistung für den Arbeitgeber *verdient*, und der ihn darum auch allein zu zahlen hat.