

*Kerstin Feldhoff*

## Frauenarbeit im Einzelhandel: Geringfügig beschäftigt – gering entlohnt – gering geschätzt!?

Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm vom 18.03.2009 – 6 Sa 282/08<sup>1</sup>

### Einleitung

Das Urteil des LAG Hamm bestätigt die Urteile des Arbeitsgerichts Dortmund vom 15.07.2008.<sup>2</sup> Die Klägerinnen waren als geringfügig Beschäftigte zu einem Stundenlohn von zuletzt 5,20 Euro beim Textil-discounter KIK beschäftigt. Sie verlangten eine Lohnnachzahlung für den Zeitraum zwischen März 2004 und März 2008, weil der – vereinbarte – gezahlte Lohn so erheblich unter den einschlägigen Gehältern bzw. Löhnen des Tarifvertrages für den Einzelhandel läge, dass er sittenwidrig sei. Das Arbeitsgericht Dortmund verurteilte die Beklagte zu einer Zahlung von insgesamt 20.638 Euro brutto abzüglich bereits gezahlter 12.141 Euro netto und gab damit der Klage in vollem Umfang statt. Auch das LAG Hamm hält die Entgeltabrede für sittenwidrig und damit nichtig.

### I. (Frauen)typische Arbeitsbedingungen im Einzelhandel

Der Einzelhandel ist eine Branche mit einem hohen Frauenanteil. Der Beruf der „Kauffrau im Einzelhandel“ gehört konstant zu den beliebtesten Ausbildungsberufen.<sup>3</sup> Kennzeichnend ist eine hohe „Verberuflichung“ im Einzelhandel: ca. 80 % der Beschäftigten haben eine abgeschlossene Berufsausbildung.<sup>4</sup> Diese berufliche Qualifikation schützt die Beschäftigten nicht vor prekären Arbeitsbedingungen, Niedrigstlöhnen und dem Vorenthalten von arbeitsrechtlichen Mindeststandards.

#### 1. Geringfügige Beschäftigung im Einzelhandel

Am 31.12.2008 waren über 6,6 Mio. Beschäftigte geringfügig beschäftigt, davon 63,5 % Frauen. In 2007 betrug der Anteil der MinijobberInnen an allen Arbeitnehmern fast 18,9 %. Geringfügige Beschäftigung geht häufig einher mit einer Verdrängung von

sozialversicherungspflichtigen Stellen; auf der anderen Seite ist der Übergang in reguläre Stellen kaum zu verzeichnen.<sup>5</sup> Dabei ist die geringfügige Beschäftigung für ca. 1/5 aller abhängig beschäftigten Frauen die ausschließliche Beschäftigungsform; ca. 76 % aller ausschließlich geringfügig Beschäftigten sind Frauen.<sup>6</sup> Die Motivation zur „Wahl“ der Teilzeit differiert noch immer in Ost und West. In Ostdeutschland nehmen Frauen Teilzeitarbeit in jeder Form aus Arbeitsmarktgründen an, weil es keine Vollzeittätigkeit gibt. Damit wird die Erwartung auf eine reguläre Teilzeit- oder Vollzeitarbeit verknüpft. In Westdeutschland dagegen ist diese Erwerbsform – vor dem Hintergrund fehlender Kinderbetreuungsmöglichkeiten – noch immer eng mit dem „Zuverdienermodell“ verknüpft.<sup>7</sup> Dieser individuelle Lösungsversuch der Vereinbarkeitsproblematik wird durch kostenlose Mitversicherung in der Kranken- und Pflegeversicherung, sowie Ehegattensplitting positiv verstärkt. Ein „400 Euro-Nettolohn“ erscheint unter diesen Rahmenbedingungen lohnender als ein Niedriglohn in sozialversicherungspflichtiger Teilzeitarbeit.<sup>8</sup>

Diese Faktoren prägen auch den Einzelhandel, in dem Frauen knapp drei Viertel der Beschäftigten stellen. Gut 50 % der Beschäftigten arbeitet in Teilzeit, davon 27 % als geringfügig Beschäftigte. Jede und jeder vierte Beschäftigte arbeitet demnach nicht in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis. Wo besonders viele Frauen arbeiten, insbesondere im filialisierten Lebensmitteleinzelhandel mit 78 % Frauenanteil, ist Teilzeit besonders verbreitet.<sup>9</sup>

Teilzeitarbeit und geringfügige Beschäftigung sind im Einzelhandel eine gezielte Strategie der Arbeitgeber zur Senkung der Lohnkosten und zur Flexibilisierung des Personaleinsatzes. Die Abschaffung

1 In diesem Heft S. 107 ff.

2 Urteile des Arbeitsgerichts Dortmund in Parallelverfahren vom 15.07.2008 – 2 Ca 274/08 u. 2 Ca 282/08; dazu Kothe Ju-risPR-ArbR 17/09, Anm. 1.

3 Gender-Datenreport, Kommentierter Datenreport zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland im Auftrag des BMFFJ, erstellt durch das Dt. Jugendinstitut in Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt, München (2005), S. 127 f., 50 f.

4 Voss-Dahm „Der Branche treu trotz Niedriglohn – Beschäftigte im Einzelhandel in: Bosch/Weinkopf (Hg.), Arbeiten für wenig Geld (2007) S. 249, 262 ff.; IAT-Report 2005-07, S. 6.

5 Bäcker WSI-Mtg. 2007, 255; IAT-Report 2003-05.

6 Gender-Datenreport (2005), S. 113 ff.

7 GenderDatenreport (2005), S. 124; Aktuell: Statistisches Bundesamt, STATmagazin v. 28.04.2009.

8 Bosch/Kalina „Niedriglöhne in Deutschland“ in: Bosch/Weinkopf S. 88 ff.; Lengfeld/Kleiner, Arbeit, 2009, S. 46, 55 f.; Voss-Dahm, Arbeit, 2004, 354, 359, 366.

9 Zahlen für 2003 nach Voss-Dahm in: Bosch/Weinkopf, S. 257 f.; Voss-Dahm, Arbeit 2004, 354, 359.

der Arbeitszeithöchstgrenze von 15 Stunden pro Woche verstärkt diesen Trend. Die Arbeitkosten können bei gleicher Anzahl von Beschäftigten gesenkt werden; die Arbeit wird effektiver.

## *2. Niedriglöhne im Einzelhandel*

Die Debatte um die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns – die an dieser Stelle nicht geführt werden soll – erfolgt vor dem Hintergrund, dass erstmals in Deutschland Ausmaß und Ursachen von Niedriglöhnen ein Thema ist. Bei Einführung des SGB II wurde die Ablehnung einer Lohnuntergrenze – Tariflohn – für zumutbare Arbeit noch mit der Begründung abgelehnt, aus arbeitsmarktpolitischen Gründen sei die Ausweitung des Niedriglohnsektors gewünscht.<sup>10</sup> Trotz Abweichungen im Detail<sup>11</sup> zeigen indes alle Untersuchungen dieselbe Tendenz: Es gibt in Deutschland einen großen Niedriglohnsektor und er weitet sich aus.<sup>12</sup>

Im Jahre 2006 erhielten 22,2 % der Beschäftigten in Deutschland einen Niedriglohn, jede/r siebte Vollzeitbeschäftigte.<sup>13</sup> Die Niedriglohnschwelle wird nach der OECD-Definition bei zwei Dritteln des Medianlohns festgelegt. Der Medianlohn ist das mittlere Einkommen, das die untere Hälfte der Einkommensbezieher von der Oberen trennt. Wegen des Lohnrückstands in Ostdeutschland liegen hier differenzierte Niedriglohnschwellen zugrunde: 9,61 Euro West und 6,81 Euro Ost (einheitlich 9,13 Euro brutto pro Stunde). Ohne diese Differenzierung liegt der Niedriglohnanteil in Ostdeutschland bei 41 %, in Westdeutschland bei 19 %. Allein zwischen 2004 und 2006 stieg die Niedriglohnbeschäftigung um 10 %.<sup>14</sup> 30,5 % der Arbeitnehmerinnen erhalten einen Lohn unterhalb der genannten Schwellen; ihr Anteil an den Niedriglohnbeziehern beträgt 68 %. Auffällig ist aber, dass der Anteil der formal Qualifizierten seit 1995 erheblich zugenommen hat: 2006 waren fast drei von vier Beschäftigten im Niedriglohnbereich formal qualifiziert; 67,5 % hatten eine Berufsausbildung.

10 BT-Drs. 15/ 2259, S. 4 Nr. 8; BT-Drs. 15/1728 S. 174.

11 Die Abweichungen ergeben sich aus unterschiedlichen Datenquellen, Vergleichsmaßstäben und Grenzwerten, vgl. nur Strengmann-Kuhn, Armut trotz Erwerbstätigkeit (2003) S. 111 ff.; Bosch/Kalina in: Bosch/Weinkopf S. 26. ff.; vergleichende Übersicht mit Zahlen für 2004 in IAT-Report 2006-03.

12 Kalina/Weinkopf ZAF 2008, 447, 449 m. w. N.; ausführlich mit Zahlen aus 2004 und Hintergründen Bosch/Kalina in Bosch/Weinkopf (Hg.), aaO. S. 20 ff.

13 Daten aus: Kalina/Weinkopf ZAF 2008, 447; IAQ-Report 2008-01; Bosch/Kalina/Weinkopf WSI-Mtg. 2008, 423 ff. Daten auf der Grundlage des sozio-ökonomischen Panels (SOEP), mit dem abhängig Beschäftigte (Vollzeit, Teilzeit, geringfügige Beschäftigung) mit jeweils einem Hauptbeschäftigungverhältnis erfasst werden. Spezifische Daten für NRW in: Niedriglohnsektor wächst rasant, DGB NRW (Hg.), Informationen zum Arbeitsmarkt (Jan. 2009).

Geringfügig Beschäftigte sind überdurchschnittlich von Niedriglöhnen betroffen: 92 % der Beschäftigten arbeiteten 2006 zu Stundenlöhnen unterhalb der Niedriglohnschwellen. Damit ist die geringe Bezahlung der Minijobberinnen eine zentrale Ursache für die Ausweitung des Niedriglohnsektors.<sup>15</sup> Die Abschaffung der Wochenstundengrenze erlaubt eine hohe Stundenzahl – wegen der 400 Euro Begrenzung nur möglich und lohnend bei Niedrigstlöhnen.

Der Einzelhandel ist eine Branche mit hohem Anteil an Beschäftigten mit Niedriglöhnen. Dabei differieren die Beschäftigtengruppen stark:<sup>16</sup> 34 % der Vollzeitbeschäftigen, 28 % der Teilzeitbeschäftigen und 87 % der geringfügig Beschäftigten erhielten in 2004 Löhne unterhalb der Niedriglohnschwelle. 47 % der im Einzelhandel beschäftigten Frauen gehören zu den Niedriglohnbezieherinnen. Dabei ist der Facheinzelhandel z. B. Bäckereien der Bereich, in dem sich Niedriglöhne konzentrieren.<sup>17</sup>

Eine weitere Ursache für die Verbreitung der Niedriglöhne im Einzelhandel ist die zurückgehende Tarifbindung: 2005 waren 36 % der Betriebe mit 55 % der Beschäftigten tarifgebunden; ca. 30 % der Betriebe orientieren sich an Tarifverträgen des Einzelhandels.<sup>18</sup> Für geringfügig Beschäftigte stellt sich die Situation sogar verschärft dar. Selbst bei einer Bezahlung nach Tarif sind die effektiven Stundenlöhne oft geringer, weil von ihnen unbezahlte Mehrarbeit erwartet und faktisch geleistet wird. In vielen Fällen aber, selbst bei Tarifbindung, erhalten sie nicht den Tariflohn, sondern ein pauschal niedrigeres Entgelt ohne tarifliche Zusatzleistungen wie Urlaubsgeld – wie im vorliegenden Fall.<sup>19</sup>

## *3. Schlechte Arbeitsbedingungen ohne Arbeitsrechtsschutz*

Zur tatsächlichen Situation der Arbeitsbedingungen im Einzelhandel liegt zur Zeit keine repräsentative Untersuchung vor. Es gibt Hinweise, dass geringfügig Beschäftigten systematisch Arbeitnehmerrechte vorerhalten werden – wie in diesem Fall. So erhalten sie keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, keinen be-

14 Ausführliche Daten für 2004: Weinkopf, Niedrig- und Mindestlöhne, Ein Analyse aus der Gender Perspektive in: Maier/Fiedler (Hg.) Verfestigte Schieflagen, Ökonomische Analysen zum Geschlechterverhältnis (2008) S. 17 ff.

15 Das IAQ verweist indes darauf, dass auch die Zahl der Vollzeitbeschäftigen im Niedriglohnbereich gestiegen ist.

16 Zahlen (unter Einschluss von Schülern, Studierenden, Rentnern) nach Voss-Dahm in: Bosch/Weinkopf S. 253 f.

17 Nur Westdeutschland: Von allen Beschäftigten im Einzelhandel erhalten gut 38 % einen Niedriglohn, unter den weiblichen Beschäftigten in dieser Branche sind es sogar fast 45 %; Zeitraum 2004-2007, Daten auf der Grundlage des SOEP in: Niedriglohnsektor wächst rasant, DGB NRW (Hg.), Informationen zum Arbeitsmarkt (Jan. 2009) S. 19 f.

18 Kohaut WSI-Mtg. 2007, 94 ff.

19 Benkhoff/Hermet, Industrielle Beziehungen, 1/2008, 5 ff.; Kalina/Weinkopf ZAF 2008, 447, 457.

zahlten Urlaub,<sup>20</sup> keine Leistungen bei Mutterschutz. Tarifliche und gesetzliche Kündigungsfristen werden nicht eingehalten; Kündigungsverbote insbesondere gem. § 9 MuSchG missachtet. Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot des § 4 TzBfG nicht nur im Entgelt, sondern z. B. auch bei der Weiterbildung scheinen eher die Regel zu sein. Die Flexibilisierung der Arbeitszeit scheint unbegrenzt; Arbeit auf Abruf – unter Verstoß gegen § 12 TzBfG – kommt häufig vor. Die meisten Beschäftigten verzichten – vor allem im laufenden Arbeitsverhältnis – darauf, diese Rechte vor dem Arbeitsgericht geltend zu machen.<sup>21</sup>

## II. Anmerkungen zu Schwerpunkten der Urteilsbegründung

### 1. Grundsätze zur Prüfung des § 138 BGB

Das Bundesarbeitsgericht<sup>22</sup> hat folgende Grundsätze zur Feststellung der Sittenwidrigkeit einer Lohnabrede entwickelt:

Die Sittenwidrigkeit einer Lohnabrede setzt ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung voraus; dabei ist der Wert der Leistung des Arbeitnehmers nach ihrem objektivem Wert zu beurteilen.

Ausgangspunkt für die Feststellung des Wertes der Arbeitsleistung sind in der Regel die Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweigs dann, wenn in dem Wirtschaftsgebiet regelmäßig Tariflohn gezahlt wird.

Entspricht der Tariflohn nicht der verkehrstüblichen Vergütung, sondern liegt unter dem Tariflohn, ist zur Ermittlung des Wertes der Arbeitsleistung von dem allgemeinen Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet auszugehen.

Als Richtwert zur Ermittlung des auffälligen Missverhältnisses zwischen Arbeitswert und Lohn wird eine Abweichung von einem Drittel angenommen, d. h. die Höhe des gezahlten Lohns entspricht nicht 2/3 des Vergleichslohns.<sup>23</sup>

Offen bleibt, ob die absolute Höhe des Entgelts bei der Ermittlung des auffälligen Missverhältnisses zu berücksichtigen ist.

Die Sittenwidrigkeit der Entgeltabrede ist nicht allein nach der Entgelthöhe zu beurteilen; nach einer Gesamtbetrachtung, orientiert an den Wertungen des Grundgesetzes und der Rechtsordnung, muss die Lohnabrede den „guten Sitten“ entsprechen.

Es ist weder eine Schädigungsabsicht, noch Vorsatz in Bezug auf Sittenwidrigkeit erforderlich; es genügt, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses; eine bei Vertragsschluss noch wirksame Entgeltabrede kann jedoch bei Nichtanpassung durch die Lohnentwicklung wucherisch werden.

Das LAG Hamm geht in seiner Urteilsbegründung weitgehend mit diesen Grundsätzen konform.

### 2. Lohn- und Gehaltstarifverträge des Einzelhandels als Vergleichsmaßstab

Das Landesarbeitsgericht vergleicht den vertraglich vereinbarten Lohn von 5,11 Euro bzw. 5,20 Euro mit dem Lohn- bzw. Gehaltstarifvertrag NRW vom 7.08.1999. Dabei geht es von einer Verteilung der Darlegungs- und Beweislast aus: Die Klägerin hatte durch einen Vergleich ihres Vertragslohns mit dem Lohn- bzw. Gehaltstarifvertrag des Einzelhandels NRW eine Abweichung vorgetragen. Dann – so das LAG in Anlehnung an Grundsätze des BAG bei un-

20 Winkel, SozSich 2005, 292 ff.

21 Schon Ochs WSI-Mtg. 1999, 223; Benkhoff/Hermet, Industrielle Beziehungen, 1/2008, 5 ff.; Bäcker WSI-Mtg. 2007, 255, 258.

22 Zuletzt: BAG v. 23.05.2001-5 AZR 527/99, AuR 2001, 509 mit krit. Anm. Peter; BAG v. 24.03.2004 – 5 AZR 303/03, ZTR 2004, 522=SAE 2005, 199 mit Anm. Schmidt; BAG v. 26.04.2006 – 5 AZR 549/05 – NZA 2006, 1354; dazu Henss-

ler/Sittard RdA 2007, 159; BAG v. 22.04.2009 – 5 AZR 436/08: Pressemitteilung 38/09.

23 BAG v. 22.04.2009 – 5 AZR 436/08 in diesem Heft. Die Instanzgerichte orientieren sich mehrheitlich an diesem Wert, vgl. aus der jüngsten Rsp: LAG Berlin Brandenburg v. 28.02.2007 – 15 Sa 1363/06 – STREIT 2007, 168; LAG Bremen v. 17.06.2008 – 1 Sa 29/08 – ArbuR 2008, 357; ArbG Wuppertal v. 24.07.2008, 7 Ca 1177/08; ArbG Bielefeld v. 02.12.2008 – 3 Ca 2703/08; ArbG Dortmund v. 15.07.2008 – 2 Ca 274/08 u. 2 Ca 282/08.

zulässigen Abweichungen in der Ausbildungsvergütung<sup>24</sup> – ist die Beklagte verpflichtet, substantiiert zu begründen, warum im Einzelfall im Wirtschaftsgebiet nicht üblicherweise Tariflohn gezahlt wird.<sup>25</sup> Die 6. Kammer begründet ausführlich, warum dem Beklagten dieser Nachweis nicht gelungen ist.

### *3. Vergleich des Tariflohns mit vertraglicher Lohn(Abrede)*

Nach § 3 des Arbeitsvertrages erhält die Klägerin einen Stundenlohn von 10 DM pauschal zur Abgeltung geleisteter Stunden. Die Beklagte hatte erklärt, es handele sich um eine Nettolohnabrede: danach erhalten die Klägerin zunächst 10.— DM netto, danach 5,11 bzw. 5,20 Euro netto. Deshalb sei ein Vergleich tariflicher Bruttolöhne mit dem vertraglichen Nettolohn nicht zulässig.

Wie die Vorinstanz wertet auch das LAG den im Arbeitsvertrag vorgesehenen Betrag nicht als Nettolohn. Nettolohnabreden seien nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Denn eine Nettolohnvereinbarung beinhaltet die Verpflichtung des Arbeitgebers, sämtliche Steuern und Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers zu übernehmen. Ändert sich deren Höhe, bleibt der Lohn unverändert.<sup>26</sup>

Das LAG geht hier noch über eine Vergleichsrechnung hinaus, weil sich der Abgeltungsbereich des Vertragslohns nicht mit dem des Tariflohns deckt.

Nach ausführlicher Sachverhaltsaufklärung kommt die 6. Kammer zu dem Ergebnis, dass die Klägerin – anders als von der Beklagten zunächst behauptet – im Anspruchszeitraum als kaufmännische Angestellte, d. h. als Verkäuferin eingesetzt war. Weil die Klägerin zudem über einen kaufmännischen Berufsabschluss mit anschließender kaufmännischer Berufstätigkeit verfügt, ist sie – tarifvertraglich – nach Gehaltsgruppe I, ab 6. Berufsjahr zu bezahlen: im Anspruchszeitraum ergibt sich ein Stundenlohn von 11,94 – 12,67 Euro brutto.

Nach dem Vertrag sind mit zuletzt 5,20 Euro alle Entgeltansprüche abgegolten; nur tatsächlich geleistete Arbeit wird bezahlt. Deshalb nimmt das LAG eine Korrekturechnung vor und zieht vom Vertrags-

lohn von 5,20 Euro die Beträge ab, die der Klägerin nach Gesetz bzw. Tarifvertrag zugestanden haben:

- Urlaubsentgelt in Orientierung an 24 Tagen gem. § 3 Abs. 1 BUrlG,
- Urlaubs- und Weihnachtsgeld in Anlehnung an den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag,
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in Orientierung am Krankenstand des Handels bzw. der Pflichtmitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse.

Daraus errechnet das Gericht für den Anspruchszeitraum im Vergleich mit dem Gehaltstarifvertrag, dass der Vertragslohn das Tarifentgelt zwischen 65 % und 67 % unterschreitet, m. a. W. die Klägerin erhielt nur ca. ein Drittel des üblichen Tariflohns. Erfreulich deutlich heißt es u. a., dass die Üblichkeit von sittenwidrigen bzw. benachteiligenden Löhnen für geringfügig Beschäftigte nicht eine Abweichung vom Vergleichsmaßstab des Tariflohns rechtfertigt.

### *4. Subjektiver Tatbestand des § 138 BGB*

Es handelt sich hier zudem um deutliche Abweichungen nach unten; die Klägerin verdient bei weitem nicht einmal die Hälfte des Tariflohns.

Die Arbeitsgerichte unterscheiden in der Regel nicht zwischen Absatz 1 und Absatz 2 § 138 BGB<sup>27</sup>, wenn von „Wucherratbeständen“<sup>28</sup> gesprochen wird. Der subjektive Tatbestand des § 138 BGB wird in der Regel bejaht, wenn der objektive vorliegt. Es kommt nicht auf eine Schädigungsabsicht, noch auf eine verwerfliche Gesinnung an. Es genügt, wenn der Arbeitgeber die Tatsachen kennt, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt.<sup>29</sup> Entsprechend haben die Vorinstanz und das LAG die subjektiven Merkmale als nicht problematisch bejaht.

Bei der Arbeitgeberin als großes Discountunternehmen und Tochterunternehmen einer großen deutschen Einzelhandelskette muss das LAG davon ausgehen, dass dort die Höhe der üblichen Tariflöhne und arbeitsrechtliche Mindeststandards bekannt sind. Weitergehend deutet das LAG sogar an, dass es ein vorsätzliches Handeln nicht ausschließt, indem

24 BAG v. 19.02.2008 – 9 AZR 1091/06 – NZA 2008, 828 m. w. N.  
25 ArbG Wuppertal v. 24.07.2008 – 7 Ca 1177/08.

26 BAG v. 08.09.1998 – 9 AZR 255/97; BAG v. 19.02.2008 – 3 AZR 61/06; Preis in: ErfK (9. Aufl. 2009) § 611 BGB Rn. 475.

27 Wegen der Beweisprobleme des § 138 Abs. 2 ist in der Praxis der im Verbraucherrecht entwickelte Tatbestand des „wucherähnlichen Rechtsgeschäfts“ nach Art § 138 Abs. 1 von größerer Bedeutung. Die Zivilgerichte tendieren zu einer Objektivierung der Bestimmung des Wuchers. Bei einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleitung ist davon auszugehen, dass der Wucherer die wirtschaftlich schwächere Position bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt oder sich zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hat, dass der Vertragspartner sich nur unter dem Zwang der Verhältnisse auf den ungünstigen Vertrag eingelassen hat. Der Wucherer kann die verwerfliche Gesinnung wi-

derlegen, wenn er besondere Umstände vorträgt, die begründen, dass er die Zwangslage seines Partners weder erkannt noch sich ihr grob fahrlässig verschlossen hat, st. Rsp. des BGH: BGH v. 19.01.2001 – V ZR 437/99, BGHZ 146, 298–NJW 2001, 1127 m. w. N.; Staudinger-Sack, BGB (2003) § 138 Rz. 236.

28 vgl. nur BAG v. 23.05.2001 – 5 AZR 527/99, AuR 2001, 509; BAG v. 24.03.2004 – 5 AZR 303/03, ZTR 2004, 522=SAE 2005, 199 mit Anm. Schmitt; krit. zur Nivellierung der Voraussetzungen Hessler/Sittard RdA 2007, 159, 162.

29 BAG v. 26. 4. 2006 – 5 AZR 549/05 – NZA 2006, 1354; Bepler, FS Richardi (2007), S. 189, 191. Auch nach jüngster BGH-Rsp. rechtfertigt das Abweichen vom 100%-Richtwert diese Vermutung; ein „bes. grobes Missverhältnis“ wird nicht verlangt; Staudinger-Sack BGB 2003, § 138 Rn. 238 m. w. N.

der Beklagten ein „methodisches Vorgehen“ in Bezug auf die Ausbeutung der arbeitsrechtlichen Unerfahrenheit und Zwangslage der Klägerin attestiert wird.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Eine zu diesem Zeitpunkt nicht sittenwidrige Vergütung kann aber durch die Entwicklung des Tariflohns bzw. tatsächlich gezahlter Löhne wucherisch werden.<sup>30</sup> Der damit zulässige Vergleich des Lohns in Altverträgen mit dem aktuellen Vergütungsniveau erhöht die Chancen für die Betroffenen den vorenthaltenen üblichen Lohn einzuklagen.

*Exkurs: Besondere Situation der Teilzeit- und geringfügig Beschäftigten –*

*Verstöße gegen § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG und AGG*

In der Praxis kommt es bei gleicher Arbeit häufig zu pauschalen Lohnabschlägen; in der Folge erhalten geringfügig Beschäftigte regelmäßig extrem niedrige Stundenlöhne, die nicht dem jeweiligen Anteil am Stundenlohn der Vollzeitbeschäftigt entsprechen<sup>31</sup> – auch nach Ansicht des LAG ein klarer Verstoß gegen § 4 Abs. 1 TzBfG. Geringfügig Beschäftigte können sich auf den Schutz des § 4 Abs. 1 TzBfG berufen, der eine Ungleichbehandlung wegen Teilzeitarbeit verbietet.<sup>32</sup> Eine schlechtere Behandlung anknüpfend an das Merkmal „Teilzeitbeschäftigung“ und/oder der geringfügigen Beschäftigung ist nicht aus sich heraus legitimiert. Es bedarf eines sachlichen Grundes außerhalb von „Teilzeitbeschäftigung“.

Für Arbeitsentgelt wird das allgemeine Benachteiligungsverbot in § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG durch die Festlegung des „Pro-Rata-Temporis-Grundsatzes“ konkretisiert. Teilzeitbeschäftigte haben Anspruch auf die ihrer Arbeitszeit entsprechenden anteiligen Leistungen im Arbeitsentgelt wie vergleichbare Vollzeitbeschäftigte. Bezugsgröße für die Bestimmung der Höhe der anteiligen Vergütung ist stets die Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten.<sup>33</sup>

Die Benachteiligung von geringfügig Beschäftigten setzt sich auch dort fort, wo für sie ein (Entgelt)Tarifvertrag gilt. Oft werden sie gleichwohl nicht eingruppiert, sondern „außer Tarif“ bezahlt. Selbst wenn – anders als hier – ein Nettolohn vereinbart ist,

kann dadurch nicht die zwingende Wirkung eines Tarifvertrages ausgeschlossen werden, es sei denn die Nettolohnvereinbarung ist günstiger (§ 4 Abs. 3 TVG). Die geringfügig Beschäftigte ist in die Entgeltgruppe einzugruppieren, die ihrer tatsächlichen Tätigkeit entspricht; dem steht nicht entgegen, dass im Tarifvertrag Bruttolöhne ausgewiesen sind. Die Arbeitnehmerin hat mindestens Anspruch auf den Tariflohn, der mittels Eingruppierung zu ermitteln ist.<sup>34</sup> Betriebsräte sollten an dieser Stelle ihr Mitbestimmungsrecht gem. § 99 Abs. 1 BetrVG nutzen und die – richtige – Eingruppierung durchsetzen bzw. prüfen, ob im Einzelfall die Nettolohnabrede günstiger ist.<sup>35</sup>

Die „soziale Lage“ einer teilzeitbeschäftigen Arbeitnehmerin ist kein Rechtfertigungsgrund für eine Abweichung vom Grundsatz der anteiligen Bezahlung. Die Tatsache, dass diese als Ehefrau eines gut verdienenden Ehemannes „nur zum Familieneinkommen hinzuverdient“ und als geringfügig Beschäftigte darüber hinaus über ihren Ehemann „sozial abgesichert“ ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der Arbeitgeber schuldet Lohn für die – anteilige – Arbeitsleistung, nicht „Soziallohn“.<sup>36</sup>

Der 6. Senat bringt die Rechtsfrage treffend auf den Punkt: So „rechtfertigt der Status „Hausfrau eines sozial abgesicherten Ehemannes“ nicht eine Benachteiligung bei den materiellen Arbeitsbedingungen gegenüber Vollzeitkräften und auch anderen nicht geringfügig beschäftigten Teilzeitkräften. Nach dieser Begründung ist letztlich das Geschlecht das maßgebende Differenzierungskriterium (...). Eine Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten gegenüber Vollzeitbeschäftigten kann auch nicht damit begründet werden, der Teilzeitbeschäftigte sei auf die Ausübung der Tätigkeit zur Sicherung der Existenz nicht angewiesen, denn im Arbeitsverhältnis gilt nicht das Alimentationsprinzip.“<sup>37</sup>

Die Benachteiligung geringfügig Beschäftigter kann zugleich ein Verstoß gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts gem. §§ 7 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 2, 3 Abs. 2 AGG sein.<sup>38</sup> Denn der Anteil der Frauen an den geringfügig Beschäftigten liegt konstant bei über 60 %; vor allem stellen sie die deutliche Mehrheit (68,1 %) der ausschließlich geringfügig Beschäftigten.<sup>39</sup> Gesetz- und

30 BAG v. 26. 4. 2006 – 5 AZR 549/05 – NZA 2006, 1354; BAG v. 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08 – Pressemitteilung Nr. 38/09

31 Kalina/Weinkopf ZAF 2008, 447, 456; IAQ-Report 2008-01 mit Zahlen für 2006.

32 BAG 25. 4. 2007 – 6 AZR 746/06 – ZTR 2007, 492; Laux/Schlachter TzBfG, (2007) § 2 Rn. 51; § 4 Rn. 16; 161 ff.; Preis in: ErfK (9. Aufl. 2009) § 4 TzBfG Rn. 57

33 EuGH 15.12.1994- C-399/92- Slg.1994, I-5727-Helmig; BAG 16. 1. 2003 – 6 AZR 222/01 – ZTR 2003, 452; BAG 5. 11. 2003- 5 AZR 8/03 – ZTR 2004, 195 m. w. N;

34 BAG v. 18. 6. 1991 – 1 ABR 60/90 – AP § 99 BetrVG 1972 Nr. 15 – NZA 1991, 903

35 Falls tatsächlich eine Nettolohnabrede im o. g. Sinne getroffen wurde.

36 BAG 1. 11. 1995 – 5 AZR 84/94 – AP BeschFG 1985 § 2 Nr. 45; BAG 9. 10. 1996 – 5 AZR 338/95 – AP BEschFG 1985 § 2 Nr. 50;

37 BAG 25. 4. 2007 – 6 AZR 747/06 – ZTR 2007, 492

38 Dazu Feldhoff in: Rust/Falke, AGG (2007) § 7 Rn. 91 ff.

39 Zahlen aus Dezember 2005 nach Bäcker WSI-Mtlg. 2007, 255.

tarifwidrige Löhne und Arbeitsbedingungen betreffen daher überwiegend Frauen nachteilig; die „Zuverdienerrolle“ und soziale Absicherung über den Ehepartner ist keine Rechtfertigung.

### III. Probleme des Vergleichsmaßstabs – Probleme der tatsächlichen Ausweitung des Niedriglohnbereichs

Lohnwucher setzt ein auffälliges Missverhältnis von Vertragslohn und Vergleichslohn voraus. Beim Vertragslohn wird der reine Zeitlohn unter Einschluss von Erschwerniszulagen, aber ohne Berücksichtigung von Zusatzleistungen wie Gratifikationen zu Grunde gelegt. Die arbeitsgerichtliche Praxis misst diesen Vertragslohn in der Regel am Tariflohn der jeweiligen oder einer verwandten Branche.<sup>40</sup> Nach dem Bundesarbeitsgericht soll zu differenzieren sein: Das Tarifentgelt der jeweiligen Branche ist in der Regel Vergleichsmaßstab, wenn üblicherweise in dem Wirtschaftsgebiet Tariflohn gezahlt wird.

Das LAG hatte vorliegend keinen Anlass, sich mit der aktuellen Problematik<sup>41</sup> beider Vergleichsmaßstäbe – Tariflohn und Lohnniveau des Wirtschaftsgebiets – zu befassen:

Kann ein Tariflohn, der ein – nicht existenzsichernder – Niedrigstlohn ist, tauglicher Vergleichsmaßstab i. R. d. Prüfung des § 138 BGB sein?

Wie definiert sich das „Wirtschaftsgebiet“? Kann ein dort bestehendes Lohnniveau unterhalb des sozialhilferechtlichen Existenzminimums tauglicher Maßstab sein?

Tariflich vereinbarte Mindestentgelte sind allerdings heute keine Garantie zur Vermeidung von Niedriglöhnen bzw. Lohn unterhalb des sozialhilferechtlichen Existenzminimums mehr. In vielen Branchen gibt es Grundvergütungen, die deutlich unter dem aktuell diskutierten gesetzlichen Mindestlohn i. H. v. 7,50 Euro brutto pro Stunde liegen. Diese Tariflöhne finden sich vor allem, aber nicht ausschließlich in ostdeutschen Tarifgebieten.<sup>42</sup>

In einer neueren Entscheidung rechtfertigt das BAG den Vergleich eines Stundenlohns von 5,60 Euro mit dem Tariflohn von 5,93 Euro. Es heißt dort u. a.: „Den tariflich ausgehandelten Löhnen und Gehältern wird von Verfassung und Gesetzes wegen einer Richtigkeitsgewähr eingeräumt. Aufgrund dieser Wertung kann die Höhe eines tarifvertraglich vereinbarten Arbeitsentgelts nur dann von den Gerichten als sittenwidrig beanstandet werden, wenn der Tariflohn unter Berücksichtigung aller Umstände des räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrags sowie der im Geltungsbereich des Tarifvertrages zu verrichtenden Tätigkeiten einen „Hungerlohn“ darstellt.“<sup>43</sup>

Diese Richtigkeitsgewähr soll demnach auch für tarifliche Niedriglohnsektoren gelten. Ein Entgelt, das tarifvertraglich abgesichert ist bzw. ein arbeitsvertraglich vereinbartes Entgelt, das sich am branchenüblichen Tarifentgelt orientiert, steht also zunächst für die Vereinbarkeit mit dem Gesetz. Die Ausnahme wären so genannte „Hungerlöhne“, deren Höhe indes nicht weiter konkretisiert wird.

Ähnlich stellt sich die Problematik bei dem Kriterium „allgemeines Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet“. Nach dem BAG soll nicht das Bundesland oder das Tarifgebiet maßgebend sein, sondern eine Region, d. h. der „am Ort“ für diese Tätigkeit gezahlte Lohn ist

<sup>40</sup> Zuletzt LAG Berlin Brandenburg v. 28.02.2007 – 15 Sa 1363/06 – STREIT 2007, 168 ff.

<sup>41</sup> Peter in: Peter/Kempen/Zachert, Die Sicherung tariflicher Mindeststandards (2004) S. 107, 111; Bepler, FS Richardi (2007), S. 189, 193 f.

<sup>42</sup> Vgl. Beispiele (Stand Jan. 2008) in: Bispinck/Schulten WSI-Mtg. 2008, 151. Aktuelles Beispiel ist die Entgeltgruppe EG 1 des TVöD; sie liegt 300 Euro unter dem derzeitigen Niveau für un- und angelernte Beschäftigte mit Stundenlöhnen von 7,86 – 8,60 Euro brutto. Pro Monat sind dies 1286 – 1440 Euro brutto nach 15 Jahren. Durch TV kann davon weiter nach unten bis zur Grenze von 1286 Euro abgewichen werden, vgl. dazu Feldhoff, STREIT 2008, 99 ff.

<sup>43</sup> BAG v. 24.03.2004 – 5 AZR 303/03, ZTR 2004, 522=SAE 2005, 199 mit Anm. Schmitt. Die vom 5. Senat offene gelassene – umstrittene – Frage, ob Tarifverträge selbst an § 138 BGB gemessen werden können, soll hier nicht vertieft werden. Im Ergebnis hat das BAG eingeräumt, dass Tarifabschlüsse an den „elementaren Gerechtigkeitsanforderungen“ des § 138 BGB als Ausfluss der durch Art. 2 GG geschützten Handlungsfreiheit und des Sozialstaatsprinzips zu messen sind; zweifelnd Preis in: ErfK (9. Aufl. 2009) § 612 BGB Rn: 3 a; das BAG habe nur mit Mühe die Verwerfung eines Tarifvertrages wegen Sittenwidrigkeit vermieden.

<sup>44</sup> Den Begriff verwendet das BAG zum wiederholten Male, vgl. BAG v. 21.06.2000 – 5 AZR 806/98, DB 2000, 1920.

maßgebend.<sup>45</sup> Damit wird das Vergleichsgebiet deutlich eingegrenzt. Es besteht das Risiko einer erheblichen Absenkung des Vergleichsmaßstabs; dies gilt insbesondere für untere Lohnniveaus in bestimmten Regionen Ostdeutschlands.<sup>46</sup>

Das Kernproblem ist jedoch bei allen diskutierten Vergleichsmaßstäben identisch: Es fehlt am Tatbestandmerkmal des auffälligen Missverhältnisses zwischen Vertragslohn und Vergleichslohn, wenn dieser – abgeleitet aus Tariflohn, dem branchenüblichen oder allgemeinen regionalen Lohnniveau – niedrig ist. Damit rechtfertigen tarifliche oder tatsächlich gezahlte Niedrigstlöhne einen arbeitsvertraglich vereinbarten Niedrigstlohn.<sup>47</sup> Dieser könnte dann unter Zugrundelegung bisheriger Rechtsprechung nicht als sittenwidrig gemäß § 138 BGB beurteilt werden.

Hier ist deshalb die Feststellung absoluter Lohnuntergrenzen zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit dringend erforderlich. In der arbeits- und sozialgerichtlichen Praxis werden seit neuestem verschiedene Wege zur Bestimmung absoluter Lohnuntergrenzen angesprochen: die Pfändungsfreigrenze nach § 850 c ZPO (z. Zt. 989 Euro), der familienrechtliche Mindestbedarf für Erwerbstätige (z. Zt. 900 Euro nach der Düsseldorfer Tabelle 2009) oder das sozialhilfrechtliche Existenzminimum jeweils für eine alleinstehende Person.<sup>48</sup> Das Bundesarbeitsgericht hat bisher diese Ansätze abgelehnt, ohne sich inhaltlich intensiv damit auseinanderzusetzen.<sup>49</sup>

Insbesondere die Sozialgerichte haben jedoch im Kontext der Rechtsfrage, ob die Ablehnung eines Arbeitsangebots zu Wucherlöhnen eine Sperrzeit nach § 31 SGB II bzw. § 144 SGB III rechtfertigt, ihre Rechtsposition wie folgt begründet: Der Staat erwartete vom Einzelnen, dass er selbst für seinen Unterhalt sorge und sich von staatlichen Transferleistungen unabhängig mache. Korrelat dieser Erwartung sei, dass die durchschnittliche Arbeitsleistung bei Vollzeitbe-

schäftigung zur Sicherung des eigenen Unterhalts ausreichend sein müsse; nur so sei auch eine nachhaltige eigenständige Existenzsicherung und Integration in den Arbeitsmarkt gesichert.<sup>50</sup>

### Der vom der Europischen Sozialcharta gesetzte Maßstab

Dieses Leitbild der nachhaltigen Integration und Existenzsicherung durch Erwerbsarbeit findet einen normativen Anknüpfungspunkt in Art. 4 Ziff. 1 ESC<sup>51</sup>:

*„Um die wirksame Ausübung des Rechts auf ein gerechtes Arbeitsentgelt zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, das Recht der Arbeitnehmer auf ein Arbeitsentgelt anzuerkennen, welches ausreicht, um ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard zu sichern.“<sup>52</sup>*

Art. 4 ESC stellt, anders als z. B. Art. 141 EG-Vertrag keine Anspruchsgrundlage dar, auf die sich die Klägerin unmittelbar berufen kann, weil die ESC ein völkerrechtlicher Vertrag ist, der nur die Unterzeichnerstaaten bindet. Entsprechend dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des innerstaatlichen Rechts müssen indes die Regelungen der ESC von Gesetzgeber, Gerichten und Verwaltungen beachtet werden.<sup>53</sup> Dabei ist die Auslegung und Konkretion des Europäischen Komitees für Soziale Rechte (ECSR) maßgebend, einem unabhängigen Gremium aus Sachverständigen, das die Einhaltung der ESC in den Mitgliedstaaten überwacht.<sup>54</sup> Seit 1998 orientiert sich das Komitee für die Ermittlung eines „gerechten Entgelts“ an folgenden Kriterien:

Ein nach Art. 4 ESC gerechtes Entgelt liegt (netto) oberhalb von 60 % des nationalen Durchschnittsverdienstes. Der Referenzlohn ist der Nettodurchschnittslohn für Vollzeitarbeitnehmer.

51 Aus Kapazitätsgründen geht der Beitrag nur auf diesen Ansatz ein.

52 Zur Beachtung des Art. 4 ESC durch die Bundesagentur für Arbeit bei Entscheidungen über Sanktionen nach SGB II, III vgl. ausführlich Feldhoff SGb 2006, 701 ff.

53 Lörcher AuR 1991, 97, 104; Däubler AuR 1998, 144, 147; Däubler/Kittner-Mayer, Arbeitsrecht-Handbuch § 156 Rn. 115 (4. Aufl. 2007); Neubeck, Die ESC und deren Protokolle (2002) S. 181 ff.; zu Art. 6 Abs. 4 ESC: BAG v. 12. 9. 1984 – 1 AZR 342/83, AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 84; BAG v. 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734. Das Bundesverfassungsgericht hat die konkrete Wirkungsweise zwar offen gelassen, dies aber auf den konkreten Fall bezogen: BVerfG v. 20. 10. 1981, BVerfGE 58, 233, 254.

54 Ausführlich zu Stellung und Arbeitsweise des ECSR: Däubler/Kittner-Mayer, Arbeitsrecht-Handbuch, (4. Aufl. 2007) § 156 Rn. 104 ff.; Neubeck, Die ESC und deren Protokolle (2002) S. 201 ff.; Lörcher Das Recht auf angemessenes Arbeitsentgelt in: Sterkel/Schulzen/Wiedemuth (Hg.) Mindestlöhne gegen Lohndumping (2006), S. 216 ff.

45 BAG BAG v. 23.05.2001 – 5 AZR 527/99, AuR 2001, 509 mit krit. Anm. Peter; zust. Hanau EWiR 10/2002, 419.

46 Vgl. ArbG Eberswalde v. 15.11.2005 – 5 Ca 1234/05: es ging um ca. 3 Euro netto Stundenlohn für eine ausgebildete Frisörin in Brandenburg. Einen Tarifvertrag gibt es nicht. Die Klägerin hatte nicht (konnte nicht?) den Einwand der Beklagten entkräftet, dieser Stundenlohn sei üblich und wegen der üblichen Preise für die Frisörleistungen nicht höher anzusetzen.

47 i. d. S. auch das LAG unter 1.3.1.1.

48 SG Berlin v. 18. 1. 2002 – S 58 AL 2003/01 – AuR 2003, 120; v. 27. 2. 2006 – S 77 AL 742/05 – AuR 2007, 54 m. Anm. Peter; SG Fulda v. 7. 3. 2004 – S 1 AL 77/03 – info also 2004, 217; ArbG Bremen v. 30. 8. 2000 – 5 Ca 5152/5198/00, AuR 2001, 231 mit Anm. Walter

49 BAG v. 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03, ZTR 2004, 522 = SAE 2005, 199 mit Anm. Schmitt; krit. zum Ansatz, die Regelsätze zzgl. Pauschalnen des SGB XII heranzuziehen Feldhoff SGb 2006, 701, 706

50 Vgl. auch Sozialgericht Dortmund Urteil vom 02. 02. 2009 – S 31 AS 317/07 zu einem Arbeitsangebot bei KIK zu einem Stundenlohn von 4,50 Euro; dazu Anm. Feldhoff juris-PRArbR Nr. 25/09, Anm. 3

Dies gilt für das Entgelt des einzelnen Beschäftigten. Soziale Transferleistungen des Staates an den Einzelnen, die nicht unmittelbar mit dem Lohn verbunden sind, werden nicht berücksichtigt.

Der Referenzlohn errechnet sich über alle Bereiche der Wirtschaft. Zulässig ist die Bezugnahme auf einen repräsentativen Bereich.

In besonders zu begründenden Einzelfällen darf das Entgelt auch unter der 60 %-Schwelle liegen. Eine Unterschreitung der 50 %-Schwelle ist in jedem Fall eine Verletzung der Charta.

Das Komitee hat zwei Werte gebildet, einen relativen von 60 % und einen absoluten von 50 % des nationalen (Netto) Durchschnittsverdienstes. Dazwischen besteht ein Spielraum, um Besonderheiten des zu beurteilenden Einzelfalls zu berücksichtigen, u. a. die Arbeitsmarktsituation, (soziale) Bedingungen des Arbeitsverhältnisses und die absolute Lohnhöhe. Ohne Rücksicht auf Prozentwerte entspricht ein Entgelt nicht Art. 4 ESC, wenn der zu erzielende Verdienst nicht „zweifelsfrei über der Armutsgrenze des Landes“ liegt. Nach dieser ESC-Definition liegt die Schwelle bei 7,79 Euro netto = 60 % des durchschnittlichen Stundenverdienstes von 12,98 Euro bezogen auf das Jahr 2007.<sup>55</sup> Die Armutsgrenze des Landes bildet indes nicht die Lohnuntergrenze; der Lohn muss deutlich darüber liegen.<sup>56</sup>

Das LAG hat zur arbeitsrechtlichen Diskussion, ob Art. 4 ESC für die Interpretation des § 138 BGB Bedeutung hat, nicht Stellung genommen. Es gilt die Verpflichtung der Bundesrepublik, der ESC innerstaatliche Geltung zu verschaffen.

Die skizzierten Anwendungsprobleme des § 138 BGB auf einem Arbeitsmarkt ohne tarifliche Mindestarbeitsbedingungen, der unangemessene Arbeitslöhne an oder unterhalb der Armutsgrenze zulässt und verfestigt, rechtfertigen den Rückgriff auf Art. 4 ESC. Zur Ermittlung, ob ein Entgelt sittenwidrig nach § 138 BGB ist, ist der Maßstab des Art. 4 ESC gerechtfertigt, wenn ansonsten vertragliche Niedriglöhne mit tariflichen oder tatsächlich gezahlten Niedriglöhnen verglichen würden.<sup>57</sup>

### Schlussbemerkung

Das Leitbild des Art. 4 ESC, nach dem eine Vollzeitbeschäftigung einen angemessenen Lebensstandard oberhalb der Armutsgrenze ermöglichen muss, ist ein juristisch-normativer und zugleich sozialpolitischer Ansatz. Es handelt sich nicht um eine „moralische Erwägung“, sondern um ein Modell von Gerechtigkeit in einem Staat, der in jüngster Zeit immer prioritärer die Selbstverantwortung des Einzelnen in der Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik betont. Aber auch Vollzeiterwerbsarbeit schützt nicht per se vor Armut und sozialer Ausgrenzung. Soziale Integration hängt in erster Linie vom Einkommen ab, das zur Teilhabe an Konsum, Bildung, Kultur etc. befähigt.<sup>58</sup>

Die Gegenmeinung teilt diese Prämisse nicht. Sie verweist darauf, dass Niedriglohnbezieher nicht automatisch „arm“ sind; häufig seien sie nur „Zuverdiner“ und im Haushaltskontext – sprich über den besser verdienenden Ehemann – abgesichert. Ihre Produktivität sei gering, sodass gesetzliche Lohnuntergrenzen zu Beschäftigungsverlusten führen.<sup>59</sup>

Uunausgesprochen intendieren diese Aussagen, dass Stundenlöhne von 5 Euro, v. a. für zuverdienende (Ehe)Frauen hinzunehmen seien. Die „Nicht-Armut“ dieser Frauen ist indes eine aus dem Einkommen des Ehemannes und Sozialtransfers abgeleitete. Die Folgen sind eine finanzielle Abhängigkeit vom Partner, mangelnde eigene Existenzsicherung bei Scheidung, im Alter oder bei Arbeitslosigkeit des Partners.<sup>60</sup> Teilzeit/geringfügige Beschäftigung sind zudem oft nicht frei gewählt, sondern dem Arbeitsangebot geschuldet, wie das Beispiel des Einzelhandels zeigt. Wucherlöhne für die wachsende Zahl geringfügig Beschäftigter legitimieren, festigen und beschleunigen indes die Lohnspirale nach unten für alle Beschäftigten.<sup>61</sup> Dass NiedriglohnbezieherInnen typischerweise mangels beruflicher Qualifikation nur einfache Arbeiten verrichten können, ist angesichts der neuesten Zahlen so pauschal nicht haltbar: 2006 sind fast drei von vier Beschäftigten im Niedriglohnbereich formal qualifiziert; 67,5 % haben eine Berufsausbildung.<sup>62</sup> Schließlich wird der Wert einer Arbeit nicht allein nach – scheinbar objektiven – ökonomischen Kategorien beurteilt, wie die Frauenforschung für frauentytische Tätigkeiten gerade im

55 vgl. Bispinck/Schulten WSI-Mtg. 2008, 151,156.

56 Armutsgrenzen sind schwierig zu definieren; in der Armutsforschung gibt es unterschiedliche Bemessungsmethoden. Diese Problematik kann hier nicht vertieft werden. Vgl. 3. Armut- und Reichtumsbericht der Bundesregierung (BT-Drs. 16/9915, S. 16. f.) mit gewichteten Haushaltseinkommen (Einkommen=Erwerbslohn+familiäre- und Sozialtransfers). Im Kontext der ESC kommt es indes nur auf den Erwerbslohn aus Vollzeit-Erwerbsarbeit für den Einzelnen an bzw. bei Teilzeitbeschäftigte hochgerechnet auf eine Vollzeitbeschäftigung.

57 Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, 1995, S. 127 f.; MünchArbR-Hanau Bd. 1 (2. Aufl. 2001) § 63 Rz. 3; Reinicke Beila-

ge NZA 3/2000, 23, 32; Peter in: Peter/Kempen/Zachert (2004) S. 122

58 Krit. zum „Aktivierenden Sozialstaat“: Völker in: Dahme/Wohlfahrt (Hg.) Aktivierende Soziale Arbeit (2005) S. 70 ff.; Dahme/Wohlfahrt in: dies. S. 6. ff.

59 Vgl. nur Ziemenhoff DIW-Wochenbericht 4/2008, 33 ff.

60 Weinkopf in: Maier/Fiedler, S. 17,24 ff.; Becker, Mindestlöhne-auch ein Instrument zur Förderung der Gender-Gerechtigkeit in: Sterkel/Schulten/Wiedemuth, S. 61 ff.

61 Voss-Dahn in: Bosch/Weinkopf S. 281 f.; Bosch/Weinkopf in:

dies. S. 303 f.

62 Kalina/Weinkopf ZAF 2008, 447; IAQ-Report 2008-01; Bosch/Kalina/Weinkopf WSI-Mtg. 2008, 423 ff.

Dienstleistungssektor nachgewiesen hat.<sup>63</sup> Die juristische Beurteilung von Löhnen als sittenwidrig und die Forderung nach (geschlechter)gerechten existenzsichernden Löhnen sind damit zwei Facetten derselben aktuellen Problematik.

### *Urteil*

LAG Hamm, §§ 138, 242, 611, 612 BGB; § 302a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB a.F.; § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG; §§ 4 Abs. 1, 12 Abs. 1 TzBfG; § 28 Abs. 4 SGB XII; § 4 Abs. 5 TVG; § 12 EFZG; Art. 4 ESC

### **Lohnwucher bei Verkäuferin im Discounthandel (KIK)**

*1. Sittenwidriger Lohn und damit eine nichtige Vergütungsabrede im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn die Arbeitsleitung zur Arbeitsvergütung in einem auffälligen Missverhältnis steht.*

*2. Wird weniger als zwei Drittel des üblichen Tariflohns der betreffenden Branche oder Wirtschaftsregion gezahlt, liegt ein solches Missverhältnis jedenfalls vor.*

*3. Bei der Ermittlung der verkehrsüblichen Vergütung dürfen Vergütungen nicht einbezogen werden, die auf sittenwidrigen oder – im Hinblick auf den zeitlichen Umfang der Beschäftigung oder das Geschlecht der beschäftigten Personen – auf diskriminierenden Abreden beruhen.*

*4. Beim Vergleich des vereinbarten Stundenlohns mit dem Tariflohn ist der Abgeltungsbereich der Vergütung zu berücksichtigen.*

*5. Bei Nichtigkeit der Entgeltabrede wegen Lohnwuchers, ist gemäß § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung zu zahlen. Dies ist regelmäßig die tarifliche Vergütung.*

*(Leitsätze der Redaktion)*

Urteil des LAG Hamm vom 18.03.2009, 6 Sa 1284/08 – rk. – Vorinstanz: AG Dortmund vom 15.07.2008 – 2 CA 282/08

Aus dem Sachverhalt des erstinstanzlichen Urteils des AG Dortmund:

Die Parteien streiten um Entgeltansprüche der Klägerin. Die 60 Jahre alte, verheiratete, Klägerin ist gemäß schriftlichem Arbeitsvertrag vom 01.12.2001 bei der Beklagten seit dem 15.11.2001 zu einem Stundenlohn von zuletzt 5,20 EUR beschäftigt.

<sup>63</sup> Vgl. nur Regenhard/Fiedler Frauenlöhne: Resultat rationalen Optimierungsverhaltens?, in: Regenhard/ Maier/Carl (Hg.) (1994) Ökonomische Theorien und Geschlechterverhältnis, S. 41 ff.; Beese, STREIT 2007, 99; Feldhoff in Rust/Falke, AGG, (2006), § 7 Rn. 101 ff. m. w. N.

In § 2 des Arbeitsvertrages heißt es:

„Der Arbeitnehmer wird mit Wirkung vom 15.11.2001 (siehe Personalfragebogen) als geringfügig Beschäftigter/Packer(in) für eine stundenweise Tätigkeit eingestellt.“

§ 3 des Arbeitsvertrages enthält u. a. folgende Regelungen:

„Der Arbeitnehmer erhält als Vergütung für seine Tätigkeit einen Stundenlohn in Höhe von 10,- DM / Euro, zahlbar jeweils zum 15. des Folgemonats auf ein vom Arbeitnehmer zu benennendes Konto. Die vereinbarte Vergütung beinhaltet den Anspruch auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Nur tatsächlich geleistete Arbeitsstunden werden vergütet. Die gesetzlichen Verdienstgrenzen für eine geringfügige Beschäftigung, d. h. 147,00 DM in der Woche bzw. 630,00 DM im Monat werden nicht überschritten. Eine Überschreitung der gesetzlich vorgegebenen Verdienstgrenzen zieht eine entsprechende sozialversicherungs- und steuerrechtliche Behandlung der Bezüge nach sich. . .“

In § 4 des Arbeitsvertrages ist unter Arbeitszeit geregelt:

„Ein Arbeitseinsatz erfolgt nach Bedarf unter Berücksichtigung der betrieblichen Notwendigkeiten des Arbeitgebers sowie nach vorheriger Absprache mit dem zuständigen Vorgesetzten. Die wöchentliche Arbeitszeit kann daher durchaus differieren und dabei auch 10 Stunden unterschreiten. Ansonsten gestaltet sich die Arbeitszeit nach den gesetzlichen Voraussetzungen für eine geringfügige Beschäftigung, d. h. 14,75 Stunden in der Woche bzw. 63,75 Stunden im Monat werden nicht überschritten. Eine Überschreitung der gesetzlich vorgegebenen Stundengrenzen zieht eine entsprechende sozialversicherungs- und steuerrechtliche Behandlung der Bezüge nach sich.“

[...]

Die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 8.820,96 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent über dem Basiszinssatz ab dem 14.11.2007 zu zahlen; die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 643,71 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent über dem Basiszinssatz seit dem 26.2.2008 zu zahlen.

Aus dem Sachverhalt:

Das Arbeitsgericht Dortmund hat der Klage mit Urteil vom 15.07.2008 – 2 Ca 282/08 – weitgehend stattgegeben. [...]

Die Beklagte wendet sich [...] gegen das erstinstanzliche Urteil. Sie trägt ergänzend vor: Es liege kein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor. Die verkehrsübliche Vergütung für Aushilfstätigkeiten liege bundesweit und auch in Nordrhein-Westfalen unter dem Tariflohn, nämlich zwischen 4,00 EUR und 7,00 EUR. In Nordrhein-Westfalen sei nur etwa ein Drittel der Einzelhandelsunternehmen Mitglied im Arbeitgeberverband Einzelhandel NRW. Der durchschnittliche Niedriglohn West betrage im Jahr 2000 EUR 6,75 brutto, im Jahr 2006 EUR 6,89 brutto. Mit fast 92% habe die große Mehrheit der Minijobber/innen wie die Klägerin zu Stundenlöhnen gearbeitet, die unterhalb dieser Niedriglohnswelle lägen.

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil [...]. Sie trägt ergänzend vor: Die Tarifverträge des Einzelhandels NRW stellten die übliche Vergütung