

Der Tatbestand des Lohnwuchers – Teil 1

Von stud. iur. David Yang, Heidelberg*

Mit seinem Urteil v. 22.4.2009 (5 AZR 436/08) hat sich das BAG darauf festgelegt, dass ein Fall des Lohnwuchers dann vorliegt, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal $\frac{2}{3}$ des üblichen Tariflohns der betreffenden Branche erreicht. Der vorliegende Beitrag nimmt diese Entscheidung zum Anlass, sich den zahlreichen Facetten der Lohnwucherproblematik zu widmen. Er setzt sich dabei kritisch mit der vom Gedanken des Arbeitnehmerschutzes geprägten herrschenden Meinung auseinander und zeigt ausgehend von der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik alternative Lösungswege auf. Damit ist der Beitrag auch für Leser interessant, die sich sonst nur wenig mit dem Arbeitsrecht beschäftigen. In Teil 1 wird der Tatbestand des Lohnwuchers näher beleuchtet, während sich Teil 2 (in der nächsten Ausgabe) der Rechtsfolge und den Konkurrenzen zuwendet.

I. Einleitung: Der Lohnwucher vor dem Hintergrund der Privatautonomie

Dem BGB liegt der Grundsatz der Privatautonomie zugrunde, also das Prinzip der Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen.¹ Zentraler Bestandteil der Privatautonomie ist die Vertragsfreiheit, welche in Abschluss- und Inhaltsfreiheit unterteilt werden kann: Der Einzelne ist frei in seiner Entscheidung, ob und mit wem er einen Vertrag schließen will.² Da die Parteien im Vertrag selbst festlegen, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, bietet der Vertragsinhalt für sie eine „Richtigkeitsgewähr“³ – der Staat darf daher in den Vertrag grundsätzlich nicht eingreifen.⁴

Etwas anderes gilt aber dort, wo aufgrund gestörter Vertragsparität von Selbstbestimmung keine Rede mehr sein kann, es vielmehr zu einer Fremdbestimmung eines Vertragsteils durch den anderen kommt.⁵ Gerade im Arbeitsrecht ist eine derart gestörte Vertragsparität häufig zu beobachten: Der Nachfrage nach Arbeitskräften steht ein Überangebot an Bewerbern gegenüber, sodass der Arbeitgeber bei der Ein-

stellung die Vergütungshöhe de facto diktieren kann.⁶ Das BGB begegnet der Problematik gestörter Vertragsparität im Zusammenhang mit Niedriglöhnen, indem es auf individualrechtlicher Ebene der Vertragsfreiheit dort äußerste Schranken setzt, wo gegen Verbotsgesetze (§ 134 BGB, hier i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB) oder sittliche Mindeststandards (§ 138 BGB) verstoßen wird.⁷ Spricht man vom „Lohnwucher“, so sind Fälle unverhältnismäßig geringer Vergütung gemeint, die unter die letztgenannten Normen fallen.⁸

II. Der Wucher und das wucherähnliche Geschäft

Hauptzweck der Regelungen zum Wucher ist es, Missbräuchen der Privatautonomie entgegenzuwirken und die Geltung solcher Rechtsgeschäfte zu verhindern, die für die Rechtsgemeinschaft unerträglich sind, weil sie gegen die guten Sitten verstoßen.⁹ In der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Tatbestand des § 138 BGB spiegelt sich die Schwierigkeit einer Grenzziehung zwischen sittenkonformen und sittenwidrigen Rechtsgeschäften wieder. Vor dem Hintergrund, dass die Sittenwidrigkeit in einem auf Privatautonomie basierendem System nur eine „äußerste Toleranzgrenze“ darstellen kann, sind die einzelnen Voraussetzungen restriktiv auszulegen.¹⁰

Zu beachten ist auch das Verhältnis vom objektiven zu subjektiven Teil der Sittenwidrigkeit: Ein Fall des Wuchers ist nach der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes (§ 138 Abs. 2 BGB, § 291 Abs. 1 StGB) nur dann gegeben, wenn zusätzlich zum sittenwidrigen Inhalt des Geschäfts ein unsittliches Handeln in Form des „Ausbeutens“ einer Zwangslage durch den überlegenen Vertragspartner hinzutritt.¹¹ Rechtsge-

* Der Verf. ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Thomas Lobinger für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht an der Universität Heidelberg.

¹ Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 1 I, S. 1.

² Lobinger, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2008, S. 103; Bork, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2006, Rn. 661; vgl. auch Flume (Fn. 1), § 1 I 8, S. 12.

³ Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130 (151); zustimmend Säcker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, Einl. BGB Rn. 36.

⁴ BVerfGE 81, 242 (254 f.).

⁵ Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); vgl. auch Flume (Fn. 1), § 1 I 7, S. 10, der feststellt, Zwang und Privatautonomie seien miteinander unvereinbar; so auch Säcker (Fn. 3), Einl. BGB Rn. 35.

⁶ Pohlkamp, Entstehung des modernen Wucherrechts, 2009, S. 22; Franke, Lohnwucher, 2003, S. 24; Fastrich, RdA 1997, 65 (75); Jousen, SAE 2010, 95; Lakies, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, Anhang 1 zu § 5 Rn. 24; vgl. auch BVerfGE 85, 191 (213).

⁷ Vgl. Hefermehl, in: Soergel, Kommentar zum BGB, § 138 Rn. 7, 37.

⁸ Zur Terminologie siehe BAGE 130, 338 (339 f.); 110, 79 (82 f.); Franke (Fn. 6), S. 23.

⁹ BGHZ 110, 156 (174); 80, 153 (158); Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 138 Rn. 1.

¹⁰ Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 20; vgl. auch Canaris, AcP 184 (1984), 201 (238), der in § 138 BGB einen „auf Extremfälle beschränkten Minimalenschutz“ sieht; ähnlich Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, Die rechtliche Behandlung anstößig-übermächtiger Verträge, 1979, S. 83.

¹¹ Der Gesetzgeber hatte zunächst nur auf den sittenwidrigen „Inhalt“ des Rechtsgeschäfts Bezug genommen, dann aber auf das „Rechtsgeschäft“ abgestellt, um dadurch die Berücksichtigung von Motiven, also subjektiven Umständen, zu ermöglichen, durch die der Inhalt des Rechtsgeschäfts in „das rechte Licht gesetzt“ werden sollte, vgl. Prot., 258, 212 =

schäfte, welche nicht den Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB erfüllen, können aber nach der Rechtsprechung immer noch als sog. „wucherähnliche Geschäfte“ nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein.¹²

III. Bestimmung des „auffälligen Missverhältnisses“

Beide Tatbestände setzen objektiv ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung voraus.¹³ Da allein der Wert der Gegenleistung anhand des gezahlten Lohns unproblematisch feststellbar ist, sind hier zwei Fragen zu klären: Zum einen, nach welcher Bezugsgröße der Wert der Leistung zu bestimmen ist und zum anderen, ab wann ein Missverhältnis als „auffällig“ bezeichnet werden muss.

1. Die richtige Bezugsgröße

a) Ansicht des BAG

Das BAG ging zunächst davon aus, der Wert der Arbeitsleistung müsse objektiv bestimmt werden und sich folglich nach der verkehrsüblichen Vergütung richten.¹⁴ Mit seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2004 legte es schließlich fest, dass Ausgangspunkt zur Feststellung des objektiven Leistungswertes die Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweigs sein müssten. Entspreche der Tariflohn aber nicht der verkehrsüblichen Vergütung, sondern liege diese unterhalb des Tariflohns, sei zur Ermittlung des Wertes der Arbeitsleistung von dem allgemeinen Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet auszugehen.¹⁵ In einer weiteren Entscheidung konkretisierte das BAG den Begriff der üblichen Tarifvergütung: Eine solche könne dann angenommen werden, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden seien oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % eines Wirtschaftsgebiets beschäftigten.¹⁶

b) Kritische Analyse der Rechtsprechung

aa) Die Bestimmung des objektiven Werts anhand der Tariflöhne

Zur Bestimmung des objektiven Werts der Leistung ließe sich sowohl auf den Marktwert als auch auf den „gerechten“ Wert abstellen, der erzielt worden wäre, wenn sich die Parteien auf Augenhöhe begegnet wären.¹⁷ Soweit diese Frage in der Literatur diskutiert wird, lehnt man den letzten Wert als Bezugswert mit der Begründung ab, die Suche nach einem solchen *iustum pretium* müsse dort von vornherein sinnlos sein, wo es an einem selbstbestimmten Vertragsschluss feh-

le.¹⁸ Zwar könnte man im Arbeitsrecht auf die Tariflöhne und damit auf die Verhandlungsergebnisse von gleichstarken Vertragspartnern abstellen.¹⁹ Damit käme es aber über § 138 BGB zu einer Erstreckung von Tarifnormen auf Außenseiter, die einen Eingriff in die Grundrechte des Arbeitgeber aus Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG darstellen würde.²⁰ Da der Inhalt von Tarifverträgen für nicht tarifgebundene Vertragsparteien keine höhere Richtigkeitsgewähr darstellt als der Inhalt von Verträgen beliebiger Dritter, kann dieser nicht zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs herangezogen werden.

Richtiger Bezugspunkt kann daher nur der Marktpreis für die entsprechende Arbeitsleistung sein, also der Preis, der üblicherweise durch ähnlich qualifizierte sowie nach Art und Umfang der Arbeit vergleichbare Arbeitnehmer ausgehandelt wird.²¹ Damit tritt auch der Funktionsunterschied zwischen Sittenwidrigkeitskontrolle und Tarifautonomie offen zu Tage: Letztere ermöglicht „volle“ Privatautonomie auf kollektiver Ebene, basierend auf der freien Entscheidung zum Beitritt in

¹⁸ Krause, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 76, vgl. auch Lakies (Fn. 6), Anhang 1 zu § 5 Rn. 40; Säcker (Fn. 3), Einl. BGB Rn. 36. Ausführlich zur Problematik des „gerechten Preises“: Mayer-Maly, in: Festschrift für Heinrich Demelius, 1973, S. 139; Raiser, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1960, S. 101 (S. 127 ff.); Rittner, AcP 188 (1988), 101 (128).

¹⁹ Auch beim Tarifvertrag spricht man aufgrund der strukturellen Ebenbürtigkeit der Parteien von einer „Richtigkeitsgewähr“, siehe nur Waas/Giesen, in: Beck'scher Online Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Ed. 2010, § 1 TVG Rn. 13; Löwisch/Rieble, in: Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 1 f.; Brecht-Heitzmann, EzA § 138 BGB 2002 Nr. 5, 10 (14); Feldhoff, SGB 2006, 701 (704).

²⁰ Die Literatur sieht den Schutz vor einer Erstreckung von Tarifnormen auf Außenseiter durch die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG) geschützt (vgl. Hanau, in: Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag, 2007, S. 1036 [S. 1045], der zutreffend bemerkt, dass das Belastende des Beitrittsdrucks gerade in der Unterwerfung unter die Rechtsetzung des Verbands bestehe; vgl. auch Picker, ZfA 1986, 199 [246 ff.]; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 164 f.; vgl. auch BVerfGE 44, 322 [347]). Die Rechtsprechung versteht dagegen den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit sehr restriktiv: Sie gewähre dem einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nur das Recht, einer Koalition fern zu bleiben oder aus ihr auszutreten. Der Schutz vor der Erstreckung von Tarifnormen auf Außenseiter sei durch die Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG hinreichend gewährleistet (vgl. BVerfGE 50, 290 [367]; 55, 7 [21]; 93, 352 [357]).

²¹ Wendtland, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, 18. Ed. 2010, § 138 Rn. 44; Krause (Fn. 18), § 54 Rn. 76; vgl. auch BGHZ 141, 257, (263); Beuthien, RdA 1969, 161 (164 f.); Lakies, NZA-RR 2002, 337 (341); Lieb, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 818 Rn. 46; Eckert, AR-Blattei, Rn. 21.

Mugdan I, 725, 469; vgl. auch Hefermehl (Fn. 7), § 138 Rn. 29.

¹² BGHZ 99, 333 (335); 110, 336 (337 f.); Krüger-Nieland/Zöller, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. 1982, § 138 Rn. 45; Hefermehl (Fn. 7), § 138 Rn. 73, 83, 86.

¹³ BAGE 110, 79 (82 f.); BAG EzA Nr. 29 zu § 138 BGB, sub II. 1.; Lakies (Fn. 6), Anhang 1 zu § 5 Rn. 39.

¹⁴ Vgl. nur BAGE 110, 79 (82 f.).

¹⁵ BAGE 110, 79, (83).

¹⁶ BAGE 130, 338 (344).

¹⁷ Siehe oben Einleitung.

die Koalition, erstere beschränkt sich dagegen auf ein geringeres Ziel, steht dafür aber nicht zur Disposition der Parteien. Wo ein Markt besteht, in dem alle Arbeitnehmer schon strukturell schwach sind (man denke etwa an die Leiharbeit), hilft die Sittenwidrigkeitskontrolle nicht weiter – sie kann nur Marktausreißer „einfangen“, nicht aber den Markt selbst korrigieren.²²

Zu klären ist dann aber noch, wie dieser „Markt“ gebietsmäßig zu umreißen ist. Indem das BAG auf das jeweilige Bundesland abstellt und dies mit dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“²³ begründet, sitzt es einem Zirkelschluss auf: Denn in welchem Gebiet sich diese „alle billig und gerecht Denkenden“ befinden, ist gerade ungeklärt.

Dogmatisch überzeugender ist es, an die bestehende Wertung des Gesetzes anzuknüpfen: So wurde in § 612 Abs. 1, Abs. 2 BGB eine Auslegungsregel normiert, die als Vermutung des Parteiwillens im Falle einer fehlenden Vergütungsabrede greifen sollte.²⁴ Die dann zu gewährende „übliche Vergütung“ i.S.d. § 612 Abs. 2 BGB sollte der ortsüblichen Vergütung für entsprechende Arbeit entsprechen.²⁵ Diese Regel erklärt sich rein empirisch: Der durchschnittliche Arbeitnehmer orientiert sich bei den Lohnverhandlungen eben nur an der ortsüblichen Vergütung. Der für ihn entscheidende Markt ist der Markt des Arbeitsortes. Wenn die Sittenwidrigkeitskontrolle aber, wie bereits gezeigt, das Verhandlungsergebnis des durchschnittlichen Marktteilnehmers als Bezugspunkt in den Blick nimmt, macht es Sinn, auch im Rahmen des § 138 BGB den Markt gebietsmäßig auf den entsprechenden Arbeitsort festzulegen. Entscheidend muss daher die Vergütung sein, die am gleichen Ort für vergleichbare Tätigkeiten unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers gezahlt wird.²⁶

²² Krause (Fn. 18), § 54 Rn. 76; vgl. auch Damm, JZ 1986, 913 (917), der im Rahmen des § 138 BGB von „marktbezogener Sittenwidrigkeit“ spricht; Boemke, JuS 2010, 259 (260).

²³ So BAG AP BGB § 138 Nr. 30 m. Anm. Konzen, sub 2 b. Das BAG kam hier aus unerklärlichen Gründen zum Ergebnis, man müsse demnach auf das Bundesland abstellen. Konzen kritisiert dies, stellt dann aber ebenso ohne Begründung auf die jeweilige Branche ab.

²⁴ Prot., 936 ff.; 2143 = Mugdan II, 898 i.V.m. 624 (zu § 612 BGB); ebenso Richardi, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 612 Rn. 5, 34.

²⁵ Mot., 460; Kom. Ber., 79 f. = Mugdan II, 256, 1284 (zum Dienstvertrag, die Regelung des Werkvertrags sollte offenbar ebenso verstanden werden); zustimmend die ganz herrschende Meinung, vgl. nur Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, § 612 Rn. 37; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 632 Rn. 22; Peters/Jacoby, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, § 632 Rn. 49.

²⁶ Vgl. Bayreuther, RdA 2003, 81 (87); a.A. Franke (Fn. 6), S. 86, die aus nicht weiter begründeten Billigkeitserwägungen auf die Löhne des „Wirtschaftsgebiets“ abstellt und dieses offenbar weiter fasst.

bb) Die Heranziehung von Tariflöhnen zur Bestimmung der Marktlöhne

Das BAG knüpft bei der Bestimmung des entsprechenden Marktlohns an die üblichen Tariflöhne an. Ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch, nach dem eine Übllichkeit dann vorliegt, wenn ein Lohn von mehr als 50 % der vergleichbaren Arbeitnehmer für vergleichbare Arbeit realiter bezogen wird, lässt sich unschwer erkennen, dass die Formeln des BAG keine unwiderlegbaren Vermutungsregeln, sondern nur Beweiserleichterungen in Bezug auf die Feststellung des tatsächlich üblichen Lohns darstellen sollen. Eine solche Beweiserleichterung ist auch praktisch erforderlich, weil sich bisher noch keine forensische Methode zur Ermittlung des tatsächlich üblichen Lohns herausgebildet hat: Mit den „Mietspiegeln“ vergleichbare „Lohnspiegel“ gibt es nicht.²⁷

(1) Beweisregel 1: Mehr als 50 % der Arbeitgeber tarifgebunden

Hochproblematisch erscheint dabei die erste Beweisregel, nach der die Übllichkeit eines Tariflohns angenommen werden kann, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets an diesen Tarif gebunden sind. Die Konsequenz dieses Ansatzes sei an einem Beispiel veranschaulicht: Im Wirtschaftsgebiet gibt es in derselben Branche zehn Arbeitgeber und 100 Arbeitnehmer, wobei neun der Arbeitgeber tarifgebunden sind. Diese neun Arbeitgeber beschäftigen aber jeweils nur einen einzelnen Arbeitnehmer und zahlen diesem aufgrund beiderseitiger Tarifbindung den einschlägigen Tariflohn. Der tarifungebundene Arbeitgeber beschäftigt dagegen 91 Arbeitnehmer zu einem Lohn, der den einschlägigen Tariflohn „auffällig“ unterschreitet. Bei konsequenter Einhaltung der Rechtsprechung müsste man in einem solchen Fall davon ausgehen, dass der von den neun Arbeitnehmern erhaltene Lohn üblich ist – der den 91 restlichen Arbeitnehmern gezahlte Lohn wäre aufgrund der Abweichung sittenwidrig. Die Beweisregel hat also in Bezug auf den tatsächlich üblichen Marktlohn nur eine sehr geringe Aussagekraft und ist daher, mag sie auch sehr leicht handhabbar sein, zu verwerfen.

(2) Beweisregel 2: Organisierte Arbeitgeber beschäftigen mehr als 50 % der Arbeitnehmer

Die zweite Formel ist dagegen überzeugend: Beschäftigen die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets, so erhalten diese die Mehrheit bildenden Arbeitnehmer in aller Regel über Bezugnahmen oder normative Wirkung des Tarifvertrags den entsprechenden Tariflohn.²⁸ Der Lohn ist damit im Sinne einer absoluten

²⁷ Reinecke, NZA Beil. 2000, 23 (32); Peter, AuR 1999, 289 (290); Franke (Fn. 6), S. 101; Lakies (Fn. 6), Anhang 1 zu § 5 Rn. 42; wenig überzeugend daher der Hinweis von Krause (Fn. 18), § 54 Rn. 76, man könne „durch Erkundigungen bei Kammern/Innungen oder der BA“ das übliche Vergütungsniveau ermitteln.

²⁸ Kritisch zur Festlegung der 50 %-Grenze dagegen Jousen, SAE 2010, 95 (99 f.), der aber im Ergebnis dem BAG zu-

Üblichkeit repräsentativ, stellt also den üblichen Marktwert dar.

(3) Weitere Fälle der Üblichkeit eines Tariflohns

Ein Tariflohn kann auch dann tatsächlich marktüblich sein, wenn die organisierten Arbeitgeber weniger als 50 % der Arbeitnehmer beschäftigen: So können die nicht organisierten Arbeitgeber auch durch Anerkennungstarifverträge die Regelungen eines Flächentarifvertrags für ihre Betriebe übernehmen; auch die Verwendung von Bezugnahmeklauseln steht ihnen frei.²⁹ Vor dem Hintergrund der Beweiserleichterung ist es aber konsequent, dass das BAG diese Möglichkeiten nicht erwähnt: Der Beweisführende kann zwar den Organisationsgrad der Arbeitgeber und die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer feststellen, ein Nachweis über die Verwendung von Bezugnahmeklauseln oder die Anwendung von Anerkennungstarifverträgen dürfte ihm indes nur schwerlich möglich sein.

cc) Anwendung der Beweisregeln unter Berücksichtigung der Beweislast

Mit seinen Ausführungen zu den Beweisregeln trifft das BAG implizit Aussagen zur Darlegungs- und Beweislast: Der klagende Arbeitnehmer muss zunächst nur auf einen sachlich einschlägigen Tariflohn verweisen – dieser gilt dann zunächst als üblich. Der beklagte Arbeitgeber kann dann mit der „Beweisregel 2“ darlegen, dass die dementsprechend organisierten Arbeitgeber weniger als 50 % der Arbeitnehmer beschäftigen. Hat er dies getan, so muss schließlich der Kläger beweisen, dass die Formel im konkreten Fall kein richtiges Ergebnis erzeugt, vielmehr der als Maßstab gewählte Lohn (etwa aufgrund von Anerkennungstarifverträgen oder Bezugnahmeklauseln) tatsächlich üblich ist.³⁰ Werden auf diese Weise die einschlägigen Tarifverträge immer nur empirisch und widerlegbar als rein tatsächlicher Anhaltspunkt zur Bestimmung des marktüblichen Lohns herangezogen,³¹ ist dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Die Bestimmung des Richtwerts

Der Richtwert muss festlegen, wann ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung „auffällig“ ist. Eine numerisch festgelegte Grenze, wie sie das spätrömische Recht mit der 50 %-Grenze der auf Grundstücksverkäufe ausgerichteten

stimmt, wenn er diesen Wert als „sicheres Indiz“ für das Erreichen der Üblichkeit sieht.

²⁹ Brecht-Heitzmann, EzA § 138 BGB 2002 Nr. 5, 10 (15); Jousen, SAE 2010, 95 (100).

³⁰ Vgl. Brecht-Heitzmann, EzA § 138 BGB 2002 Nr. 5, 10 (15); Boemke, JuS 2010, 259 (261); Jousen, SAE 2010, 95 (100); vgl. auch Reinecke, NZA Beil. 2000, 23 (33), der davon ausgeht, dass die entsprechenden Tatsachen häufig gerichtsbekannt seien.

³¹ Eine solche Handhabung entspricht auch der h.M., vgl. nur Armbrüster (Fn. 9), § 138 Rn. 113; Brecht-Heitzmann, EzA § 138 BGB 2002 Nr. 5, 10 (14).

laesio enormis³² kannte, ist der Vorschrift fremd. Damit ergibt sich für den Richter die nicht zu vernachlässigende Schwierigkeit, für jeden Einzelfall die richtige Grenze zu bestimmen.³³

a) Ansicht der Rechtsprechung

Mit seiner bisher letzten Entscheidung zum Lohnwucher hat das BAG den Richtwert ganz allgemein auf $\frac{2}{3}$ des üblichen Lohns festgelegt. Hier sei eine „ganz erhebliche, ohne weiteres ins Auge fallende und regelmäßig nicht mehr hinnehmbare Abweichung“ erreicht.³⁴ Es orientiert sich damit an einer Entscheidung des BGH zu § 291 Abs. 1 StGB, welche die Annahme der Vorinstanz, eine Unterschreitung des üblichen Lohns um $\frac{1}{3}$ reiche für die Bejahung eines auffälligen Missverhältnisses aus, revisionsrechtlich gebilligt hatte.³⁵

b) Kritische Analyse der Rechtsprechung

Legt sich das Gericht ohne sachlichen Grund auf eine für alle Fälle unterschiedslos geltende Grenze fest, so missachtet es den Charakter des „auffälligen Missverhältnisses“ als unbestimmten Rechtsbegriff, der gerade auf die Einzelfallentscheidung ausgerichtet ist.³⁶ Die Etablierung einer Grenze ist daher nur dann unproblematisch, wenn sie sich durch die Rückbindung an gesetzliche Wertungen rechtfertigen lässt. Eine solche lässt sich etwa für den Mietwucher finden: Dort zieht das Nebenstrafrecht mit § 5 Abs. 2 S. 1 WiStG ausdrücklich eine 20 %-Grenze. Eine solche wird auch, allerdings ohne nähere Begründung, zur Bestimmung des „auffäll-

³² In diesen Fällen konnte der Benachteiligte das Geschäft „anfechten“ und Rückabwicklung verlangen, siehe Pohlkamp (Fn. 6), S. 71; Becker, Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik, 1993, passim; vgl. auch BGHZ 80, 153 (156).

³³ Diese Problematik wurde schon in den Beratungen zum BGB heftig diskutiert, vgl. nur Haufmann, in: Mugdan I, 1011; vgl. auch Mot., 212 = Mugdan I, 469: „Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes darf indessen unbedenklich darauf vertraut werden, dass die Vorschrift nur in dem Sinne angewendet werden wird, in dem sie gegeben ist.“ Noch deutlicher zum Begriff der guten Sitten Stadthagen, in: Mugdan I, 1005: „Was sind ‚gute Sitten‘? Streichen Sie die guten Sitten aus dem Gesetzbuche, so würden Sie es dadurch nicht verschlechtern, weil die guten Sitten außerordentlich verschieden ausgelegt werden.“

³⁴ BAGE 130, 338 (341).

³⁵ BGHSt 43, 53 (60).

³⁶ Jousen, SAE 2010, 95 (100 f.); Preis (Fn. 25), § 612 Rn. 3. Auch das BAG hat bisher keineswegs durchgängig die $\frac{1}{3}$ -Grenze beibehalten, vgl. nur BAGE 118, 66 (74), bei dem es basierend auf grundrechtlichen Wertungen von einer $\frac{1}{4}$ -Grenze ausgegangen ist.

ligen Missverhältnisses“ i.S.d. § 15a Abs. 1 AÜG herangezogen.³⁷

Indes geht es im Rahmen des § 5 Abs. 2 S. 1 WiStG nur um „unangemessen hohe“ Entgelte; Unangemessenheit und Sittenwidrigkeit sind aber keinesfalls gleichzusetzen.³⁸ Soweit man sich für andere Prozentgrenzen einsetzt, scheinen dahinter eher rechtspolitische Interessen zu stehen als materielle Gründe.³⁹ Ein Großteil der Literatur kritisiert, die Festlegung strikter Prozentgrenzen führe dazu, dass im Falle eines extrem niedrigen Marktlohns „absurde Lohnwuchergrenzen“ entstünden.⁴⁰ Um dieses als untragbar empfundene Ergebnis zu vermeiden, wird eine absolute Lohnuntergrenze befürwortet. Teilweise wird dabei auf die Europäische Sozialcharta verwiesen,⁴¹ andere stellen auf die Sozialhilfesätze⁴² oder Pfändungsfreibeträge⁴³ (Anlage 1 zu § 850c ZPO) ab.

Die Gemeinsamkeit dieser Ansätze besteht darin, dass sie dem Arbeitnehmer einen Lohn zugestehen wollen, der ihm auch ohne weitere staatliche Zusatzleistungen zum Leben reicht. Auf den ersten Blick scheint dies auch durchaus zur Intention des Gesetzgebers zu passen, der mit dem Wucherverbot einen „humanitären Grundgedanken“ verwirklichen wollte.⁴⁴ Als Argument für eine solche Untergrenze könnte man auch anführen, dass der Arbeitgeber, der den Lohn vom

Staat „aufstocken“ lässt, seine Kosten sozialisiert und damit die Gemeinschaft schädigt, sich mithin sittenwidrig verhält.⁴⁵ Entscheidend gegen die Einziehung absoluter Mindestgrenzen spricht aber, dass dadurch der Tatbestand des § 138 BGB verfälscht würde: Dieser stellt nämlich auf eine Schiefelage im Austauschverhältnis ab, nicht aber auf eine vom konkreten Wert der Arbeit losgelöste wirtschaftliche Bedürfnislage.⁴⁶ Hätte der Gesetzgeber eine solche Mindestgrenze beabsichtigt, wäre es ihm unbenommen geblieben, auf das Tatbestandsmerkmal des auffälligen Missverhältnisses zu verzichten und Wucherlöhne schon dort anzunehmen, wo die entsprechende Grenze unterschritten ist.

Der tatsächliche Grund für die Entstehung solcher Niedrigstlöhne dürfte indes in der staatlichen Sozialhilfe selbst zu suchen sein: Denn erst dadurch, dass der Staat niemanden „verhungern“ lässt, können Arbeitgeber es sich leisten, nicht existenzsichernde Löhne anzubieten. Die Konsequenzen des heute bestehenden Sozialsystems über § 138 BGB abzumildern, vermag aber auf Basis der bestehenden Gesetzeslage nicht zu überzeugen.⁴⁷ Man kommt somit nicht umhin, die Auffälligkeit des Missverhältnisses für jeden Einzelfall im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit neu festzustellen. Der Richter kann also nur feststellen, dass die Grenze im konkreten Fall überschritten ist, nicht aber eine generelle Grenze festlegen.⁴⁸ Das BAG kehrt mit seiner $\frac{2}{3}$ Grenze, die nur im Ausnahmefall Abweichungen zulässt, das vom Gesetz vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis um und determiniert damit seine künftigen Entscheidungen in einer Weise, wie es nur nach Maßgabe eines entsprechenden Gesetzes zulässig wäre.⁴⁹

IV. Der subjektive Tatbestand des Wuchers und des wucherähnlichen Geschäfts

Der subjektive Tatbestand des Wuchers grenzt diesen von der gemischten Schenkung ab, bei der zwar objektiv ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, die Parteien sich aber über die teilweise Unentgeltlichkeit frei geeinigt haben, so dass von einem Missbrauch der Privatautonomie nicht die Rede sein kann.⁵⁰ Auf Seiten des Bewucherten muss einer der vier aufgezählten Schwächestände festgestellt werden, auf Seiten des Wucherers die bewusste Ausbeutung dieser Unterlegenheit.⁵¹ Um das

³⁷ *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 3. Aufl. 2003, Rn. 256.

³⁸ Schon die Terminologie lässt erkennen, dass die Sittenwidrigkeitsgrenze (deutlich) unter der Angemessenheitsgrenze liegen muss, so auch *Fastrich* (Fn. 10), S. 19; *ders.*, RdA 1997, 65 (70); *Franke* (Fn. 6), S. 105; *Hildebrandt*, Disparität und Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht, 1987, S. 25; *Beuthien*, RdA 1969, 161 (165).

³⁹ Vgl. nur *Hanau*, EWIR § 138 BGB 2002, 419 (420: 30-50 %); *Reinecke*, NZA Beil. 2000, 23 (32: 40 %); *Preis* (Fn. 25), § 612 Rn. 3: „jedenfalls“ bei 50 %; Gesetzesentwurf Brandenburg zu § 138 BGB, BR-Drs. 671/96, 37: 80 %.

⁴⁰ Vgl. *Brecht-Heitzmann*, EZA § 138 BGB 2002 Nr. 5, 10 (27): „Achillesferse der vorliegenden Entscheidung“; *Nassibi*, KJ 2010, 194 (198).

⁴¹ *Kohte*, JR 2010, 551 (552); *Nassibi*, KJ 2010, 194 (201 ff.); *Perreng*, FA 2010, 258 (259).

⁴² Für ein „Mindestüberschreitungsgebot“ gegenüber dem Sozialhilfeniveau aufgrund der notwendigen Berücksichtigung der „Sondersituation des arbeitenden Menschen“: ArbG Bremen NZA-RR 2001, 27 (29 ff.); zustimmend *Feldhoff*, SGB 2006, 701 (705 f.); *Peter*, AuR 1999, 289 (290).

⁴³ Vgl. *Lakies* (Fn. 6), Anhang 1 zu § 5 Rn. 48.

⁴⁴ *Haußmann*, in: *Mugdan I*, 1010. So ist auch in Rechtsprechung und Literatur oftmals nicht von wucherischen Löhnen, sondern von „Hungerlöhnen“ die Rede, vgl. nur *BAGE* 110, 79 (86); *Oertmann*, DJZ 1913, 254 (254); *Zachert*, AP BGB § 138 Nr. 63; *Feldhoff*, SGB 2006, 701 (704); *Jauernig*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 139 Rn. 8; *Peter*, AuR 1999, 289 (290); in diese Richtung auch *Stadthagen*, in: *Mugdan I*, 1020, der auf den Schutz der „arbeitenden Klassen“ abstellt und meint „daß am meisten bewuchert [wird ...], der weiter nichts hat als seine Arbeitskraft, durch Ausbeutung dieser seiner Arbeitskraft“.

⁴⁵ In diese Richtung *Brecht-Heitzmann*, EZA § 138 BGB 2002 Nr. 5, 10 (22).

⁴⁶ Vgl. *BAGE* 110, 79 (83 f.); *Nassibi*, in: *Mittag* (Hrsg.), Jahrbuch des Rechtsschutzes, 2010 S. 49 (S. 68 f.); vgl. auch *Lakies* (Fn. 6), Anhang 1 zu § 5 Rn. 45.

⁴⁷ Im Ergebnis zustimmend *Krause* (Fn. 18), § 54 Rn. 81 ff.; *Henssler/Sittard*, RdA 2007, 159 (161), vgl. auch *Oertmann*, DJZ 1913, 254 (255).

⁴⁸ *Zimmermann* (Fn. 10), S. 193.

⁴⁹ Vgl. *Joussen*, SAE 2010, 95 (100 f.).

⁵⁰ Vgl. *BGHZ* 82, 274 (281); *BGH NJW* 2002, 3165 (3166).

⁵¹ *Wendtland* (Fn. 21), § 138 Rn. 50. In der strafrechtlichen Literatur werden Schwächestituation und Ausbeutung allerdings als Merkmale des objektiven Tatbestands geprüft, vgl. *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), No-

wucherische Geschäft nicht zu einem „Reurecht des Leicht-sinnigen“ verkommen zu lassen, mit dem jeder Arbeitnehmer seinen schlecht verhandelten Lohn erhöhen kann,⁵² muss daher in jedem Fall festgestellt werden, ob das Maß an Ausnutzung der Schwächesituation tatsächlich sittenwidrig ist. Ein Ausbeuten – wie es § 138 Abs. 2 BGB fordert – kann daher richtigerweise nur dort angenommen werden, wo der Wucherer die Schwächesituation des Bewucherten in einer „besonders anstößigen und gefährlichen Weise“ ausnutzt.⁵³

Dagegen reicht das bloße Ausnutzen der schwächeren Situation nicht aus: Kann etwa der Arbeitgeber seine eigene wirtschaftliche Existenz nur gewährleisten, indem er sich die Unterlegenheit des Arbeitnehmers zunutze macht, so ist darin noch keine sittenwidrige „Ausbeutung“ im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB zu sehen. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale sind also eng auszulegen und damit nur schwer zu beweisen, so dass in der Praxis das wucherähnliche Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB eine deutlich größere Rolle spielt.⁵⁴ In der Rechtsprechung ist dabei ein stetiger Trend zur „Eliminierung subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen“⁵⁵ erkennbar. So lässt sie inzwischen zur Bejahung der Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB eine „verwerfliche Gesinnung“ ausreichen und bejaht diese schon dann, wenn sich der Wucherer grob fahrlässig der Erkenntnis der misslichen Situation des anderen Teils verschließt. Bei Vorliegen des objektiven Tatbestandes sei das Vorliegen der verwerflichen Gesinnung bereits – widerleglich – zu vermuten, da außergewöhnliche Leistungen in der Regel nicht ohne Not zugestanden werden würden und der Begünstigte dies auch wisse.⁵⁶

Auch die Literatur folgt größtenteils dieser Ansicht,⁵⁷ so dass das wucherähnliche Geschäft tatsächlich immer mehr zu einer Art Reurecht verkommt, das letztlich einen vom subjektiven Tatbestand befreiten § 138 Abs. 2 BGB darstellt und diesen dadurch unterläuft. Eine solche Handhabung des § 138 Abs. 1 BGB läuft aber dem in den Gesetzesmaterialien klar zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers zuwider: So war im Prozess der Gesetzgebung heftig umstritten, ob nicht die ausdrückliche Normierung des Wuchers in § 138 Abs. 2 BGB überflüssig und sogar gefährlich sei, da Grund zur Sorge bestehe, die restriktiv zu handhabenden Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB würden durch die ausdrückliche Normierung des Wuchers unterlaufen.⁵⁸ Die nun eingetretene umgekehrte Tendenz, nämlich das Unterlaufen der subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB durch die extensive Handhabung des „wucherähnlichen Geschäfts“, hatte der Gesetzgeber nicht einmal in Betracht gezogen. Folgte man dieser extensiven Handhabung des wucherähnlichen Geschäfts, müsste dies zu einer kaum mehr akzeptablen Beschränkung der Vertragsfreiheit führen.⁵⁹ Eine rein objektive Kontrolle nach dem Vorbild der *laesio enormis* hat der Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt, sie darf daher auch nicht über § 138 Abs. 1 BGB versteckt wieder eingeführt werden.⁶⁰ Richtigerweise kann die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nur ein *aliud*, nicht aber ein *minus* zu § 138 Abs. 2 BGB sein.⁶¹ Ob dem wucherähnlichen Geschäft bei der hier vorgeschlagenen restriktiven Handhabung überhaupt noch ein Anwendungsbereich bleibt, mag durchaus bezweifelt werden, soll hier aber nicht pauschal ausgeschlossen werden.

V. Der Tatbestand des strafrechtlichen Wuchers, § 291 Abs. 1 StGB

Schon vor der Normierung des § 138 Abs. 2 BGB im BGB bestand eine ähnliche Regelung in § 302a-f StGB a.F., die zunächst nur den Kreditwucher regelte. Mit dem 1. WiKG aus dem Jahr 1976⁶² wurde § 302a StGB a.F. (heute: § 291 Abs. 1 StGB) an § 138 Abs. 2 BGB angeglichen.⁶³ Vor diesem Hintergrund sind die Tatbestandsmerkmale gleich auszulegen.⁶⁴ Die strafrechtliche Norm trägt durch ihren repressi-

mos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 291 Rn. 18 ff.; Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 291 Rn. 22 ff., 35.

⁵² Sehr plastisch *Stadthagen*, in: Mugdan I, 1006 zu der Konsequenz einer zu extensiven Auslegung: „Hast du leichtsinnig gehandelt? Ja! Ist das recht unvorteilhaft? Ja! Gut, dann kannst du prozessieren!“; vgl. auch *Lenzmann*, in: Mugdan I, 1015 f.; *Kohlmann*, Strafrechtliche Bekämpfung des Kreditwuchers, 1974, S. 45; *Oertmann*, DJZ 1913, 254 f.

⁵³ Zur strafrechtlichen Parallelnorm: *Heine* (Fn. 51), § 291 Rn. 29; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 291 StGB, Rn. 8. In diese Richtung auch *Armbrüster* (Fn. 9), § 138 Rn. 154; weiter dagegen *Franke* (Fn. 6), S. 143; *Hefermehl* (Fn. 7), § 138 Rn. 82.

⁵⁴ *Brecht-Heitzmann*, EzA § 138 BGB 2002 Nr. 5, 10 (23); *Sack*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 138 Rn. 194; *Krause* (Fn. 18), § 54 Rn. 88.

⁵⁵ *Damm*, JZ 1986, 913 (918); vgl. auch *Hefermehl* (Fn. 7), § 138 Rn. 86.

⁵⁶ BGHZ 98, 174 (178); 146, 298 (302 f.); BGH NJW 2002, 55 (56); BAGE 130, 338 (345); zustimmend *Lakies* (Fn. 6), Anhang 1 zu § 5 Rn. 39; zu Recht kritisch *Flume*, ZIP 2001, 1621 (1622); vgl. auch *Hefermehl* (Fn. 7), § 138 Rn. 39, der zutreffend feststellt, dass das subjektive Vorwurfs-element damit letzten Endes fingiert wird.

⁵⁷ Vgl. nur *Armbrüster* (Fn. 9), § 138 Rn. 117, 129; *Bork*, JZ 2001, 1138 f.

⁵⁸ *Haußmann*, in: Mugdan I, 1018.

⁵⁹ Vgl. *Sturm*, JZ 1977, 84 (86, allerdings zu § 138 Abs. 2 BGB); für eine extensive Auslegung dagegen *Peter*, AuR 1999, 289 (290).

⁶⁰ Vgl. RGZ 64, 181 (182); BGHZ 80, 153 (156); *Säcker* (Fn. 3), Einl. BGB Rn. 32; *Canaris*, ZIP 1980, 709 (716 f.); *Franke* (Fn. 6), S. 155; *Oertmann*, DJZ 1913, 254.

⁶¹ Vgl. schon *Oertmann*, DJZ 1913, 254.

⁶² Vgl. BT-Drs. 7/3441, S. 40 ff.

⁶³ *Sack* (Fn. 54), § 138 Rn. 174; vgl. auch *Pananis*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 291 Rn. 5.

⁶⁴ *Jauernig* (Fn. 44), § 138 Rn. 19; vgl. auch *Wendtland* (Fn. 21), § 138 Rn. 42. Zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen siehe *Pananis* (Fn. 63), § 291 Rn. 6 ff.; *Heine* (Fn. 51), § 291 Rn. 3 ff.

ven und präventiven Charakter dazu bei, schon den Abschluss von Wuchergeschäften zu verhindern.⁶⁵ Über § 134 BGB wirkt dieser Strafrechtstatbestand als Verbotsgesetz auch in das Zivilrecht hinein und tritt dort neben § 138 BGB.

VI. Fazit und Ausblick

Die Entsubjektivierung des Wuchertatbestands führt zu einer gesetzesfremden Ausuferung der Annahme von sittenwidrigen Geschäften und ist daher abzulehnen. Die Festlegung der Rechtsprechung auf die $\frac{2}{3}$ -Grenze zur Bestimmung des auffälligen Missverhältnisses begegnet im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip schwerwiegenden Bedenken. Zumindest der letztgenannten Problematik ist sich auch die Politik bewusst, was sich nicht zuletzt im aktuellen Koalitionsvertrag zeigt: Darin haben CDU, CSU und FDP vereinbart, „die Rechtsprechung zum Verbot sittenwidriger Löhne“ gesetzlich festzuschreiben.⁶⁶ Sollte damit die $\frac{2}{3}$ -Grenze gemeint sein,⁶⁷ so ist zwar – bei allem Zweifel an der Begründbarkeit einer derart gegriffenen Größe – zu begrüßen, dass diese zumindest durch den Gesetzgeber und damit die Staatsgewalt festgelegt wird, die im verfassungsrechtlich verankerten System der Gewaltenteilung für solche Entscheidungen tatsächlich zuständig ist.

Es darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass die Festlegung einer solchen Grenze auch erhebliche Missbrauchsgefahren birgt: Während die Arbeitgeber bisher nie sicher sein konnten, wann ein den Tariflohn unterschreitender Lohn als sittenwidrig erachtet würde und es daher nicht wagten, erheblich von den Tariflöhnen abzuweichen, wird es nun wohl nicht mehr lange dauern, bis immer mehr Arbeitgeber aus der Tarifbindung fliehen, um dann flächendeckend Arbeitsverträge mit einem Lohn von exakt $\frac{2}{3}$ des einschlägigen Tariflohns anbieten zu können. Die Reaktion der Gewerkschaften wird dementsprechend wohl darin bestehen, ihre Forderungen bei den Tarifverhandlungen zu erhöhen, um den $\frac{1}{3}$ -„Puffer“ nach unten zu schaffen.

Solche Verwerfungen können nur dadurch verhindert werden, dass kollektivrechtliche und individualrechtliche Ebene strikt getrennt werden: Bewegen sich die Marktlöhne auf niedrigstem Niveau, müssen die Sozialpartner Abhilfe schaffen. Sind diese – aus welchen Gründen auch immer – dazu nicht in der Lage, kann der Staat schon heute über die Regelungen des AEntG, MiArbG und TVG unterstützend eingreifen und damit strukturell begründete Missstände beseitigen. Die Sittenwidrigkeitskontrolle kann dagegen strukturelle Probleme nicht beseitigen; sie bleibt auf eine negative Einzelfallkontrolle beschränkt. Ob dieses Regelungsgefüge auch in Zukunft beibehalten wird oder mangels Effektivität

zu verändern ist, wird laut Koalitionsvertrag bis Ende des Jahres entschieden. Zumindest bis dahin ist für eine freie richterliche Rechtsschöpfung zur Lösung der Mindestlohnproblematik⁶⁸ kein Raum.

⁶⁵ Heine (Fn. 51), § 291 Rn. 2; Franke (Fn. 6), S. 82 f.

⁶⁶ Koalitionsvertrag, 17. Legislaturperiode, 3.1., 13: <http://www.spiegel.de/media/0,4906,21958,00.pdf> (30.7.2011).

⁶⁷ So die übereinstimmenden Medienberichte, vgl. nur: <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/31/31394/1.html> (30.7.2011); <http://www.lohn-info.de/mindestlohn.html> (30.7.2011); <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,655275,00.html> (30.7.2011).

⁶⁸ So etwa das ArbG Reutlingen AiB 1996, 499, das schon de lege lata eine Angemessenheitskontrolle von Vergütungsabreden gem. §§ 138, 242 BGB durchführen will; in diese Richtung auch Peter, AuR 1999, 289 (294).