



# ÖGER Research Paper Series

**Nr. 3/2019**

„Gesetzlicher und tariflicher Mindestlohn im Lichte der Art.  
8 und 9 Rom I – VO unter Berücksichtigung der  
Binnenmarktfreiheit“

verfasst von  
Simon Alexander Miller

Wien, 2019

**Inhaltsverzeichnis**

Inhaltsverzeichnis .....	II
Literaturverzeichnis .....	VI
Sonstige Quellen .....	XIX
Abkürzungsverzeichnis .....	XX

A. Einleitung .....	2
B. Rechtsrahmen.....	6
I. Das Internationale Privatrecht der Rom I – VO.....	6
1. Internationales Privat- und Arbeitsrecht.....	6
2. Die Rom I – VO .....	7
II. Primärrecht der Europäischen Union.....	9
1. Kompetenzen der Europäischen Union.....	9
2. Versteckte Kollisionsnormen.....	10
3. Primärrecht als Maßstab der Rom I – VO .....	10
4. Primärrecht als Maßstab nationaler Mindestlöhne .....	11
III. Weiteres Sekundärrecht abseits der Rom I – VO .....	12
1. Entsenderichtlinie .....	12
2. Zukünftiges Sekundärrecht.....	13
IV. Nationales Recht.....	13
1. Nationaler Mindestlohn .....	13
2. Nationales Kollisionsrecht.....	13
V. Völkerrecht.....	14
1. Kollisionsnormen in Staatsverträgen.....	14
2. ILO – Abkommen .....	15
3. Europäische Sozialcharta (ESC).....	15
C. Erwägungen rund um den Mindestlohn.....	17
I. Rechtliche Erwägungen .....	17
1. Tarifautonomie.....	17
2. Berufsfreiheit und Unternehmensfreiheit .....	19
3. Sozialversicherungsrechtliche und sozialstaatliche Erwägungen .....	20
4. Menschenwürde als Aspekte des Mindestlohns .....	20
II. Ökonomische Erwägungen .....	22
1. Neoklassische Arbeitsmarkttheorie .....	22
2. Kaufkrafttheorie .....	23
3. Empirische Beschäftigungseffekte des Mindestlohns und normative Reflexion der Untersuchungsergebnisse .....	23
D. Gesetzlicher Mindestlohn im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO .....	25
I. Charakteristika und europäischer Regelungsstand.....	25
II. Gesetzlicher Mindestlohn im Lichte des Art. 8 Rom I – VO .....	26
1. Regelungsgehalt und Normzweck des Art. 8 Rom I – VO.....	26
2. Anwendungsbereich des Art. 8 Rom I – VO .....	28
a. Persönlicher Anwendungsbereich.....	28
b. Sachlicher Anwendungsbereich.....	28

c. Räumlicher Anwendungsbereich .....	29
d. Zeitlicher Anwendungsbereich .....	29
3. Verhältnis zu Art. 3 Abs. 1, 5, 6, 7 Rom I – VO .....	31
4. Rechtsfolgen und Umfang des Vertragsstatuts .....	32
5. Wechselwirkungen von Parteiautonomie und nationalen gesetzlichen Mindestlohnvorschriften.....	33
a. Legitimation und Nutzen der Rechtswahlfreiheit.....	33
b. Ausgestaltungsmöglichkeiten und Motivationsgründe der Rechtswahl.....	35
aa. Rechtswahl durch die Arbeitsvertragsparteien.....	36
bb. Rechtswahl durch Tarifvertrag .....	38
cc. Der gesetzliche Mindestlohn als Motivation für eine Rechtswahl .....	38
c. Gesetzlicher Mindestlohn als Schranke der Rechtswahl.....	41
aa. Die Relativierung der Parteiautonomie zur Sicherung der Parteiautonomie	41
bb. Das Günstigkeitsprinzip .....	43
(1) Gesetzliche Mindestlöhne als unabdingbare Bestimmungen .....	43
(2) Durchführung des Günstigkeitsprinzips .....	45
(3) Der gesetzliche Mindestlohn im Sachgruppenvergleich.....	47
(4) Kollisionsrechtliche Rechtsfolge .....	49
cc. Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I – VO .....	49
dd. Art. 9 und 21 Rom I – VO .....	51
ee. Gesetzesumgehung (fragus legis) .....	51
6. Geltung gesetzlicher Mindestlöhne aufgrund objektiver Anknüpfung .....	52
III. Gesetzlicher Mindestlohn im Lichte des Art. 9 Rom I – VO .....	53
1. Regelungsgehalt, dogmatische Qualifikation und Normzweck des Art. 9 Rom I – VO .....	53
2. Abgrenzung zu den Art. 3 Abs. 3, 8 Abs. 1 S. 2, 21 Rom I – VO .....	56
a. Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO .....	56
b. Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO.....	57
c. Art. 21 Rom I – VO .....	57
d. Entsenderichtlinie .....	58
3. Rechtsfolgen.....	59
4. Gesetzlicher Mindestlohn als Eingriffsnorm.....	60
a. Zwingender Charakter .....	60
b. Internationaler Geltungswille .....	60
c. Staatspolitischer Zweck.....	61
IV. Zwischenergebnis: gesetzlicher Mindestlohn im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO .....	63
E. Tariflicher Mindestlohn im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO .....	65

I. Charakteristika und europäischer Regelungsstand.....	65
II. Geltung des IPR und der Rom I – VO .....	66
III. Tariflicher Mindestlohn im Lichte des Art. 8 Rom I – VO .....	67
1. Internationale Reichweite von Tarifverträgen .....	68
2. Tarifliche Mindestlöhne als zwingende Bestimmungen.....	69
3. Wahl eines Tarifvertrags .....	70
IV. Tariflicher Mindestlohn im Lichte des Art. 9 Rom I – VO.....	71
1. Kollektivverträge als Eingriffsnormen .....	72
2. Rechtfertigung der Divergenz gesetzlicher und tariflicher Mindestlöhne im Lichte des Art. 9 Rom I – VO.....	73
V. Zwischenergebnis: tariflicher Mindestlohn im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO	74
F. Binnenmarktrelevanz.....	76
I. Binnenmarktrelevanz des Mindestlohns im Lichte des Art. 8 Rom I – VO .....	76
1. Rechtswahlfreiheit und ihre Einschränkung.....	77
2. Anwendung des berufenen Sachrechts .....	78
II. Binnenmarktrelevanz des Mindestlohns im Lichte des Art. 9 Rom I – VO .....	80
1. Art. 9 Rom I – VO in der Normenhierarchie.....	80
2. Anwendung von Eingriffsnormen .....	81
III. Auslegungskompetenz.....	81
1. Auslegungskompetenz für Art. 8 Rom I – VO .....	81
2. Auslegungskompetenz für Art. 9 Rom I – VO .....	82
IV. Zwischenergebnis .....	83
G. Gesamtergebnis .....	84

---

**Literaturverzeichnis**

- Alemann, Ulrich von  
Heidbreder, Eva G.  
Hummerl, Hartwig  
Dreyer, Domenica  
Gödde, Anne
- Ein soziales Europa ist möglich  
1. Auflage, Wiesbaden 2015  
zit.: Autor in: Ein soziales Europa ist möglich
- Arndt, Hans-Wolfgang  
Fischer, Kristian  
Fetzer, Thomas
- Europarecht  
11. Auflage, Heidelberg 2015  
zit.: Arndt / Fischer / Fetzer, Europarecht
- Baer, Susanne
- Das Soziale und die Grundrechte  
NZS 2014, S. 1 – 5  
zit.: Baer, NZS 2014
- Bamberger, Heinz Georg  
Roth, Herbert
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
51. Edition, München 2019  
Zit.: BeckOK-BGB / Bearbeiter
- Bar, Christian von  
Mankowski, Peter
- Internationales Privatrecht  
Band 1: Allgemeine Lehren  
2. Auflage, München 2003  
zit.: von Bar / Mankowski
- Basedow, Jürgen
- Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis  
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 59 (1995), S. 1 – 55  
zit.: Basedow, RabelsZ 59 (1995)
- Basedow, Jürgen
- Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts  
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 75 (2011), S. 32 – 59  
zit.: Basedow, RabelsZ 75 (2011)
- Bayreuther, Frank
- Der gesetzliche Mindestlohn  
NZA 2014, S. 865 – 873  
zit.: Bayreuther, NZA 2014
- Birk, Rolf
- Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht  
RdA 1989, S. 201 – 207  
zit.: Birk, RdA 1989

Miller, Mindestlohn

Britz, Gabriele  
Volkman, Uwe

Tarifautonomie in Deutschland und Europa  
1. Auflage, Tübingen 2003  
zit.: Britz / Volkman, Tarifautonomie in Deutschland  
und Europa

Brors, Christiane

Europäische Rahmenbedingungen für den neuen  
Mindestlohn und seine Ausnahmen  
NZA 2014, S. 938 – 942  
zit.: Brors, NZA 2014

Bruns, Alexander

Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung  
1. Auflage, Tübingen 2003  
zit.: Bruns

Callsen, Raphaël

Verdrängung fremden Arbeitsrechts bei Auslandsarbeit  
durch das Ortsrecht am Beispiel Frankreichs – Mit  
Ausblicken nach Spanien und Italien  
EuZA 2012, S. 154 – 167  
zit.: Callsen, EuZA 2012

Carillo Pozo, Luis Francisco

La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento  
Roma I  
Revista española de derecho del trabajo 2011, S. 1023 –  
1068  
zit.: Carillo Pozo, REDT 2011

Dabosville, Benjamin

Le salaire minimum légal, la convention collective et le  
juge: comparaison franco-allemande  
Revue de droit du travail 2018, S. 77 - 90  
zit.: Dabosville, Revue de droit du travail 2018

Dauses, Manfred A.  
Ludwigs, Markus

Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts  
43. Ergänzungslieferung, Oktober 2017  
zit.: Bearbeiter in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts

Deinert, Olaf

Arbeitnehmerentsendung im Rahmen der Erbringung  
von Dienstleistungen innerhalb der Europäischen Union  
RdA 1996, S. 339 – 352  
zit.: Deinert, RdA 1996

Deinert, Olaf

Internationales Arbeitsrecht  
1. Auflage, Tübingen 2013  
zit.: Deinert, Internationales Arbeitsrecht

*Miller, Mindestlohn*

- Deinert, Olaf  
Neues Internationales Arbeitsrecht  
RdA 2009, S. 144 – 154  
zit.: Deinert, RdA 2009
- Eichenhofer, Eberhard  
Auslandsarbeit – Anknüpfung im Internationalen  
Arbeitsrecht und im Internationalen Sozialrecht  
EuZA 2012, S. 140 – 153  
zit.: Eichenhofer, EuZA 2012
- Eyraud, François  
Saget, Catherine  
The fundamentals of minimum wage fixing  
ILO Publications 2005  
zit.: Eyraud / Saget, The fundamentals of minimum  
wage fixing
- Ferrari, Franco  
Kieninger, Eva-Maria  
Mankowski, Peter  
u.a.  
Internationales Vertragsrecht Kommentar  
3. Auflage, München 2018  
zit.: Ferrari IntVertragsrecht / Bearbeiter
- Frenz, Walter  
Europarecht  
2. Auflage, Berlin / Heidelberg 2016  
zit.: Frenz, Europarecht
- Frenz, Walter  
Handbuch Europarecht  
Band 4: Europäische Grundrechte  
1. Auflage, Berlin / Heidelberg 2009  
zit.: Frenz, Handbuch Europarecht (Europäische  
Grundrechte)
- Frohwerk, Arno  
Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR  
1. Auflage, Tübingen 2012  
zit.: Frohwerk, Soziale Not in der Rechtsprechung des  
EGMR
- Gamillscheg, Franz  
Intereuropäisches Arbeitsrecht: Zu zwei Vorschlägen der  
EWG zum Internationalen Arbeitsrecht  
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales  
Privatrecht 37 (1973), S. 284 – 316  
zit.: Gamillscheg, RabelsZ 37 (1973)
- Gamillscheg, Franz  
Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht)  
1. Auflage, Tübingen 1959  
zit.: Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht



*Miller, Mindestlohn*

- Gamillscheg, Franz                      Kollektives Arbeitsrecht  
Band 1  
1. Auflage, München 1997  
zit.: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I
- Gamillscheg, Franz                      Neue Entwicklungen im englischen und europäischen  
internationalen Arbeitsrecht  
Recht der Internationalen Wirtschaft 1979, S. 225 – 239  
zit.: Gamillscheg, RIW 1979
- Geiger, Rudolf                            Grundgesetz und Völkerrecht  
4. Auflage, München 2009  
zit.: Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht
- Göcksu, Tarkan                            Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des  
Persönlichkeitsschutzes  
SJZ 2002, S. 89 – 101  
zit.: Göcksu, SJZ 2002
- Golnau, Wiesław                          Znaczenie płacy minimalnej dla funkcjonowania rynku  
pracy  
1. Auflage, Danzig 2007  
zit.: Golnau
- Gsell, Beate  
Krüger, Wolfgang  
Lorenz, Stephan  
Reymann, Christoph                      Beck-Online Großkommentar  
Stand 01.04.2107  
zit.: BeckOK Großkommentar / Bearbeiter
- Guckelberger, Annette                    Die Drittwirkung der Grundrechte  
Jus 2003, S. 1151 – 1157  
zit.: Guckelberger, JuS 2003
- Hartmann, Christian                      Gleichbehandlung und Tarifautonomie  
Schriften zu, Sozial- und Arbeitsrecht, Band 133  
zit.: Hartmann, Gleichbehandlung und Tarifautonomie
- Herberger, Maximilian  
Martinek, Michael  
Rüßmann, Herlmut  
Weth, Stephan                            Juris PraxisKommentar BGB  
Band 6: Internationales Privatrecht  
8. Auflage, Saarbrücken 2017  
zit.: jurisPK / Bearbeiter
- Herdegen, Matthias                      Europarecht  
18. Auflage, München 2016  
zit.: Herdegen, Europarecht

Miller, Mindestlohn

Herdegen, Matthias

Internationales Wirtschaftsrecht  
11. Auflage, München 2017  
zit.: Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht

Hermes, Georg

Grundrechtsschutz durch Private auf neuer Grundlage? -  
Das BVerfG zur Schutzpflicht und mittelbaren  
Drittwirkung der Berufsfreiheit  
NJW 1990, S. 1764 – 1768  
zit.: Hermes, NJW 1990

Jayme, Erik  
Kegel, Gerhard  
Lutter, Marcus

Ius Inter Nationes  
Festschrift für Stefan Riesenfeld, 1983  
zit.: Autor, FS Riesenfeld

Junker, Abbo

„Lohndumping“ und Internationales Privatrecht  
IPRax 2007, S. 469 – 473  
zit.: Junker, IPRax 2007

Junker, Abbo

Grundkurs Arbeitsrecht  
18. Auflage, München 2019  
zit.: Junker, Grundkurs Arbeitsrecht

Junker, Abbo

Internationales Arbeitsrecht im Konzern  
1. Auflage, Tübingen 1992  
zit.: Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern

Junker, Abbo

Internationales Arbeitsrecht in der geplanten Rom I –  
Verordnung  
Recht der Internationalen Wirtschaft 2006, S. 401 – 408  
zit.: Junker, RIW 2006

Junker, Abbo

Internationales Privatrecht  
2. Auflage, München 2017  
zit.: Junker, IPR

Kainer, Friedmann

Mindestlohnregelungen im Lichte der europäischen  
Grundfreiheiten  
NZA 2016, S. 394 – 400  
zit.: Kainer, NZA 2016

Kegel, Gerhard  
Lüderitz, Alexander  
Schröder, Jochen

Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im  
Ausgang des 20. Jahrhunderts – Bewahrung oder  
Wende?  
Festschrift für Gerhard Kegel, 1977  
zit.: Auto, FS Kegel

Miller, Mindestlohn

- Kegel, Gerhard  
Schurig, Klaus  
Internationales Privatrecht  
9. Auflage, München 2004  
zit.: Kegel / Schurig, IPR
- Kiel, Heinrich  
Lunk, Stefan  
Oetker, Hartmut  
Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht  
Band 1 Individualarbeitsrecht I  
4. Auflage, München 2018  
zit.: Bearbeiter in: Münchener Handbuch zum  
Arbeitsrecht (2018)
- Kilian, Wolfgang  
Wendt, Domenik Henning  
Europäisches Wirtschaftsrecht  
6. Auflage, Baden-Baden 2017  
zit.: Kilian / Wendt, Europäisches Wirtschaftsrecht
- Knabe, Andreas  
Schöb, Ronnie  
Thum, Marcel  
Der flächendeckende Mindestlohn  
Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2014, S. 133 – 157  
zit.: Knabe / Schöb / Thum, Perspektiven der  
Wirtschaftspolitik 2014
- Koch, Harald  
Magnus, Ulrich  
Winkler von Mohrenfels, Peter  
IPR und Rechtsvergleichung  
4. Auflage, München 2010  
zit.: Koch / Magnus / Winkler von Mohrenfels
- Kocher, Eva  
Mindestlöhne und Tarifautonomie – Festlegung  
allgemeiner Mindestentgelte durch Verbindlicherklärung  
nach AEntG?  
NZA 2007, S. 600 – 604  
zit.: Kocher, NZA 2007
- Körner, Martina  
Mindestlohnansforderungen im internationalen  
Arbeitsrecht  
NZA 2011, S. 425 – 430  
zit.: Körner, NZA 2011
- Kort, Michael  
Die Bedeutung der europäischen Grundfreiheiten für die  
Arbeitnehmerentsendung und die  
Arbeitnehmerüberlassung  
NZA 2002, S. 1248 – 1254  
zit.: Kort, NZA 2002
- Koziol, Helmut  
Bydlinski, Peter  
Bollenberger, Raimund  
ABGB Kurzkommentar  
4. Auflage, Wien 2014  
zit.: Autor in: KBB

Miller, Mindestlohn

- Kraushaar, Bernhard Die Auslandsberührung des deutschen Arbeitsrechts  
Betriebs Berater 1989, 2121 – 2124  
zit.: Kraushaar, BB 1989
- Kronke, Herbert Europäische Vereinheitlichung des  
Arbeitskollisionsrechts als Wirtschafts- und  
Sozialpolitik  
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales  
Privatrecht 45 (1981), S. 301 – 316  
zit.: Kronke, RabelsZ 45 (1981)
- Kronke, Herbert Festschrift für Erik Jayme  
Mansel, Heinz – Peter München 2004  
Pfeiffer, Thomas zit.: Autor, FS Jayme
- Kropholler, Jan Internationales Privatrecht, einschließlich der  
Grundbegriffe des Internationalen Verfahrensrechts  
6. Auflage, Tübingen 2006  
zit.: Kropholler, IPR
- Kube, Hanno Leitgedanken des Rechts  
Mellinghoff, Rudolf Festschrift für Paul Kirchhof  
Morgenthaler, Gerd Band 1  
Palm, Ulrich Heidelberg 2013  
Puhl, Thomas zit.: Autor in: Leitgedanken des Rechts  
Seiler, Christian
- Lehmann, Friedrich–Wilhelm EuGH zu Abgrenzung von Tarifautonomie und  
Europarecht  
Betriebs Berater 2012, S. 117 – 124  
zit.: Lehmann, BB 2012
- Leible, Stefan Wege zu einem Europäischen Privatrecht  
1. Auflage, Bayreuth 2001  
zit.: Leible, Wege zu einem Europäischen Privatrecht
- Leible, Stefan Die Verordnung über das auf vertragliche Schuld-  
Lehmann, Matthias verhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“)  
Recht der Internationalen Wirtschaft 2008, 528 – 544  
zit.: Leible / Lehmann, RIW 2008
- Lembke, Mark Das Mindestlohngesetz und seine Auswirkungen auf die  
arbeitsrechtliche Praxis  
NZA 2015, S. 70 – 78  
zit.: Lembke, NZA 2015

*Miller*, Mindestlohn

- Linke, Tobias  
Die Menschenwürde im Überblick:  
Konstitutionsprinzip, Grundrecht, Schutzpflicht  
JuS 2016, S. 888 – 893  
zit.: Linke, Jus 2016
- Lorenz, Egon  
Die Rechtswahlfreiheit im internationalen  
Schuldvertragsrecht – Grundsatz und Grenzen  
Recht der Internationalen Wirtschaft 1987, S. 569 – 584  
zit.: Lorenz, RIW 1987
- Lübker, Malte,  
Schulten, Thorsten  
Preisentwicklung dämpft reale Lohnzuwächse  
WSI – Mindestlohnbericht 2018  
zit.: Lübker / Schulten, WSI-Mindestlohnbericht 2018
- Lyon – Caen, Gérard  
Lyon – Caen, Antoine  
Droit social international et européen  
8. Auflage, Paris 1993  
zit.: Lyon-Caen / Lyon-Caen
- Mankowski, Peter  
Die Unionsrechtskonformität des Mindestlohngesetzes –  
unter besonderer Berücksichtigung des  
grenzüberschreitenden Straßenverkehrs  
RdA 2017, S. 273 – 287  
zit.: Mankowski, RdA 2017
- Martiny, Dieter  
Neuanfang im Europäischen Internationalen  
Vertragsrecht mit der Rom I–Verordnung  
ZEuP 2010, S. 747 – 782  
zit.: Martiny, ZEuP 2010
- Maultzsch, Felix  
Rechtswahl und ius cogens im Internationalen  
Schuldvertragsrecht  
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales  
Privatrecht 75 (2011), S. 60 – 101  
zit.: Maultzsch, RabelsZ 75 (2011)
- Maunz, Theodor  
Dürig, Günter  
Grundgesetz–Kommentar  
87. Auflage, München 2019  
zit.: Autor in: Manz / Dürig
- Mayr, Klaus  
Arbeitsrecht – Kommentar  
Loseblattsammlung, Stand 1.2.2016  
zit.: Mayr / Autor
- Moll, Wilhelm  
Entgeltumwandlung und Tarifentgelt  
RdA 2016, S. 97 – 101  
zit.: Moll, RdA 2016

*Miller*, Mindestlohn

- Müller-Glöge, Rudi  
Preis, Ulrich  
Schmidt, Ingrid  
Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht  
19. Auflage, München 2019  
zit.: ErfK / Bearbeiter
- Palandt, Otto  
Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar  
65. Auflage, München 2006  
zit.: Palandt / Bearbeiter, 65. Auflage
- Palandt, Otto  
Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar  
77. Auflage, München 2018  
zit.: Palandt / Bearbeiter
- Pfeiffer, Thomas  
Neues Internationales Vertragsrecht – Zur Rom I –  
Verordnung  
EuZW 2008, S. 622 – 629  
zit.: Pfeiffer, EuZW 2008
- Picker, Christian  
Niedriglohn und Mindestlohn  
RdA 2014, S. 25 – 26  
zit.: Picker, RdA 2014
- Rauscher, Thomas  
Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht:  
EuZPR / EuIPR; Kommentar  
Band III: Rom I-VO, Rom II-VO  
3. Auflage, München 2011  
zit.: EuIPR / Bearbeiter
- Rauscher, Thomas  
Internationales Privatrecht  
3. Auflage, Heidelberg 2009  
zit.: Rauscher, IPR
- Rauscher, Thomas  
Pabst, Steffen  
Die Rechtsprechung zum Internationalen Privatrecht  
2007–2008  
NJW 2008, S. 3477 – 3482  
zit.: Rauscher / Pabst, NJW 2008
- Rebhahn, Robert  
Entsendung von Arbeitnehmern in der EU –  
arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht  
DRdA 1999, S. 173 – 186  
zit.: Rebhahn, DRdA 1999
- Rhein, Thomas  
Mindestlohn, Mindestsicherung und  
Mindesteinkommen in wirtschaftswissenschaftlicher  
Perspektive  
NZA–Beil. 2009, S. 91 – 96  
zit.: Rhein, NZA-Beil. 2009

Miller, Mindestlohn

- Richardi, Reinhard  
Wlotzke, Otfried  
Wißmannm Hellmut  
Oetker, Hartmut  
Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht  
Band 1 Individualarbeitsrecht  
3. Auflage, München 2009  
zit.: Bearbeiter in: Münchener Handbuch zum  
Arbeitsrecht
- Rieble, Volker  
Tariftreue vor dem BVerfG  
NZA 2007, S. 1 – 4  
zit.: Rieble, NZA 2007
- Rieble, Volker  
Junker, Abbo  
Giesen, Richard  
Mindestlohn als politische und rechtliche  
Herausforderung  
ZAAR Schriftenreihe Band 23, München 2011  
zit.: Autor, Titel, in: Rieble / Junker / Giesen (Hrsg.)
- Riesenhuber, Karl  
Europäisches Arbeitsrecht  
1. Auflage, Heidelberg 2009  
zit.: Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht
- Robin, Sophie  
*L'application du droit social français aux entreprises  
prestataires de services étrangères*  
Droit Social 1994, S. 127 - 136  
zit.: Robin, Dr. Soc. 1994
- Rolfs, Christian  
Giesen, Richard  
Kreikebohm, Ralf  
Udsching, Peter  
Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht  
53. Edition, München 2019  
zit.: BeckOK Arbeitsrecht / Bearbeiter
- Runggaldier, Ulrich  
Herausforderungen der Tarifautonomie – Das Beispiel  
Österreich  
ZIAS 1997, S. 1 – 29  
zit.: Runggaldier, ZIAS 1997
- Säcker, Jürgen  
Rixecker, Roland  
Oetker, Hartmut  
Limperg, Bettina  
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band 12 Internationales Privatrecht II  
7. Auflage, München 2018  
zit.: MüKo / Bearbeiter
- Savigny, Friedrich Carl von  
System des heutigen Römischen Rechts,  
Band 8  
1. Auflage, Berlin 1849  
zit.: Savigny, System des heutigen Römischen Rechts





Miller, Mindestlohn

- Stöhr, Alexander                      Vertragsbedingungen und Vertragsanpassung im  
Arbeitsrecht (unter besonderer Berücksichtigung des  
allgemeinen Teilzeitanspruchs)  
ZfA 2015, S. 167 – 197  
zit.: Stöhr, ZfA 2015
- Stoll, André                              Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht,  
Dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts  
1. Auflage, Frankfurt 2002  
zit.: Stoll, Eingriffsnormen im IPR
- Streinz, Rudolf                          Europarecht  
10. Auflage, Heidelberg 2016  
zit.: Streinz, Europarecht
- Taupitz, Jochen                        Das internationale Produkthaftungsrecht im Zugriff der  
europäischen Warenverkehrsfreiheit: Abschied vom  
favor laesi?  
ZEuP 1997, S. 986 – 1009  
zit.: Taupitz, ZEuP 1997
- Thomandl, Theodor                    Warum wir keinen Mindestlohn brauchen  
ZAS 2013, S. 293 – 293  
zit.: Thomandl, ZAS 2013
- Thüsing, Gregor                        Die Drittwirkung der Grundrechte im Verfassungsrecht  
der Vereinigten Staaten  
ZVglRWiss 1999, S. 69 – 85  
zit.: Thüsing, ZVglRWiss 99
- Thüsing, Gregor                        Rechtsfragen grenzüberschreitender Arbeitsverhältnisse  
– Grundlagen und Neuigkeiten im Internationalen  
Arbeitsrecht  
NZA 2003, 1303 – 1312  
zit.: Thüsing, NZA 2003
- Tobarra, Sebastián                    El polémico salario mínimo  
Revista mensual de pensamiento y cultura, 2017, S. 30 –  
30  
zit.: Tobarra, RPC 2017
- Tschöpe, Ulrich                        Arbeitsrecht Handbuch  
10. Auflage, Köln 2017  
zit.: Bearbeiter in: Arbeitsrecht Handbuch

*Miller, Mindestlohn*

Voßkuhle, Andreas  
Wischmeyer, Thomas

Grundwissen – Öffentliches Recht: Das  
Sozialstaatsprinzip  
JuS 2015, S. 693 – 695  
zit.: Voßkuhle / Wischmeyer, Jus 2015

Wagner, Rolf

Der Grundsatz der Rechtswahl und des mangels  
Rechtswahl anwendbaren Recht (Rom I–Verordnung) –  
Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den  
Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I–Verordnung  
IPRax 2008, S. 377 – 386  
zit.: Wagner, IPRax 2008

Wank, Rolf

Der Mindestlohn  
RdA 2015, S. 88 – 94  
zit.: Wank, RdA 2015

Wetscherek, Ewald

Der Stellenwert der sozialen Sicherheit im Zeitalter der  
Globalisierung  
SozSi 2007, S. 5 – 8  
zit.: Wetscherek, SozSi 2007

Willemsen, Heinz Josef  
Sagan, Adam

Mindestlohn und Grundgesetz – Staatliche  
Lohnfestsetzung versus Tarifautonomie  
NZA 2008, S. 1216 – 1222  
zit.: Willemsen / Sagan

Wilmowsky, Peter von

EG–Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit  
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales  
Privatrecht 62 (1998), S. 1 – 37  
zit.: v. Wilmowsky, RabelsZ 62 (1998)

**Sonstige Quellen**

- |   |  |
|---|--|
| Arpaia, Alfonso<br>Cardoso, Pedro<br>Kiss, Aron<br>Van Herck, Kristine<br>Vandeplas, Anneleen | Statutory Minimum Wages in the EU: Institutional Settings and Macroeconomic Implications<br>Policy Paper No, 124 (2017), Institute of Labor Economics<br>zit.: IZA, Statutory Minimum Wages in the EU  |
| EU-Kommission   | Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen<br>zit.: EU-Kommission, Vorschlag zur Richtlinienänderung |
| ILO   | Minimum wages: Wage fixing machinery, application and supervision<br>General Survey Minimum Wages, 1992<br>zit.: ILO, General Survey Minimum Wages   |
| Ragacs, Christian   | Mindestlöhne und Beschäftigung: Ein Überblick über die neuere empirische Literatur<br>Working Papers No. 25 (2013), Wirtschaftsuniversität Wien<br>zit.: Ragacs, Mindestlöhne und Beschäftigung  |

**Abkürzungsverzeichnis**

a.A.	andere(r) Ansicht
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)
BB	Betriebs-Berater
Begr.	Begründung
BgBl	Bundesgesetzblatt
BReg.	Bundesregierung
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
bzw.	beziehungsweise
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
d.h.	das heißt
Dr. Soc.	Droit Social
DRdA	Das Recht der Arbeit
dt.	Deutsches
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErwGr.	Erwägungsgrund
ESC	Europäische Sozialcharta
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz (Deutschland)
ggf.	gegebenenfalls
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des / der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JuS	Juristische Schulung
Kap.	Kapitel
lit.	litera (Buchstabe)
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

NZA-Beil.	NZA-Beilage
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OK	Online-Kommentar
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
REDT	Revista española de derecho del trabajo
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RPC	Revista mensual de pensamiento y cultura
Rz.	Randziffer
S.	a) Satz b) Seite, -n
s.	siehe
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt, -e, -er, -es
SozSi	Soziale Sicherheit
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
v.	von
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZAS	<i>Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht</i>
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

ZIAS                      Zeitschrift für ausländischen und internationales Arbeits- und  
Sozialrecht

zit.                        zitiert

ZVglRWiss                Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

## A. Einleitung

Auf nationaler Ebene ist der Mindestlohn ein viel diskutiertes Thema<sup>1</sup>, nicht zuletzt, weil sich dabei äußerst gegensätzliche Positionen gegenüberstehen. So betonen seine Verfechter<sup>2</sup> gerne die Verbindung zur Menschenwürde<sup>3</sup> und sehen sich damit resistent gegenüber den Argumenten der Mindestlohngegner, welche ganze Volkswirtschaften durch einen Mindestlohn in Gefahr erachten<sup>4</sup>.

Die Diskussion und ihre Argumente enden jedoch zumeist an der Staatsgrenze. Dabei hat ein nationaler Mindestlohn grenzüberschreitende Auswirkungen. Sowohl rechtliche, ökonomische als auch gesellschaftspolitische Fragestellungen lassen den Mindestlohn nicht als einen auf einzelne Nationen beschränkten Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung zu, sondern erfordern eine fundierte Betrachtung ebenso im internationalen Kontext. Dies gilt umso mehr, als dass in zweifacher Weise die Bedeutung eines nationalen Mindestlohns im internationalen Rechts- und Geschäftsverkehr zunimmt: einerseits sind Arbeitsverhältnisse mit grenzüberschreitendem Element keine Seltenheit mehr<sup>5</sup>, andererseits gibt es in immer mehr Ländern einen (gesetzlichen oder tariflichen<sup>6</sup>) Mindestlohn. Die zunehmende Globalisierung und die Verwirklichung des Binnenmarktes innerhalb der Europäischen Union führen kontinuierlich dazu, dass Arbeitsverhältnisse mit grenzüberschreitendem Element zum Massenphänomen werden<sup>7</sup>. Das Internationale Privatrecht auf dem Gebiet des Arbeitsrechts<sup>8</sup> wird so stetig zu einer praktisch bedeutenden Rechtsmaterie.

---

1 In Deutschland etwa: *Wank*, RdA 2015, 88 (88ff.); in Österreich etwa: *Thomandl*, ZAS 2013, 293 (293); in Frankreich etwa: *Dabosville*, Revue de droit du travail 2018, 77ff; in Spanien etwa *Tobarra*, RPC 2017, 30 (30); in Polen etwa: *Golnau*, insb. S. 189ff.

2 Selbstverständlich umfasst die männliche Form auch die weibliche Form. Lediglich aus Gründen der Übersichtlichkeit wird zumeist nur eine Form verwendet, in Anlehnung an die gängigen Formulierungen in den Rechtsquellen die männliche Form.

3 *Sodan / Zimmermann*, NJW 2009, 2001 (2003); *Kocher*, NZA 2007, 600 (601); *Caspers*, Mindestlohn und Tarifautonomie, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), S. 147 (152); *Willemsen / Sagan*, NZA 2008, 1216 (1220).

4 „The minimum wage has caused more misery and unemployment than anything since the Great Depression“, *Ronald Reagan* (vgl. *William Serrin* in *Lawrence Journal-World*, 23.11.1980, S. 16A); *Stigler*, S. 60: „One evidence of professional integrity of the economist is the fact that it is not possible to enlist good economists to defend (...) the minimum wage laws“.

5 *Oetker* in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, § 11 Rn. 1.

6 Während in Deutschland von Tarifverträgen gesprochen wird (vgl. § 1 TVG), ist in Österreich von Kollektivverträgen die Rede (vgl. § 2 ArbVG); zur unterschiedlichen Terminologie *Junker*, IPRax 2007, 460 (469).

7 *Eichenhofer*, EuZA 2012, 140 (140); *Oetker* in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, § 11 Rn. 1.

8 Zu den verschiedenen Begriffen für das Internationale Arbeitsrecht: *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 1 Rn. 11ff.



Gleichzeitig führt die immer stärker werdende Verknüpfung von Arbeitsmärkten durch den Globalisierungsfortschritt und die europäische Integration zu abschottenden Maßnahmen vieler Staaten<sup>9</sup>. Denn die zunehmende Liberalisierung der Arbeitsmärkte wird als Ermöglichung und Förderung von Lohndumping angesehen<sup>10</sup>, indem das Rechts- und Sozialgefälle zwischen den Staaten bewusst ausgenutzt<sup>11</sup> und so die inländischen Standards untergraben werden<sup>12</sup>. Ein nationaler Mindestlohn kann angesichts seiner protektionistischen Nebenwirkung eine abschottende Maßnahme darstellen<sup>13</sup> und vermag so der Erosion sozialer Standards durch eine zunehmende Arbeitnehmermobilität entgegenzuwirken. Dieser Nebeneffekt kommt jedoch nur dann zum Tragen, wenn das Territorialitätsprinzip konsequent beachtet wird, d.h. ein Gemeinwesen auf Ortsansässige und auf Fremde stets nur sein eigenes Recht anwendet<sup>14</sup>. Damit verbunden wäre die Aufgabe der Parteiautonomie, einem Grundpfeiler des Internationalen Privatrechts<sup>15</sup>, sowie des Prinzips der engsten Verbindung<sup>16,17</sup>, welches der Verwirklichung von Gerechtigkeitserwägungen auf Ebene des Kollisionsrechts dient<sup>18</sup>. Besinnt man sich auf die Legitimation der Parteiautonomie, die als kollisionsrechtliches Pendant zur Privatautonomie Ausprägung des rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmungsrechts ist und damit in der Würde und Freiheit des Menschen begründet liegt<sup>19</sup>, ist es geradezu zwingend, auch im Internationalen Arbeitsrecht die Anwendung ausländisches Recht im Inland zu ermöglichen respektive im Ausland verwirklichte Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen<sup>20</sup>. Daher ist der Schutz sozialer Standards auf anderem Wege als durch protektionistische Maßnahmen unter Beseitigung der Parteiautonomie und dem Prinzip der engsten Rechtsverbindung zu erreichen.

Das moderne Internationale Privatrecht ist folglich gekennzeichnet durch das Vordringen der Rechtswahlfreiheit<sup>21</sup>, ergänzt durch den gleichzeitigen kollisionsrechtlichen Schutz des

---

9 Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 2 Rn. 6.

10 Brors, NZA 2014, 938 (938).

11 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 187; Bors, NZA 2014, 938 (938).

12 Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 2 Rn. 6.

13 Kainer, NZA 2016, 394 (396).

14 Junker, IPR, § 4 Rn. 1.

15 Pfeiffer, EuZW 2008, 622 (624); Junker, IPR, § 5 Rn. 17.

16 Junker, IPR, § 5 Rn. 5.

17 In Österreich wird auch der Begriff der stärksten Beziehung verwendet (§ 1 IPRG), in der Schweiz ist vom engsten Zusammenhang die Rede (z.B. Art. 117 I IPRG).

18 Junker, IPR, § 5 Rn. 5.

19 BeckOK Großkommentar / Wendland, Art. 3 Rom I – VO Rn. 20.

20 Straube in: Arbeitsrecht Handbuch, G. Rz. 5.

21 Junker, IPR, § 4 Rn. 40; MüKo / Martiny, Art. 3 Rom I – VO Rn. 1.

Schwächeren im Recht<sup>22</sup>. Diese zunehmende Verfeinerung der Kollisionsnormen<sup>23</sup> wird auch in der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABIEU Nr. L 177 vom 4.7.2008, S. 6 („Rom I – VO“) angestrebt, indem die Rechtswahl einen „der Ecksteine des Systems der Kollisionsnormen“<sup>24</sup> darstellt, flankiert durch den Schutz der schwächeren Partei<sup>25</sup>.

Gleichwohl lässt die Rom I – VO die Berücksichtigung nationaler, öffentlicher Interessen zu<sup>26</sup>. Die Vorbehaltsklausel in Art. 21 Rom I – VO dient der Abwehr fremden Rechts, welches in seinem Anwendungsergebnis mit wesentlichen Grundsätzen der lex fori unvereinbar ist (sog. *ordre public*)<sup>27</sup>. Diese Anknüpfungskorrektur stellt jedoch keine Durchbrechung des modernen Internationalen Privatrechts dar, sondern ist notwendige Bedingung seiner Liberalität: Ohne dieses „Überdruckventil“<sup>28</sup> wären ergebnisneutrale Verweisungen nicht tragbar<sup>29</sup>. Art. 9 der Rom I – VO hingegen will bestimmte, rechtspolitisch wichtige Postulate des Rechts des Forums und des Erfüllungsortes ohne Rücksicht auf das an sich geltende, fremde Recht durchsetzen (sog. „positiver“ *ordre public*)<sup>30</sup>. Im Rahmen des Art. 9 Rom I – VO weicht somit das für das moderne Internationale Privatrecht typische Denken aus der Perspektive des (anzuknüpfenden) Rechtsverhältnisses einem Denken aus der Perspektive des Regelungsziels der anzuwendenden Sachnorm<sup>31</sup>. Der Mindestlohn kann im Lichte der Rom I – VO somit als Ausdruck besonderer wirtschafts- und sozialpolitischer Wertvorstellungen die Anwendung des Vertragsstatuts durchbrechen, doch ist eine protektionistische Offensive eines Mitgliedsstaates, die einer rationalen Rechtfertigung entbehrt, durch die Missbrauchskontrolle<sup>32</sup> des EuGH verhindert.

Andererseits ist der Mindestlohn auch auf der Ebene zwischen Privatrechtssubjekten von Bedeutung. So kann er Beweggrund für eine Rechtswahl sein und diese gleichzeitig begrenzen, indem zwingender Arbeitnehmerschutz die Disposition der Vertragsparteien eindämmt. Dabei ist nicht vorschnell nur an eine Umgehungsintention des Arbeitgebers zu

---

22 *Junker*, IPR, § 4 Rn. 41.

23 *Junker*, IPR, § 4 Rn. 39.

24 ErwGr. (11) der Rom I – VO.

25 ErwGr. (23) der Rom I – VO.

26 ErwGr. (37) der Rom I – VO.

27 *EuIPR / Thorn*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 31.

28 *Von Bar / Mankowski*, § 7 Rn. 238.

29 *Junker*, IPR, § 5 Rn. 39.

30 *Staudinger / Magnus*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 31.

31 *BeckOK Großkommentar / Maultzsch*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 2.

32 *EuIPR / Thorn*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 20; dazu F. III. 2.

denken, denn die Parteiautonomie kann auch für Arbeitnehmer von Vorteil sein<sup>33</sup>, weil die Rom I – VO die Vorteile der Freiheit durch Schutzmechanismen im Kollisionsrecht<sup>34</sup> und ein hohes Maß an Rechtssicherheit<sup>35</sup> möglichst paritätisch verteilt.

Letztlich ist auch ohne Rechtswahl der Mindestlohn zwischen Privaten von Bedeutung, indem eine objektive Anknüpfung die Anwendung eines bestimmten Mindestlohnregimes anordnen kann.

Im internationalen Rechts- und Geschäftsverkehr bewegt sich ein gesetzlicher oder tariflicher Mindestlohn somit in mehreren Spannungsverhältnissen. Einerseits sind nationale Interessen auf zwischenstaatlicher Ebene betroffen, die mittels Eingriffsnormen das allseitige Anknüpfungssystem der Rom I – VO<sup>36</sup> und den internationalen Entscheidungseinklang<sup>37</sup> beeinträchtigen. Andererseits ist der Mindestlohn ein Aspekt zwischen den Vertragsparteien, indem er Motivation und zugleich Begrenzung einer parteiautonomen Rechtswahl darstellen kann bzw. bei objektiver Anknüpfung Bestandteil der anwendbaren Rechtsordnung ist.

Die vorliegende Master-Thesis wird sich diesen Spannungsverhältnissen widmen und dazu den gesetzlichen und tariflichen Mindestlohn im Lichte der dafür zentralen Vorschriften, den Art. 8 und 9 der Rom I – VO, betrachten.

Hierfür wird zunächst der Rechtsrahmen aufgezeigt, der sich aus Unionsrecht, Völkerrecht und nationalem Recht zusammensetzt (B.). Anschließend werden rechtliche und ökonomische Erwägungen zum Mindestlohn diskutiert, die von grenzüberschreitender Bedeutung sowie gleichzeitig von Belang für diese Master-Thesis sind (C.). Im Hauptteil wird der gesetzliche und tarifliche Mindestlohn im System von Parteiautonomie, ihrer Schranken und staatlicher Anliegen anhand der Art. 8 und 9 Rom I – VO untersucht (D. und E.). Zuletzt werden die binnenmarktrechtlichen Aspekte nationaler Mindestlohnregelungen im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO dargelegt (F.). Abschließend folgt das Gesamtergebnis (G.).

---

33 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 2.

34 ErwGr. (23) der Rom I – VO; speziell für Arbeitnehmer ErwGr. (35) der Rom I – VO.

35 ErwGr. (16) der Rom I – VO.

36 JurisPK / *Ringe*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 2; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 12.

37 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 13, 17.

## B. Rechtsrahmen

Der für den Mindestlohn im Kontext des internationalen Privatrechts relevante Rechtsrahmen geht aus unterschiedlichen Rechtsquellen hervor. Diese sind vertikal über mehrere Regelungsebenen und horizontal auf der jeweiligen Ebene verstreut<sup>38</sup>. Drei Regelungsebenen sind zu unterscheiden: das supranationale Unionsrecht, die völkerrechtliche Ebene der Staatsverträge und die Ebene des nationalen Rechts<sup>39</sup>.

Innerhalb des Unionsrechts existiert ein ähnlicher Stufenaufbau der Rechtsnormen wie in den nationalen Rechtsordnungen<sup>40</sup>. An der Spitze der Normenhierarchie steht das sog. primäre Unionsrecht, das die Gründungsverträge und Rechtsquellen gleichen Ranges umfasst<sup>41</sup>. Das sekundäre Unionsrecht ist das abgeleitete, also das auf der Grundlage der Verträge erlassene Recht der Unionsorgane<sup>42</sup>. In den nationalen Rechtsordnungen gelten meist ähnliche Normhierarchien<sup>43</sup>.

Die Rechtswirkungen gesetzlicher und tariflicher Mindestlöhne bei grenzüberschreitenden Sachverhalten sind somit Normen unterschiedlicher Ebenen und unterschiedlichen Ranges zu entnehmen und werden folgend nicht nach ihrer Hierarchie, sondern nach ihrer Bedeutung für diese Master-Thesis dargestellt.

## I. Das Internationale Privatrecht der Rom I – VO

### **1. Internationales Privat- und Arbeitsrecht**

Das Internationale Privatrecht löst nicht einen Rechtsfall, sondern es bestimmt, nach welchem Recht der Fall zu lösen ist<sup>44</sup>. Das Internationale Arbeitsrecht bildet einen Teilbereich des Internationalen Privatrechts<sup>45</sup>. Es regelt mithin, welches Sachrecht, d. h. das materielle Recht welcher Rechtsordnung bei einem arbeitsrechtlichen Fall mit

---

38 *Junker*, IPR, § 2 Rn. 1.

39 *Junker*, IPR, § 2 Rn. 1.

40 *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 1.

41 *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 1.

42 *Frenz*, Europarecht, Rn. 2.

43 *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 1.

44 *Junker*, IPR, § 1 Rn. 1.

45 *Oetker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 2.

Auslandsberührung anwendbar ist<sup>46</sup>. Innerhalb der Europäischen Union richtet sich dies für das Internationale Individualarbeitsrecht als Teil des internationalen Vertragsrechts<sup>47</sup> nunmehr einheitlich nach der Rom I – VO<sup>48</sup>. Zum Internationalen kollektiven Arbeitsrecht fehlen entsprechende gesetzliche Regelungen<sup>49</sup>.

## 2. Die Rom I – VO

Die Rom I – VO wurde auf Grundlage von Art. 61 lit. c 65 EG (heute Art. 81 Abs. 2 lit. c AEUV) erlassen<sup>50</sup> und ersetzte das sog. Europäische Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ)<sup>51</sup>. Erklärtes Ziel war die Schaffung einheitlicher Kollisionsnormen im Interesse eines reibungslos funktionierenden Binnenmarktes unabhängig von dem Staat, in dem sich das angerufene Gericht befindet (ErwGr. (6) der Rom I – VO)<sup>52</sup>.

Eine gänzliche Vereinheitlichung des Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse brachte die Rom I – VO allerdings nicht<sup>53</sup>. Staaten, in denen die Verordnung nicht gilt, sind zum einen diejenigen, die nicht zu den Mitgliedstaaten der EU gehören (Drittstaaten), zum anderen sind es aber auch diejenigen Mitgliedstaaten, welche eine Sonderstellung genießen (mangels „opt in“ derzeit nur Dänemark)<sup>54</sup>.

Die Rom I – VO ist für die übrigen Mitgliedstaaten eine sog. *loi uniforme*<sup>55</sup>. Das bedeutet, dass gem. Art. 2 Rom I – VO das Recht, auf das verwiesen wird, immer anzuwenden ist, und zwar nicht nur im Verhältnis der an die Verordnung gebundenen Mitgliedstaaten untereinander<sup>56</sup>. Für deutsche oder österreichische Gerichte macht es also keinen Unterschied, ob ein Fall Berührung nach Frankreich, Dänemark oder Kanada aufweist; sie wenden – vorbehaltlich ihrer internationalen Zuständigkeit<sup>57</sup> – stets die Rom I – VO an. Sachlich gilt die Rom I – VO grundsätzlich für alle international – vertraglichen

---

46 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 1 Rn. 11.

47 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 6.

48 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 3.

49 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 4.

50 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 7.

51 Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980, ABl. Nr. L 226/1.

52 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 6.

53 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 8.

54 *Junker*, IRP, § 2 Rn. 6.

55 *Musger* in: KBB, Art. 2 Rom I – VO Rz. 1; *Junker*, IPR, § 2 Rn. 5; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 9.

56 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 9.

57 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 1 Rn. 5.

Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen (Art. 1 Abs. 1 Rom I – VO)<sup>58</sup>. Angesichts der unterschiedlichen Definitionen in den Rechtsordnungen der verschiedenen Mitgliedstaaten ist eine autonome Auslegung geboten<sup>59</sup>. Der Begriff „vertragliches Schuldverhältnis“ ist in der Rom I – VO selbst nicht direkt definiert<sup>60</sup>, jedoch kann für die Begriffsbestimmung auf die Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel I – VO<sup>61</sup> zurückgegriffen werden<sup>62</sup>. Erforderlich ist daher, dass „eine von einer Person gegenüber einer anderen freiwillig eingegangene Verpflichtung bestimmt werden kann, auf die sich die Klage stützt“<sup>63</sup>. Damit unterfällt selbst ein faktisches Arbeitsverhältnis der Verordnung<sup>64</sup>. Von Bedeutung für Individualarbeitsverträge ist innerhalb der Rom I – VO insbesondere die Sonderanknüpfung in Art. 8 Rom I – VO. Ob Tarifverträge angesichts ihrer normschaffenden Wirkung ein Schuldverhältnis i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Rom I – VO darstellen und daher der Rom I – VO unterfallen, ist hingegen nicht eindeutig<sup>65</sup> (dazu E. II.).

Inhaltlich regelt die Rom I – VO das einheitliche Kollisionsrecht für vertragliche Schuldverhältnisse<sup>66</sup>. Tragende Grundsätze der Verordnung sind der Vorrang der Parteiautonomie (Rechtswahl, Art 3 Rom I – VO), die objektive Anknüpfung i.d.R. am Sitz jener Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt (Art 4 Rom I – VO), der besondere Schutz schwächerer Vertragspartner (Art 6 – 8 Rom I – VO) und die Möglichkeit zur Anwendung oder Berücksichtigung von Eingriffsnormen (Art 9 Rom I – VO)<sup>67</sup>.

Das nach der Rom I – Verordnung auf einen Vertrag anzuwendende Recht entscheidet gem. Art. 12 Abs. 1 lit. b Rom I – VO über den Inhalt der Vertragspflichten und die Erfüllung<sup>68</sup>. Dazu zählen unter anderem die Hauptpflichten der Parteien<sup>69</sup> und damit auch das zu zahlende (Arbeits)Entgelt.

Den zeitlichen Anwendungsbereich eröffnet Art. 28 Rom I – VO: Die Verordnung gilt für alle ab dem 17. Dezember 2009 geschlossenen Verträge. Eine Rückwirkung beansprucht die

---

58 JurisPK / Ringe, Art. 1 Rom I – VO Rn. 1.

59 EuIPR / von Hain, Art. 1 Rom I – VO Rn. 5; Junker, IPR, § 15 Rn. 2.

60 JurisPK / Ringe, Art. 1 Rom I – VO Rn. 11; Musger in: KBB, Art. 1 Rom I – VO Rz. 2.

61 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 S. 1ff.

62 JurisPK / Ringe, Art. 1 Rom I – VO Rn. 11.

63 EuGH, Urteil Handte, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, Rz. 15.

64 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 3 Rom I – VO Rn. 8.

65 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 6; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 17.

66 Musger in: KBB, Vor Art. 1 Rom I – VO Rz. 1.

67 Musger in: KBB, Vor Art. 1 Rom I – VO Rz. 1.

68 JurisPK / Geiben, Art. 12 Rom I – VO Rn. 11.

69 Ferrari IntVertragsrecht / Ferrari, Art. 12 Rom I – VO Rn. 12.

Verordnung nicht<sup>70</sup>, sodass Altverträge weiterhin den Anknüpfungen des EVÜ unterliegen<sup>71</sup>. Insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen wie dem Arbeitsverhältnis<sup>72</sup> kommt es somit noch für geraume Zeit zu einem Nebeneinander des alten und des neuen Rechtsregimes<sup>73</sup>.

## **II. Primärrecht der Europäischen Union**

### **1. Kompetenzen der Europäischen Union**

Europarechtlich besteht keine Kompetenz der EU zur Regelung eines gesetzlichen Mindestlohns<sup>74</sup>. Art. 153 Abs. 5 AEUV nimmt das „Arbeitsentgelt“ explizit aus den Unionskompetenzen auf dem Gebiet der Sozialpolitik heraus<sup>75</sup>. Daher regelt etwa die EntsendeRL 96/71/EG<sup>76</sup> nicht unmittelbar die Höhe von Mindestlohnentgelten für entsendete Arbeitnehmer, sondern erklärt bestimmte Arbeitsbedingungen des Einsatzstaates für anwendbar<sup>77</sup>. Die Frage, ob Regelung in den in Art. 153 V AEUV aufgezählten Bereichen unter Berufung auf Art. 115 AEUV möglich ist, wurde im Schrifttum zu ex-Art. 94 EG überwiegend bejaht, sofern die Regelung eine unmittelbare Auswirkung auf den Binnenmarkt aufweist<sup>78</sup>. Die Möglichkeit zu einer umfassenden Arbeits- und Sozialrechtsunion ist aber trotz der erweiterten sozialpolitischen Befugnisse sowie der Binnenmarktkompetenz des Art. 115 AEUV nach wie vor nicht gegeben<sup>79</sup>.

Die Mitgliedstaaten haben gem. Art. 153 Abs. 3 AEUV die Möglichkeit, die Durchführung von Richtlinien nach Art. 153 Abs. 2 AEUV den Sozialpartnern zu übertragen<sup>80</sup>. Das bedeutet, dass die Richtlinien dann nicht durch staatliche Normen, sondern durch Gesamtvereinbarungen wie Tarifverträge umgesetzt werden, freilich ohne den

---

70 *Musger* in: KBB, Art. 28 Rom I – VO Rz. 1; *Martiny*, ZEuP 2010, 747 (754).

71 *JurisPK / Ringe*, Art. 28 Rom I – VO Rn. 4.

72 *Junker*, IPR, § 2 Rn. 8.

73 *Deintert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 10; *Rauscher / Pabst*, NJW 2008, 3477 (3481).

74 *Lembke*, NZA 2015, 70 (70).

75 *Lembke*, NZA 2015, 70 (70).

76 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 S. 1 ff.

77 *Lembke*, NZA 2015, 70 (70).

78 *Schrammel / Windisch-Graetz*, S. 24.

79 *Schrammel / Windisch-Graetz*, S. 25, 26.

80 *Schrammel / Windisch-Graetz*, S. 24, 25.

Sozialpartnern eine eigenständige Rechtssetzungsbefugnis dadurch einzuräumen<sup>81</sup>.

## 2. Versteckte Kollisionsnormen

Umstritten ist, ob es außerhalb der originär internationalprivatrechtlichen Regelungen versteckte Kollisionsnormen im Primärrecht gibt<sup>82</sup>. Nach der Lehre von den versteckten Verweisungsnormen wird dem primärrechtlichen Herkunftslandprinzip ein kollisionsrechtlicher Regelungsgehalt zugesprochen<sup>83</sup>. Mitgliedsstaaten sind demnach nicht nur zur Anerkennung der Rechtsnormen des Herkunftslandes verpflichtet (Herkunftslandprinzip), sondern zugleich auch zu deren Anwendung<sup>84</sup>. Weiterhin wird in den Grundfreiheiten eine prinzipielle Rechtswahlfreiheit begründet gesehen, die abweichende Anknüpfungen daher nur unter den Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundfreiheiten zulassen<sup>85</sup>.

Zu überzeugen vermögen diese Ansichten nicht<sup>86</sup>. Denn die Vorschriften des Herkunftslandes können unionsrechtswidrig sein. Dass diese dann „mitexportiert“ werden sollen, ist widersinnig<sup>87</sup>. Außerdem kommt das Herkunftsland nur zur Anwendung, wenn die infrage stehende Leistung nach dem Recht des Herkunftslandes rechtmäßig ist; die Wahrnehmung von Grundfreiheiten setzt hingegen nicht eine Orientierung an den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Herkunftslandes voraus<sup>88</sup>. Die Ableitung versteckter Verweisungsnormen wäre daher nur zu rechtfertigen, wenn anderenfalls kollisionsrechtliche Regelungen mit dem Primärrecht nicht vereinbar wären<sup>89</sup>.

## 3. Primärrecht als Maßstab der Rom I – VO

Vorrangiges Primärrecht, gegen das Kollisionsnormen verstoßen könnten, sind vor allem die Grundfreiheiten, die neben einem Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit auch ein Beschränkungsverbot enthalten<sup>90</sup>. Die Anwendung einer solchen

---

81 *Schrammel / Windisch-Graetz*, S. 25.

82 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 3.

83 *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1 (11ff).

84 *Leible*, Wege zu einem Europäischen Privatrecht, S. 191.

85 *V. Wilmowsky*, *RabelsZ* 62 (1998), 1 (1ff).

86 *Taupitz*, *ZEuP* 1997, 986 (1006 ff.).

87 *Leible*, Wege zu einem Europäischen Privatrecht, S. 192.

88 *Leible*, Wege zu einem Europäischen Privatrecht, S. 192.

89 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 4.

90 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 4.



Norm muss dann ausscheiden<sup>91</sup>. Ein derartiger Verstoß wird aber im Allgemeinen nicht vorkommen<sup>92</sup>, weshalb es auch versteckter Verweisungsnormen im Primärrecht nicht bedarf. Selbst wenn die Verweisungsnorm zur Anwendung verschiedener Rechtsordnungen mit unterschiedlichem Schutzniveau auf Arbeitnehmer führt, die ihre Arbeitsleistung in demselben Mitgliedsstaat erbringen, liegt in der Regel keine Diskriminierung vor, denn die Ungleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen beruht auf der Anwendung neutralen Kollisionsrechts<sup>93</sup>.

Eine Unionswidrigkeit ergibt sich demnach gewöhnlich nicht aus der Kollisionsnorm selbst. Eine Unvereinbarkeit mit Unionsrecht kann sich aber aus der Anwendung der Sachnormen ergeben, die kollisionsrechtlich berufen sind<sup>94</sup>. Erst das Zusammenwirken beider führt demnach zu einem unionswidrigen Ergebnis<sup>95</sup>. Der Gesetzgeber kann darauf kollisionsrechtlich oder sachrechtlich reagieren<sup>96</sup>.

Diese beiden Möglichkeiten sind dem Rechtsanwender jedoch nicht ohne weiteres eröffnet<sup>97</sup>. Nur bei Unionswidrigkeit der Verweisungsnorm bleibt ihre Anwendung aus<sup>98</sup>. In allen anderen Fällen bedarf es einer Lösung im Sachrecht mit den Mitteln, die nach allgemeinen Grundsätzen bestehen: die unionskonforme Auslegung und eventuell die unmittelbare Anwendung des Unionsrechts<sup>99</sup>.

#### **4. Primärrecht als Maßstab nationaler Mindestlöhne**

Das Primärrecht ist auch für nationale Mindestlöhne von Bedeutung. Diese können nämlich die Verwirklichung des Binnenmarktes, gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV ein Leitziel der Europäischen Union, hindern, indem sie die Wahrnehmung von Grundfreiheiten beschränken. Dies wird in einem eigenen Kapitel behandelt (F. I. 2.).

---

91 *Koch / Magnus / Winkler von Mohrenfels*, § 1 Rn. 12.

92 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 4.

93 *Oetker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 6.

94 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 7; *Oetker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 6.

95 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 4.

96 *Kropholler*, IPR, § 10 I 2, S. 74 f; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 7.

97 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 7.

98 *Koch / Magnus / Winkler von Mohrenfels*, § 1 Rn. 12; *Mankowski*, RdA 2017, 273 (277).

99 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 7.

### **III. Weiteres Sekundärrecht abseits der Rom I – VO**

Der Rechtsrahmen eines nationalen Mindestlohns im internationalen Kontext ist neben der Rom I – VO auch durch andere Rechtsakte der Unionsorgane (Sekundärrecht) geprägt, welche einen kollisionsrechtlichen Gehalt aufweisen. Gemäß Art. 23 Rom I – VO haben solche Kollisionsnormen aus besonderen Bereichen Vorrang vor der Rom I – VO.

#### **1. Entsenderichtlinie**

Die 1996 in Kraft getretene Entsenderichtlinie setzt keinen Mindestlohn fest<sup>100</sup>. Sie dient auch nicht der Harmonisierung nationaler Lohnsysteme<sup>101</sup>. Anlass ihrer Einführung war, dass entsendende Unternehmen nach internationalem Arbeitsrecht nicht dazu verpflichtet waren, sich bei der Lohnzahlung nach dem Staat zu richten, in dem sie die Dienstleistung erbrachten<sup>102</sup>. Denn nach Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I – VO lässt eine vorübergehende Entsendung das Vertragsstatut unberührt<sup>103</sup>. Das Internationale Arbeitsrecht ermöglicht so, das Lohngefälle zwischen Staaten auszunutzen und Lohndumping zu praktizieren<sup>104</sup>. Durch die Richtlinie hat nun der aufnehmende Staat dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer nicht die Arbeitsbedingungen versagt werden, welche an dem Ort, an dem die Arbeitsleistung vorübergehend erbracht wird, für Tätigkeiten gleicher Art gelten<sup>105</sup>. Dies wird erreicht, indem ein Kern zwingender Arbeitsbedingungen festgelegt wird, ohne dass dadurch die Dienstleistungsfreiheit verletzt wird<sup>106</sup>. Die umgesetzten Entsenderegeln<sup>107</sup> führen so zu einer „Auslandsfestigkeit“ unter anderem des nationalen Mindestlohns<sup>108</sup>, indem sie eine kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung bewirken<sup>109</sup>.

Zur Erreichung der mit der Entsenderichtlinie bestrebten Zwecke ist es daher unerlässlich, dass Art. 23 Rom I – VO den Vorrang von Kollisionsnormen aus besonderen Bereichen

---

100 Kainer, NZA 2016, 394 (396); s. bereits B. II. 1.

101 Brors, NZA 2015, 938 (938).

102 Kainer, NZA 2016, 394 (996).

103 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 8 Rom I – VO Rn. 20.

104 Bors, NZA 2014, 938 (938).

105 MüKo / Martiny, Art. 8 Rom I – VO Rn. 7.

106 Brors, NZA 2014, 938 (938).

107 In Deutschland umgesetzt durch das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG), in Österreich durch §§ 7 ff. AVRAG bzw. im Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, in Schweden durch das Gesetz über die Entsendung von Arbeitnehmern.

108 Bors, NZA 2014, 938 (938); Schrammel / Windisch-Graetz, S. 100.

109 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 8 Rom I – VO Rn. 8.

bestimmt. In ErwGr. (34) der Rom I – VO wird sogar explizit klargestellt, dass die Rom I – VO die Vorschriften zur Umsetzung der Entsenderichtlinie unberührt lassen sollen<sup>110</sup>.

Derzeit ist eine Reform der Entsenderichtlinie geplant, mit der die Kommission ihrer Verpflichtung aus ihren politischen Leitlinien entsprechen möchte, den Grundsatz des gleichen Arbeitsentgelts für die gleiche Arbeit am gleichen Ort zu fördern<sup>111</sup>.

## **2. Zukünftiges Sekundärrecht**

Der Regelungsvorbehalt des Art. 23 Rom I – VO greift auch für künftige sekundärrechtliche Verweisungsnormen, sodass veränderte oder weitere arbeitsrechtliche Richtlinien mit kollisionsrechtlichen Vorgaben möglich bleiben<sup>112</sup> und dann auch für Mindestlöhne im internationalen Kontext bedeutend sind.

# **IV. Nationales Recht**

## **1. Nationaler Mindestlohn**

Die Europäische Union besitzt gem. Art. 153 Abs. 5 AEUV keine Zuständigkeit auf dem Gebiet des Arbeitsentgelts und Koalitionsrechts<sup>113</sup>. Mithin verbleibt den Mitgliedstaaten die Rechtssetzungszuständigkeit für gesetzliche Mindestlöhne respektive für die Rahmenbedingungen tariflicher Mindestlöhne. Den nationalen Verfassungen und anderen Gesetzen sind dazu die Möglichkeiten und Grenzen zu entnehmen<sup>114</sup>.

## **2. Nationales Kollisionsrecht**

Gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV haben Verordnungen allgemeine Geltung. Sie sind in allen ihren Teilen verbindlich und gelten in jedem Mitgliedsstaat. Sofern und soweit das Kollisionsrecht also durch Verordnungen vereinheitlicht wurde, haben diese Vorrang vor

---

110 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 8 Rom I – VO Rn. 8.

111 EU-Kommision, Vorschlag zur Richtlinienänderung, I.1.

112 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 13.

113 Schrammel / Windisch-Graetz, S. 24.

114 Dazu C. I.

nationalen Kollisionsnormen<sup>115</sup>. Die Rom I – VO verdrängt mithin in ihrem Anwendungsbereich entsprechende nationale Normen.

Nationales Verweisungsrecht behält seine Bedeutung vor allem für Altfälle. Denn die Rom I – VO gilt für alle Verträge, die ab dem 17. 12.2009 geschlossen wurden<sup>116</sup>. Da auch für Dauerschuldverhältnisse das Abschlussdatum maßgebend ist<sup>117</sup>, können die nationalen Verweisungsnormen, welche unter anderem das EVÜ<sup>118</sup> inkorporieren, bei Arbeitsverträgen noch lange Zeit anwendbar sein<sup>119</sup>. Für Verträge ab dem 17.12.2009 wird es kaum Raum für nationale Kollisionsnormen geben, da die Rom I – VO weitgehend die Problematiken behandelt, die sich im Internationalen Arbeitsrecht stellen<sup>120</sup>.

Die Anwendung nationalen Kollisionsrechts auf Altverträge oder als Ergänzung für Neuverträge steht dabei stets unter dem Vorbehalt dessen Unionskonformität. Dieser sog. Vorrang des Unionsrechts ist richtigerweise als bloßer Anwendungsvorrang und damit als Kollisionsregel zu verstehen<sup>121</sup>.

Letztlich bestimmt auch das höherrangige Verfassungsrecht, was durch nationales Kollisionsrecht zulässig ist. Zumeist wird – insoweit gilt nichts anderes als für das Unionsrecht<sup>122</sup> – erst das Ergebnis der Anwendung des materiellen Rechts ein verfassungswidriges Ergebnis herbeiführen<sup>123</sup>.

## **V. Völkerrecht**

### **1. Kollisionsnormen in Staatsverträgen**

Völkerrechtliche Bestimmungen zum Arbeitsverweisungsrecht fehlen<sup>124</sup>. Auch aus den verschiedenen ILO – Abkommen lassen sich keine Kollisionsnormen herleiten<sup>125</sup>.

---

115 MüKo / *Martiny*, Vorbem. zu Art. 1 Rom I – VO Rn. 28.

116 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 10.

117 *Staudinger / Magnus*, Art. 28 Rom I – VO Rn. 7.

118 B. I. 2.

119 *Junker*, IPR, § 2 Rn. 8.

120 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 11.

121 *Herdegen*, Europarecht, § 10 Rn. 3.

122 B. II. 3.

123 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 20.

124 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 21.

125 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 21.

## 2. ILO – Abkommen

Die ILO – Abkommen sind jedoch für Mindestlöhne relevant. Die Internationale Arbeiterorganisation (ILO) als UN-Sonderorganisation widmet sich in ihrer gesamten Tätigkeit der Berufsarbeit und ihrem Schutz<sup>126</sup>. Entsprechend finden sich unter den Übereinkommen und Empfehlungen einige, die sich mit der Entgelthöhe befassen<sup>127</sup>.

Im Rahmen der Übereinkommen Nr. 26 aus dem Jahr 1928 und Nr. 131 aus dem Jahr 1970 werden explizit Mindestlohnforderungen für die Festlegung von Mindestlöhnen formuliert<sup>128</sup>. Die genannten Übereinkommen benutzen den Begriff des Mindestlohns, definieren ihn aber nicht<sup>129</sup>. Gemeint ist ein Entgelt, das ausreicht, um elementare Bedürfnisse zu befriedigen und damit der Menschenwürde gerecht zu werden<sup>130</sup>. Die Methoden der Mindestlohnfindung sind damit offen, sofern das Entgelt diese Voraussetzungen erfüllt<sup>131</sup>. Ein gesetzlicher Mindestlohn ist mithin nicht erforderlich. Auch und gerade mit tariflichen Regelungen können die Anforderungen der Übereinkommen erfüllt werden<sup>132</sup>.

## 3. Europäische Sozialcharta (ESC)

Das soziale Pendant zur EMRK ist die Europäische Sozialcharta des Europarates von 1961<sup>133</sup>. Zu den unterzeichneten Ländern gehören unter anderem Österreich<sup>134</sup> und Deutschland<sup>135</sup>. Anders als Österreich<sup>136</sup> hat Deutschland die zum 1.7.1999 in Kraft getretene revidierte Sozialcharta nicht ratifiziert, die Regelung zum Entgelt in Art. 4 gilt jedoch unverändert<sup>137</sup>.

Art. 4 Nr. 1 und 2 der (ursprünglichen und revidierten) ESC verpflichtet die Vertragsstaaten zur Gewährleistung eines gerechten Arbeitsentgelts, indem Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein Recht auf ein Arbeitsentgelt zuerkannt wird, welches zur Sicherung

---

126 Körner, NZA 2011, 425 (426).

127 Körner, NZA 2011, 425 (426).

128 Schulten in: Ein soziales Europa ist möglich, S. 171.

129 Körner, NZA 2011, 425 (426).

130 ILO; General Survey Minimum Wages, Rn. 33, 35.

131 Körner, NZA 2011, 425 (427).

132 Körner, NZA 2011, 425 (427).

133 Körner, NZA 2011, 425 (427).

134 BGBl. 460/1969.

135 BGBl. II 1964, 1262.

136 BGBl. 112/2011.

137 Körner, NZA 2011, 425 (427).

eines angemessenen Lebensstandards ausreicht.

Die staatliche Pflicht zur Schaffung eines gesetzlichen Mindestlohns lässt sich daraus aber nicht ableiten<sup>138</sup>. Nur wenn andere Wege nicht zur Erfüllung der Verpflichtungen führen, kann sich eine solche Pflicht aus Art. 4 ESC ergeben<sup>139</sup>. Anders als bei Verstößen gegen die EMRK, wo eine Individualbeschwerde zum EGMR möglich ist, kennt die ESC jedoch kein gerichtsförmiges Kontrollverfahren<sup>140</sup>. Allerdings gewährt Art. 4 ESC schon nach seinem Wortlaut kein subjektives Recht, auf das sich der Einzelne berufen könnte<sup>141</sup>. Die Einhaltung der Sozialcharta wird daher einzig durch den Staatenbericht des ESC – Ausschusses überprüft<sup>142</sup>.

In seinem Bericht von 2007 hat der ESC – Ausschuss festgestellt, dass die Rechtslage in Deutschland nicht mit Art. 4 ESC vereinbar ist<sup>143</sup>, und legte damit den Finger in die Wunde der sehr niedrigen Tariflöhne und der Niedriglöhne von Beschäftigten, auf die keine tarifliche Regel anwendbar ist<sup>144</sup>. Das am 16.8.2014 als Art. 1 des Tarifautonomiestärkungsgesetzes in Kraft getretene Mindestlohngesetz (MiLoG) verfolgt unter anderem den Zweck, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nun vor unangemessen niedrigen Löhnen zu schützen<sup>145</sup>. Auch für Österreich kommt der Ausschuss zu demselben Ergebnis<sup>146</sup>.

Die Regelung des Art. 4 ESC ist nach alledem nicht zur Gewährung eines individuellen Rechts geschaffen, sondern als Rechtsetzungsauftrag<sup>147</sup> zur Schaffung effizienter Entgeltfindungsmechanismen zu verstehen<sup>148</sup>. Darüber hinaus kann die Norm als Auslegungshilfe auf nationaler<sup>149</sup> sowie auf unionaler Ebene herangezogen werden<sup>150</sup>.

---

138 Körner, NZA 2011, 425 (428).

139 Körner, NZA 2011, 425 (428).

140 Körner, NZA 2011, 425 (427).

141 Körner, NZA 2011, 425 (429).

142 Körner, NZA 2011, 425 (427).

143 „The Committee concludes that the situation in Germany is not in conformity with Article 4§1 of the Charter as there is no evidence that a decent standard of living is guaranteed for a single worker earning minimum wage“ (Conclusions XVIII-2 (Germany), Seite 12; abrufbar unter: <http://hudoc.esc.coe.int>; zuletzt abgerufen am 10. Oktober 2019).

144 Körner, NZA 2011, 425 (428).

145 Lembke, NZA 2015, 70 (70).

146 „The Committee concludes that the situation in Austria is not in conformity with Article 4§1 of the Charter as it has not been established that a decent standard of living is guaranteed for a single worker earning minimum wage“ (Conclusion XVIII-2 (Austria), Seite 9; abrufbar unter: <http://hudoc.esc.coe.int>; zuletzt abgerufen am 10. Oktober 2019).

147 Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 142.

148 Körner, NZA 2011, 425 (429).

149 Körner, NZA 2011, 425 (429).

150 EuGH, Urteil Blaizot, C-24/86, ECLI:EU:C:1988:43, Rn. 17.

## C. Erwägungen rund um den Mindestlohn

Warum gibt es überhaupt einen gesetzlichen oder tariflichen Mindestlohn und welche Auswirkungen hat dieser? Darüber gehen die Meinungen auseinander. Die Schwierigkeit ist dabei, dass der Streit auf mehreren Ebenen gleichzeitig stattfindet: Sowohl rechtliche, ökonomische als auch gesellschaftliche Aspekte und Argumente sind zu berücksichtigen, die jeweils ineinandergreifen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Auswirkungen des Mindestlohns nicht an der Staatsgrenze haltmachen.

### I. Rechtliche Erwägungen

Bei einer Betrachtung des Mindestlohns im internationalen Kontext ist dieser in einem Gefüge von völkerrechtlichen, europäischen und nationalen Vorschriften zu verorten. Rechtliche Spannungen sind dabei nicht zu vermeiden, insbesondere im Hinblick auf die Tarifautonomie, die Berufs- und Unternehmerfreiheit sowie die Sozialversicherungssysteme und Menschenwürde. Der Mindestlohn ist im jeweiligen Nationalstaat an höherrangigem Recht zu messen, insbesondere an der jeweiligen Verfassung. Auch das Europarecht sowie völkerrechtliche Übereinkommen können Grenzen, Staatspflichten und Rechtfertigungsmöglichkeiten begründen. Die wesentlichen Erwägungen und Argumente dazu werden folgend skizziert, um den Mindestlohn ganzheitlich im internationalen Rechtskontext zu erfassen und einzuordnen.

Unter F. werden dem Schwerpunkt des Universitätslehrgangs *Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht* entsprechend die wichtigsten Gesichtspunkte in Bezug auf den Binnenmarkt gesondert aufgezeigt.

#### **1. Tarifautonomie**

Auf der Ebene der Europäischen Union schützt die Charta der Grundrechte in Art. 28 GRCh das Recht der Sozialpartner auf Kollektivverhandlungen und den Abschluss von Kollektivverträgen<sup>151</sup>. Ferner verbürgt Art. 11 EMRK das Recht, Gewerkschaften zu

---

151 *Lehmann*, BB 2012, 117 (118).

gründen und diesen beizutreten. In den Mitgliedsstaaten ist die Koalitionsfreiheit, mit Ausnahme von Großbritannien, verfassungsrechtlich geschützt<sup>152,153</sup>.

Ein gesetzlicher Mindestlohn gerät damit auf mehreren Rechtsebenen in ein Spannungsverhältnis zur Koalitionsfreiheit, weil dadurch das Betätigungsfeld der Koalitionen im Bereich tariflicher (Mindest)Löhne geschmälert<sup>154</sup> und die Mitgliedschaft für Arbeitnehmer unattraktiver wird<sup>155</sup>. Andererseits ist jedoch zu bedenken, dass der Gesetzgeber mit Mindestlöhnen die Ordnungsfunktion von Tarifverträgen<sup>156</sup> und damit die Tarifautonomie unterstützen kann. Oft sind dabei gerade Arbeitgeber an einem Mindestlohn interessiert, da die Kartellfunktion eines Tarifvertrags durch Mindestlöhne gesichert werden kann<sup>157</sup>. Wenn ein Unternehmer nämlich hohe Löhne zahlt, sieht er sich dem Unterbietungswettbewerb anderer Unternehmen ausgesetzt, die mit niedrigeren Löhnen wettbewerbsfähiger sind<sup>158</sup>. Gerade vor dem Hintergrund der zunehmenden Öffnung der Dienstleistungs- und Arbeitsmärkte ist der Wettbewerbsdruck durch Unternehmen aus Ländern mit niedrigen Löhnen immens gestiegen. Diese Folgen der europäischen Binnenmarktöffnung abzumildern soll etwa die Entsenderichtlinie<sup>159</sup>, welche zwar nicht die nationalen Lohnsysteme harmonisiert<sup>160</sup>, dafür aber als Umsetzung und verhältnismäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit<sup>161</sup> unter anderem einen fairen Wettbewerb fördern soll<sup>162</sup>.

Es bleibt zu fragen, warum nicht die Tarifvertragsparteien die alleinige Zuständigkeit für Mindestlöhne erhalten oder sie zumindest an der gesetzlichen Mindestlohnregulierung beteiligt werden. Dies liegt daran, dass in vielen Ländern die Effizienz vorhandener Tarifvertragsstrukturen abnimmt und so das Erfordernis staatlicher Intervention zunimmt<sup>163</sup>. „As the influence of collective bargaining diminishes, mainly as a result of international competitive pressures, so the policy significance of minimum wage legislation may be

---

152 *Britz / Volkmann*, Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 39.

153 Z.B. in Deutschland Art. 9 III des Grundgesetzes, in Österreich über Art. 11 EMRK, in Frankreich in der Präambel der Verfassung, in Italien Art. 38 der Verfassung.

154 *Lembke*, NZA 2015, 70 (71).

155 *Wank*, RdA 2015, 88 (90).

156 *Lembke*, NZA 2015, 70 (71).

157 *Wank*, RdA 2015, 88, (88).

158 *Wank*, RdA 2015, 88, (88).

159 S. B. III. 1.

160 *Brors*, NZA 2014, 938 (938).

161 Vgl. ErwGr. (1) der Entsende-RL.

162 ErwGr. (5) der RL 96/71/EG.

163 *Körner*, NZA 2011, 425 (427).



growing across the word“<sup>164</sup>.

## 2. Berufsfreiheit und Unternehmensfreiheit

Die Berufsfreiheit ist europarechtlich in Art. 15 GRCh verankert, jedoch ist der sachliche Schutzbereich in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nur wenig konturiert<sup>165</sup>. Insbesondere lässt sich auch aus Art. 31 CRCh trotz des Titels „gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen“ keine Aussage über die Notwendigkeit eines Mindestlohns entnehmen, da Art. 31 GRCh gerade nicht die Austauschgerechtigkeit erfasst<sup>166</sup>.

Die EMRK enthält kein eigenes Grundrecht der Berufsfreiheit, während die nationalen Verfassungen durchgehend ein Recht der freien Berufsausübung bzw. Berufswahl enthalten<sup>167,168</sup>. Ob kraft dieser Verfassungsnormen auch das Interesse der Arbeitnehmer an zumutbaren Arbeitsbedingungen geschützt wird, ist national zu beantworten<sup>169</sup>, ohne dass daraus jedoch ein gezielter Schutzauftrag an den Gesetzgeber zur Einführung eines Mindestlohns verbunden wäre<sup>170</sup>.

Auf der anderen Seite ist die unternehmerische Tätigkeit durch Art. 16 GRCh geschützt. Sie umfasst die Freiheit des Unternehmers, die Personal- und Preispolitik frei zu gestalten<sup>171</sup>. Wie die Berufsfreiheit kann sich auch die unternehmerische Freiheit nicht auf eine geschriebene Bestimmung der EMRK stützen<sup>172</sup>, doch hat der EGMR die Vertragsfreiheit und unter Umständen auch das Recht zur Unternehmensgründung auf das Eigentumsrecht nach Art. 1 des Zusatzprotokolls der EMRK gestützt<sup>173</sup>. In den nationalen Verfassungen der Mitgliedsstaaten ist die unternehmerische Freiheit zum Teil explizit erwähnt<sup>174</sup>. Auch wenn die unternehmerische Freiheit keine ausdrückliche Erwähnung findet, so ist sie doch als

---

164 *Eyraud / Saget*, The fundamentals of minimum wage fixing, S. 2.

165 *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, § 2 Rn. 32.

166 *Frenz*, Handbuch Europarecht (Europäische Grundrechte), Rn. 3904; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, § 2 Rn. 46; a.A. *Everling*, GS Heinze, S. 173.

167 *Frenz*, Handbuch Europarecht (Europäische Grundrechte), Rn. 2488, 2489.

168 Z.B. in Deutschland Art. 12 des Grundgesetzes, in Österreich Art. 18 der Verfassung, in Dänemark § 74 der Verfassung, in Polen Art. 65 Abs. 1 der Verfassung; in Schweden Kap. 2 § 20 der Verfassung; in den Niederlanden Art. 19 Abs. 3 der Verfassung; in der Slowakei Art. 35 Abs. 1 der Verfassung.

169 In Deutschland hat dies das BVerfG angenommen: BVerfG, NZA 2005, 153 (154).

170 *Scholz* in Maunz / Dürig, Art. 12 GG Rn. 5 („breiter Gestaltungs- und Ermessensspielraum“).

171 *Frenz*, Europarecht, Rn. 1199.

172 *Frenz*, Handbuch Europarecht (Europäische Grundrechte), Rn. 2658.

173 EGMR, EuGRZ 1999, 316 (317); *Frenz*, Handbuch Europarecht (Europäische Grundrechte), Rn. 2658.

174 Etwa in Spanien (Art. 38 der Verfassung), in Irland (Art. 45 Abs. 3 S. 1 der Verfassung), in Luxemburg (Art. 11 Abs. 5 der Verfassung), Portugal (Art. 61 Abs. 1 der Verfassung).

mittelbare Folge der Berufsfreiheit oder des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auf Verfassungsebene verankert<sup>175</sup>.

Ein Mindestlohn widersetzt sich diesem auf unterschiedliche Art und Weise verbürgten Recht des Unternehmers, als Arbeitgeber Verträge frei nach seinem Willen zu gestalten<sup>176</sup>.

### 3. Sozialversicherungsrechtliche und sozialstaatliche Erwägungen

Mindestlöhne, ob gesetzlich oder tariflich, können ein wirksamer Schutz der Sozialversicherungssysteme sein<sup>177</sup>. Für die Länder, welche dem Bismarck'schen Versicherungsmodell folgen<sup>178</sup>, in denen also das Arbeitsverhältnis die grundsätzliche Voraussetzung des sozialen Versicherungsschutzes darstellt<sup>179</sup> und die Einkommenshöhe die Beitragshöhe bestimmt<sup>180</sup>, ist evident, dass zu geringe Löhne die Finanzstabilität der Versicherungssysteme gefährden. Daher anerkennt der EuGH den Schutz der Sozialversicherungssysteme als Allgemeininteresse<sup>181</sup> und auf nationaler Ebene wird ihre Finanzstabilität zum Teil als Vorgabe der Verfassung angesehen<sup>182</sup>. Weiterhin sieht der EuGH den Schutz vor Sozialdumping als unional bedeutenden Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an<sup>183</sup>.

### 4. Menschenwürde als Aspekte des Mindestlohns

Letztlich wird der Mindestlohn mit der zu schützenden Würde des Menschen begründet<sup>184</sup>. Die Menschenwürdegarantie ist in Art. 1 GRCh an der Spitze der EU-Grundrechtscharta verbürgt. Sie bildet nach Art. 2 S. 1 EUV einen grundlegenden Wert der Europäischen Union und damit gem. Art. 2 S. 2 EUV auch in allen Mitgliedstaaten. Einige Verfassungen

---

175 Frenz, Handbuch Europarecht (Europäische Grundrechte), Rn. 2657.

176 Lembke, NZA 2015, 70 (71).

177 Begr. der (dt.) BReg., BT-Drs. 18/1558, 2 sowie BT-Drs. 147/14, 28; Sittard, NZA 2015, 78 (80).

178 Für Deutschland: *Vößkuhle / Woschmeyer*, Jus 2015, 693 (692); *Baer*; NZS 2014, 1 (2) für Österreich: *Schmähl*, SozSi 2009, 128 (128); vergleichend zwischen Deutschland und Österreich: *Wetscherek*, SozSi 2007, 5 (6).

179 In Deutschland § 2 II Nr. 1 SGB IV, in Österreich §§ 4ff ASVG.

180 In Deutschland § 20 I SGB IV, in Österreich § 44 Abs. 1 ASVG.

181 EuGH, C-531/06; ECLI:EU:C:2009:315, Rn. 58.

182 BVerfG, NZA 2001, 777 (779); NZA 2007, 609 (611).

183 EuGH, Urteil Laval un Partneri, C-341/05; ECLI:EU:C:2007:809, Rn. 103; EuGH, Urteil Bundesdruckerei, C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 31.

184 s. Fn. 3.

erwähnen *expressis verbis* die Menschenwürde<sup>185</sup>.

Viele Verfassungen sichern auch den Schutz vor sozialer Not ab<sup>186</sup>, sodass ein Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum mittlerweile zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gehört<sup>187</sup>.

Ob aus der EMRK ein solcher Schutz hergeleitet werden kann, ist hingegen fraglich, denn ihr fehlt es sowohl an einer ausdrücklichen Bestimmung zur Achtung der Menschenwürde als auch an sozialen Schutzrechten<sup>188</sup>. Selbst wenn dies zu bejahen ist<sup>189</sup>, gilt es zu bedenken, dass sich die Konventionsrechte nicht gegen Private, sondern gegen die Mitgliedstaaten richten<sup>190</sup>. Auch gilt die Charta der Grundrechte der Europäischen Union ausweislich Art. 51 Abs. 1 nicht für Private<sup>191</sup>. Und die nationalen Verfassungen binden ebenfalls nur den jeweiligen Staat<sup>192</sup>. Es ist also nicht Aufgabe des Arbeitgebers, das verbürgte Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum zu gewährleisten<sup>193</sup>. Es ist jedoch anerkannt, dass europäische und nationale Grundrechte eine Schutzdimension aufweisen<sup>194</sup>, bei deren Erfüllung der Staat Private einbeziehen darf<sup>195</sup>.

Die Achtung der Menschenwürde dient daher nicht als Begründung einer Arbeitgeberpflicht zur Zahlung eines angemessenen Lohns, sondern als Rechtfertigung für Eingriffe in subjektive Rechte, die mit dem Mindestlohn verursacht werden (etwa in die unternehmerische Freiheit, s. C. I. 2.), indem der Staat seinen Schutzauftrag wahrnimmt und dabei Private einbindet. Eine solche Einbeziehung Privater ist im Lohnkontext sinnvoll, um Mitnahmeeffekte zu vermeiden und so eine Schwächung des Sozialsystems zu

---

185 In Deutschland Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes, in Italien Art. 3 der Verfassung, in Spanien Art. 10 der Verfassung, in Schweden Art. 2 der Verfassung, in Griechenland Art. 2 der Verfassung, in Portugal Art. 1 der Verfassung, in Finnland Art. 1 des Grundgesetzes, in Belgien Art. 23 der Verfassung, in Irland in der Präambel. Außerhalb der Europäischen Union etwa Art. 7 der Bundesverfassung der Schweiz.

186 In Deutschland Art. 1 i.V.m. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes, in Italien Art. 2 und 38 der Verfassung, in Schweden Art. 2 Abs. 2 der Verfassung, in Slowenien Art. 50 der Verfassung, in Dänemark Art. 75 Abs. 2 der Verfassung in Polen Art. 67 der Verfassung, in Luxemburg Art. 23 Abs. 1 der Verfassung, in Spanien Art. 1, 41, 47, 50 der Verfassung.

187 *Frohwerk*, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, S. 283.

188 *Frohwerk*, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, S. 259, 260.

189 So *Frohwerk*, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, S. 290.

190 *Herdegen*, Europarecht, § 3 Rn. 27.

191 Zur Drittwirkung der EU-Grundrechte *Streinz*, Europarecht, Rn. 775.

192 Für Deutschland: *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 (1151ff); zur Diskussion der Drittwirkung in der Schweiz: *Göksu*, SJZ 2002, 89 (89ff); zu den USA *Thüsing*, ZVglRWiss 99 (2000), 69 (72 ff.).

193 *Picker*, RdA 2014, 25 (28).

194 *Spießhofer* in: Leitgedanken des Rechts, § 113 Rn. 13.

195 *Linke*, JuS 2016, 888 (893); *Kocher*, NZA2007, 600 (601); *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 (1155); *Hermes*, NJW 1990, 1764 (1766); zur Einbeziehung Privater in die Bekämpfung von Terrorismus, organisiertem Verbrechen und Geldwäsche *Herdegen* in: Maunz / Dürig, GG-Kommentar, Art. 1 III GG Rn. 116.

verhindern<sup>196</sup>. Das Existenzminimum wird dann dort gesichert, wo es durch Machtasymmetrien beim individuellen Aushandeln von Arbeitsentgelten<sup>197</sup> gefährdet wird.

## **II. Ökonomische Erwägungen**

Die volkswirtschaftlichen Konsequenzen eines Mindestlohns werden kontrovers diskutiert. Nur eines scheint gesichert<sup>198</sup>: Ist der Mindestlohn zu niedrig, hat er alleine eine Alibifunktion und ändert daher an der Realität nichts; ist er hingegen deutlich zu hoch, scheiden Unternehmen vom Markt aus und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden entlassen, auch als Folge von Standortverlagerungen ins Ausland oder von Rationalisierung<sup>199</sup>.

### **1. Neoklassische Arbeitsmarkttheorie**

Über lange Zeit wurde die Debatte von den Vertretern des neoklassischen Arbeitsmarktmodells geprägt, bei denen Mindestlöhne a priori unter Generalverdacht stehen, negative Beschäftigungseffekte zu verursachen<sup>200</sup>. Das entscheidende Argument lässt sich wie folgt zusammenfassen: In einem freien Wettbewerb am Arbeitsmarkt pendelt sich ein Lohn ein, der Angebot und Nachfrage zur Deckung bringt<sup>201</sup>. Mindestlöhne schränken hingegen die freie Lohnbildung nach unten ein und heben dadurch das Lohnniveau über die Marktlöhne an, sodass die Unternehmen auf die Verteuerung des Faktors Arbeit mit Rationalisierungsmaßnahmen reagieren oder Teile der Produktion in Niedriglohnländer verlagern<sup>202</sup>.

Dieser Argumentation, die nicht nur für gesetzliche, sondern analog auch für tarifliche Mindestlöhne gilt<sup>203</sup>, wird allerdings entschieden widersprochen<sup>204</sup>. Denn durch Machtasymmetrien zugunsten der Nachfrageseite besteht schon kein vollkommener Markt

---

196 Wank, RdA 2015, 88 (89).

197 Kocher, NZA 2007, 600 (601).

198 Rieble, NZA 2007, 1 (3).

199 Wank, RdA, 2015, 88 (89, 90).

200 Schultern in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.4.2.

201 Knabe / Schön / Thum, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2014, 133 (134, 2.1.).

202 Rhein, NZA-Beil. 2009, 91 (92).

203 Rieble, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in: Rieble / Junker / Giesen (Hrsg.), S. 17 (36).

204 Rhein, NZA-Beil. 2009, 91 (92).

im Sinne der klassischen Theorie und eine Bezahlung über dem Marktpreis kann sogar zu positiven Beschäftigungseffekten führen, wenn infolge der Arbeitsmotivation auch die Produktivität steigt<sup>205</sup>.

## 2. Kaufkrafttheorie

Die Kaufkrafttheorie setzt auf die Refinanzierung von Lohnerhöhungen durch die damit verbundene Kaufkraftherhöhung<sup>206</sup>. Für das nachhaltige Funktionieren dieses Modells ist ein Mindestlohn deswegen erforderlich, um das Trittbrettfahrerverhalten von Unternehmen zu verhindern, die von der erhöhten Kaufkraft zwar profitieren, aber mangels Lohnerhöhungen selbst nicht dazu beitragen<sup>207</sup>.

Allerdings wendet sich die Theorie schnell zu ihrem Gegenargument: In demselben Umfang, in dem die Kaufkraft durch Lohnerhöhungen steigt, reduziert sich die Kaufkraft entweder des Arbeitgebers oder, wenn die Lohnerhöhungen auf die Preise umgelegt werden, die Kaufkraft aller Konsumenten<sup>208</sup>. Mithin lässt sich netto kein Gewinn an Kaufkraft durch die Einführung von Mindestlöhnen erzeugen<sup>209</sup>.

## 3. Empirische Beschäftigungseffekte des Mindestlohns und normative Reflexion der Untersuchungsergebnisse

Die neuere nationale und internationale Mindestlohnforschung kommt überwiegend zu dem Ergebnis, dass von den bestehenden Mindestlohnregimen positive oder zumindest keine signifikant negativen Effekte auf den Arbeitsmarkt ausgehen<sup>210</sup>. Was die Verteilungswirkung angeht, so zeigt sich, dass der Mindestlohn zu einer Kompression der Lohnverteilung im unteren Bereich führt und damit die Einkommens- und Lohnverteilung gleichmäßiger macht<sup>211</sup>. Nur begrenzt wirksam ist der Mindestlohn hingegen als Mittel zur Armutsreduzierung<sup>212</sup>.

---

205 *Rhein*, NZA-Beil. 2009, 91 (92).

206 *Rieble*, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in: *Rieble / Junker / Giesen* (Hrsg.), S. 17 (37, 38).

207 *Knabe / Schön / Thum*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2014, 133 (134, 2.2.).

208 *Knabe / Schön / Thum*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2014, 133 (135, 2.2.).

209 *Knabe / Schön / Thum*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2014, 133 (135, 2.2.).

210 *Schultern* in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.4.2; *Rhein*, NZA-Beil. 2009, 91 (93).

211 *Rhein*, NZA-Beil. 2009, 91 (93).

212 *Rhein*, NZA-Beil. 2009, 91 (94).

Diese Ergebnisse bedürfen m. E. vor allem innerhalb der Europäischen Union einer normativen Reflexion.

Ein nationaler Mindestlohn, der auch entsandte Arbeitnehmer erfasst, wirkt sich zum Nachteil schwächer entwickelter Mitgliedstaaten aus, denn ihr Vorteil niedriger Lohnkosten wird weitgehend egalisiert<sup>213</sup>. Während also empirisch keine negativen Arbeitsmarkteffekte von einem Mindestlohn ausgehen, eliminiert er dennoch die wohlfahrtsökonomischen Effekte komparativer Kostenvorteile und hemmt ferner das unionale Ziel einer Angleichung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit<sup>214</sup>.

Der zweite Aspekt betrifft neben den Zielen der Union auch ihre Werte. In Kombination mit einem wenig flexiblen Arbeitsmarkt, etwa aufgrund eines strengen Kündigungsschutzes, hat der Mindestlohn eine Ausgrenzungswirkung, denn – wie aus Frankreich bekannt<sup>215</sup> – finden insbesondere schlecht ausgebildete, Kranke und Behinderte, Langzeitarbeitslose und Ausländer schlechter eine Arbeit, wenn der Arbeitgeber Menschen mit geringer Produktivität schwer wieder los wird<sup>216</sup>. Der Mindestlohn missrät in solchen Kombinationskonstellationen zum wirtschaftlichen Risiko, indem er den sozial besonders Schwachen den Eintritt in den Arbeitsmarkt versperrt<sup>217</sup>.

Daher gilt: Auch, wenn gesamthaft keine negativen Effekte für den Arbeitsmarkt zu erwarten sind, haben die Mitgliedsstaaten bei der Einführung und Gestaltung eines Mindestlohns darauf zu achten, ihre gemeinsamen Ziele und Werte durch inadäquate Regelungen nicht preiszugeben.

---

213 *Kainer*, NZA 2016, 394 (395); *Kort*, NZA 2002, 1248 (1252).

214 *Kainer*, NZA 2016, 394 (395).

215 *Rieble*, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in *Rieble / Junker / Giesen* (Hrsg.), S. 17 (38).

216 *Rieble*, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in: *Rieble / Junker / Giesen* (Hrsg.), S. 17 (38).

217 *Rieble*, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in: *Rieble / Junker / Giesen* (Hrsg.), S. 17 (38).

## D. Gesetzlicher Mindestlohn im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO

### I. Charakteristika und europäischer Regelungsstand

Zur Regulierung der Arbeitsmärkte bedienen sich die Nationalstaaten unterschiedlicher Instrumente zur Mindestlohnfestsetzung. Grundlegend kann dabei zwischen universellen und sektoralen Mindestlohnregimen unterschieden werden<sup>218</sup>. Universelle Regime zeichnen sich durch die Festsetzung einer allgemeinen Lohnuntergrenze aus, die in der Regel auf nationaler Ebene festgesetzt wird und, von möglichen Ausnahmen abgesehen, für alle Beschäftigten gilt<sup>219</sup>. Demgegenüber kennen sektorale Regime keine allgemeine Lohnuntergrenze, sondern setzen Mindestlöhne jeweils für bestimmte Branchen oder Berufsgruppen fest<sup>220</sup>.

Darüber hinaus unterscheiden sich die Mindestlohnregime durch das Regelungsinstrument, mit dem die nationalen Mindestlöhne festgelegt werden. Grundsätzlich können die Mindestlöhne per Gesetz oder per Tarifvertrag bestimmt werden<sup>221</sup>. Ferner existieren Mischsysteme, die Elemente gesetzlicher und tarifvertraglicher Mindestlohnfindung kombinieren, sowie Mindestlohnsysteme, in denen für jeweils spezifische Branchen oder Berufsgruppen unterschiedliche Tariflöhne gelten, manchmal auch in Kombination mit generellen Mindestlöhnen<sup>222</sup>.

Innerhalb der Europäischen Union verfügen derzeit 22 von 28 Staaten über einen allgemeinen (universellen), branchenübergreifenden Mindestlohn, der vom Staat gesetzlich festgelegt ist<sup>223</sup>. Dies gilt etwa für Deutschland (seit 2015<sup>224</sup>), Frankreich, Großbritannien, Irland und die Niederlande. Den europäischen Spitzenplatz nimmt Luxemburg mit 11,55 Euro pro Stunde ein<sup>225</sup>, Schlusslicht ist Bulgarien mit 1,57 Euro pro Stunde<sup>226</sup>. Jedoch sollte hierbei nicht übersehen werden, dass sich die eigentliche Höhe des Mindestlohns weniger

---

218 *Schulten* in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.2.1.

219 *Schulten* in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.2.1.

220 *Schulten* in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.2.1.

221 *Ragacs*, Mindestlöhne und Beschäftigung, S. 5; *Schulten* in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.2.1.

222 *Ragacs*, Mindestlöhne und Beschäftigung, S. 5.

223 IZA, Statutory Minimum Wages in the EU, S. 3.

224 *Wank*, RdA 2015, 88 (88).

225 *Lübker / Schulten*, WSI-Mindestlohnbericht 2018, S. 1 (2).

226 *Lübker / Schulten*, WSI-Mindestlohnbericht 2018, S. 1 (3).

aus einem absoluten Wert, sondern aus dem relativen Niveau im Verhältnis zum nationalen Lohngefüge erschließt<sup>227</sup>.

## **II. Gesetzlicher Mindestlohn im Lichte des Art. 8 Rom I – VO**

Art. 8 Rom I – VO ist die Zentralnorm des Europäischen Internationalen Arbeitsvertragsrechts<sup>228</sup>. Die Vorschrift bestimmt als Sonderkollisionsnorm das auf Arbeitsverträge anwendbare Recht<sup>229</sup> und umfasst damit auch Vergütungsvorschriften<sup>230</sup>. Der gesetzliche Mindestlohn, der den Arbeitgeber zur Zahlung einer normativ festgelegten Vergütung verpflichtet<sup>231</sup>, ist somit ein bedeutsamer Aspekt für die Arbeitsvertragsparteien im Rahmen einer Anknüpfung nach Art. 8 Rom I – VO und wird folglich nun im Lichte dieser Vorschrift betrachtet.

### **1. Regelungsgehalt und Normzweck des Art. 8 Rom I – VO**

Art. 8 Rom I – VO sieht eine Anknüpfungsleiter mit drei Stufen vor<sup>232</sup>. Auf erster Stufe und damit vorrangig vor den objektiven Anknüpfungen befindet sich die Rechtswahl (subjektive Anknüpfung)<sup>233</sup>. Satz 1 des Art. 8 Abs. 1 Rom I – VO statuiert den Grundsatz der Parteiautonomie, der somit auch für das Internationale Privatrecht der Arbeitsverträge gilt<sup>234</sup>. Allerdings sind die Wirkungen der Rechtswahl auf diesem Gebiet stärker eingeschränkt<sup>235</sup>. Nach Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO ist die Reichweite der Parteiautonomie dahingehend beschränkt, dass eine Rechtswahl nicht das zwingende und für den Arbeitnehmer günstigere Recht der objektiven, gemäß Art. 8 Abs. 2 – 4 Rom I – VO maßgebenden Rechtsordnung verdrängen kann<sup>236</sup>. Normiert wird dadurch das Günstigkeitsprinzip bzw. der Günstigkeitsvergleich<sup>237</sup>.

---

227 Schulten in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.3.2.

228 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 1.

229 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 2.

230 S. B. I. 1.

231 Bayreuther, NZA 2014, 865 (865); Wank, RdA 2015, 88 (91).

232 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 32.

233 Junker, IPR, § 15 Rn. 46.

234 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 12; vgl. auch ErwGr. (11) der Rom I – VO.

235 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 3 Rom I – VO Rn. 12.

236 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 68; MüKo / Martiny, Art. 8 Rom I – VO Rn. 34.

237 Junker, IPR, § 15 Rn. 46.



Die objektiven Kollisionsnormen des Art. 8 Rom I – VO benennen den gewöhnlichen Verrichtungsort als das in erster Linie maßgebliche Anknüpfungsmoment (Abs. 2 S. 1; *lex loci laboris*)<sup>238</sup>. Auch eine vorübergehende Entsendung ins Ausland ändert den gewöhnlichen Arbeitsort nicht (Abs. 2 S. 2). Wenn ein gewöhnlicher Arbeitsort fehlt, wird hilfsweise das Recht der einstellenden Niederlassung berufen (Abs. 3)<sup>239</sup>. Die Ausweichklausel des Abs. 4 erlaubt es, von den Regeln der Abs. 2 und 3 abzugehen und ein anderes Recht anzuwenden, soweit zu ihm im Ganzen engere Beziehungen bestehen<sup>240</sup>.

Mit diesen differenzierten Anknüpfungsregeln verfolgt Art. 8 Rom I – VO mehrer Ziele. Im Vordergrund stehen die Belange des Arbeitnehmerschutzes in Rechtssachen mit Auslandsberührung<sup>241</sup>. Der Arbeitnehmer als die in der Regel sozial und wirtschaftlich schwächere Partei soll ausweislich Erwägungsgrund (23) der Rom I – VO bereits auf Ebene des Kollisionsrechts geschützt werden<sup>242</sup>. Erreicht wird dies vor allem durch das Günstigkeitsprinzip<sup>243</sup>. Gemeinsam mit dem ideell verwandten Art. 6 Rom I – VO zeugt dies von der in neuerer Zeit spürbar gewordenen Materialisierung des Internationalen Privatrechts, indem Kollisionsnormen mit sozialen Werten aufgeladen werden und die Bereitschaft zu Eingriffen zum Schutz der Vertragsparität zunimmt<sup>244</sup>. Die Rom I – VO tritt damit der Ansicht entgegen, wonach der sachrechtliche Schutz genügend sei<sup>245</sup>. Dies ist deswegen wünschenswert, weil der Arbeitnehmerschutz in den verschiedenen Rechtsordnungen dieser Welt doch sehr unterschiedlich ausgestaltet ist, sodass es bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene eines Schutzes des Schwächeren bedarf<sup>246</sup>. Auch der Einwand, dass ein systematischer Missbrauch der Rechtswahlfreiheit nicht bekannt sei<sup>247</sup>, kann nicht überzeugen, denn dies vermag nicht zu belegen, dass es keinen Missbrauch gibt<sup>248</sup>. Letztlich ist auch die für den Missbrauch vorausgesetzte Kenntnis fremden Rechts kein Hindernis, jedenfalls nicht für multinational agierende Unternehmen sowie für Unternehmen, die sich die Beratung durch international agierende Rechtsanwaltskanzleien

---

238 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 13.

239 Junker, IPR, § 15 Rn. 45.

240 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 3.

241 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 2.

242 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 1.

243 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 2.

244 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 2.

245 Gamillscheg, *RabelsZ* 37 (1973), 284 (291).

246 Deinert, *Internationales Arbeitsrecht*, § 9 Rn. 10.

247 Junker, *RIW* 2006, 401 (405).

248 Deinert, *Internationales Arbeitsrecht*, § 9 Rn. 10.

leisten können<sup>249</sup>. Daher ist der Schutz der schwächeren Partei bereits auf der Ebene des Kollisionsrechts, der im Ergebnis eine Beschränkung der Parteiautonomie darstellt<sup>250</sup>, geboten und gerechtfertigt.

Andererseits wird so die Privatautonomie als solche nicht angetastet, sondern nur in dem Maße eingegriffen, wie dies zur Erreichung der Schutzzwecke erforderlich ist<sup>251</sup>. Die Rechtswahlfreiheit kann nämlich auch für Arbeitnehmer von Vorteil sein<sup>252</sup>.

Über die Rechtswahlfreiheit und den Arbeitnehmerschutz hinaus sorgt Art. 8 Rom I – VO zusätzlich für eine stabile objektive Anknüpfung des grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnisses<sup>253</sup>. Dies ist aber auch der Rechtswahl dienlich, da das objektive Vertragsstatut beim Günstigkeitsvergleich als Referenzstatut hervortritt<sup>254</sup>.

## 2. Anwendungsbereich des Art. 8 Rom I – VO

### a. Persönlicher Anwendungsbereich

Persönliche Anwendungsvoraussetzungen bestehen nicht, insbesondere kommt es nicht darauf an, dass die Vertragsparteien Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU sind<sup>255</sup>.

### b. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Regelungsbereich von Art. 8 Rom I – VO erstreckt sich auf „Individualarbeitsverträge“<sup>256</sup>. Dieser Begriff ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH autonom auszulegen<sup>257</sup>. Erfasst sind sämtliche Formen von Arbeitsbeziehungen, die ein Arbeitnehmer individuell mit einem Arbeitgeber eingeht<sup>258</sup>. Darunter fallen auch nichtige, faktische oder fehlerhafte Arbeitsverhältnisse, da das Vertragsstatut gem. Art. 10 Abs. 1 Rom I – VO auch die materielle Wirksamkeit sowie

---

249 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 10.

250 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 41.

251 MüKo / Martiny, Art. 8 Rom I – VO Rn. 3.

252 MüKo / Martiny, Art. 8 Rom I – VO Rn. 2.

253 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 3.

254 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 1.

255 ErfK / Schlachter, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 4.

256 Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger, Art. 8 Rom I – VO Rn. 10.

257 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 8 Rom I – VO Rn. 1; Rauscher, IPR, Rn. 1172.

258 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 33.

gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. e Rom I – VO die Folgen der Nichtigkeit umfasst<sup>259</sup>. Irrelevant ist, ob das Arbeitsverhältnis auf einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung oder einem privatrechtlichen Vertrag beruht<sup>260</sup>.

Die Sonderanknüpfung gilt für individuelle Vereinbarungen und – unabhängig von der insoweit missverständlichen Überschrift – auch bei Formular- sowie Gruppenarbeitsverträgen<sup>261</sup>. Freie Dienstverträge werden von Art. 8 Rom I – VO nicht erfasst; für sie gelten die Art. 3 und 4 Rom I – VO<sup>262</sup>. Die Regelung über Arbeitsverträge erstreckt sich jedoch auf Scheinselbständige, falls sie tatsächlich den Kriterien für eine abhängige Beschäftigung genügen<sup>263</sup>.

Ohne dass Art. 8 Rom I – VO dies nochmals besonders wiederholt, verlangt Art. 1 Abs. 1 Rom I – VO als Anwendungsvoraussetzung auch für das Europäische Arbeitskollisionsrecht, dass das erfasste Schuldverhältnis eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist<sup>264</sup>. Ausreichend für das Erfordernis der Auslandsberührung ist schon irgendein Bezug zu mehr als einem Staat, sei diese Verbindung noch so entfernt<sup>265</sup>.

### c. Räumlicher Anwendungsbereich

Die Kollisionsnorm gilt entsprechend dem Anwendungsbereich der Rom I – VO (s. B. I. 2.) in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks und hat universellen Charakter.

### d. Zeitlicher Anwendungsbereich

Intertemporal gilt für Art. 8 Rom I – VO das gleiche wie für die ganze Verordnung<sup>266</sup>. Demnach wird die Vorschrift auf Individualarbeitsverträge angewendet, die nach dem 17.12.2009 abgeschlossen wurden. Umstritten ist, welche Rechtsordnung darüber befindet, wann ein Vertrag zustande gekommen ist<sup>267</sup>. In analoger Anwendung des Rechtsgedankens

---

259 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 8 Rom I – VO Rn. 3; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 4 Rn. 35.

260 Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger, Art. 8 Rom I – VO Rn. 11.

261 Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger, Art. 8 Rom I – VO Rn. 11.

262 ErfK / Schlachter, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 4.

263 ErfK / Schlachter, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 4.

264 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 6.

265 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 7.

266 Staudinger / Magnus, Art. 28 Rom I – VO Rn. 5.

267 Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger, Art. 8 Rom I – VO Rn. 8.

des Art. 10 Abs. 1 Rom I – VO wird dabei zum Teil auf das Recht abgestellt, das bei Anwendung der Rom I – VO zum Zug käme<sup>268</sup>. Nach anderer Ansicht entscheidet das Recht, das nach dem bisherigen Internationalen Privatrecht anzuwenden war<sup>269</sup>. Der EuGH legt hingegen einen autonomen, einheitlichen Vertragsschlussbegriff nahe<sup>270</sup>, da er nicht auf das Sachrecht eines Staates rekrutiert<sup>271</sup>. Entscheidender Zeitpunkt ist daher der Konsens der Parteien aus autonomer Sicht<sup>272</sup>.

Dauerschuldverhältnisse, die gemäß diesem Verständnis vor dem 17.12.2009 geschlossen wurden, aber noch andauern, fallen demnach nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich der Rom I – VO<sup>273</sup>.

Vertragsänderungen und -anpassungen sind im Arbeitsrecht keine Seltenheit<sup>274</sup>. Es fragt sich daher, ob solche Modifikationen von vor dem 17.12.2009 geschlossenen Arbeitsverträgen zur Anwendbarkeit der Rom I – VO führen. In der Rechtssache Nikiforidis<sup>275</sup> stellt der EuGH klar, dass bloße Vertragsanpassungen oder -aktualisierungen ab dem Stichtag keine den intertemporalen Anwendungsbereich der Rom I – VO eröffnenden Vereinbarungen darstellen<sup>276</sup>. Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebiete es vielmehr, nur dann den zeitlichen Anwendungsbereich als eröffnet anzusehen, wenn der Vertrag in einem solchen Umfang geändert wurde, „dass davon auszugehen ist, dass ab diesem Zeitpunkt ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen wurde“<sup>277</sup>. Der Umfang der Arbeitsvertragsänderung bzw. -anpassung muss daher dem Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages gleichwertig sein, um die zeitliche Voraussetzung des Art. 28 Rom I – VO zu erfüllen<sup>278</sup>. Die Erhöhung der vom Arbeitgeber geschuldeten Vergütung – sei es aufgrund einer privatautonomen Übereinkunft, der Einführung oder Erhöhung eines gesetzlichen Mindestlohns oder aufgrund eines Tarifvertrags – erreicht nicht den Charakter eines (neuen) Vertragsschlusses und ist daher nicht geeignet, die Anwendbarkeit der Rom I – VO für Altverträge zu eröffnen.

---

268 Staudinger / *Magnus*, Art. 28 Rom I – VO Rn. 8; *Pfeiffer*, EuZW 2008, 622 (622).

269 *Leible / Lehmann*, RIW 2008, 528 (531).

270 EuGH, Urteil Nikiforidis, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, Rn. 29.

271 Ferrari IntVertragsrecht / *Staudinger*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 8.

272 Staudinger / *Magnus*, Art. 28 Rom I – VO Rn. 8; Palandt / *Thorn*, Art. 28 Rom I – VO Rn. 2.

273 *JurisPK / Ringe*, Art. 28 Rom I – VO Rn. 4.

274 *Stöhr*, ZfA 2015, 167 (167ff.).

275 EuGH, Urteil Nikiforidis, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774.

276 Ferrari IntVertragsrecht / *Staudinger*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 7.

277 EuGH, Urteil Nikiforidis, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, Rn. 39.

278 Ferrari IntVertragsrecht / *Staudinger*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 7.

### 3. Verhältnis zu Art. 3 Abs. 1, 5, 6, 7 Rom I – VO

Während Art. 3 Rom I – VO als Bestandteil der allgemeinen Bestimmungen den Grundsatz der Rechtswahlfreiheit regelt<sup>279</sup>, erfolgt dies in Art. 8 Abs. 1 Rom I – VO für Arbeitsverträge<sup>280</sup>. Die Parteiautonomie als grundsätzliche Kollisionsregel auch für Individualarbeitsverträge<sup>281</sup> wird zugunsten des Arbeitnehmerschutzes jedoch in Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO deutlich wieder eingeschränkt<sup>282</sup>. Die Prämisse, dass die Freiheit der Parteien, das anwendbare Recht zu wählen, auch insoweit der Eckstein sein soll<sup>283</sup>, war während der gesamten Diskussion über die Revision des EVÜ weitgehend unbestritten<sup>284</sup>. Dennoch war die liberale Haltung nicht selbstverständlich<sup>285</sup>, denn seit jeher ist umstritten, ob die Parteiautonomie auch im Internationalen Arbeitsvertragsrecht anzuerkennen ist<sup>286</sup>. So wird vereinzelt verlangt, zum Schutz des Arbeitnehmers allein die objektive Anknüpfung an den Arbeitsort anzuerkennen<sup>287</sup> oder die Rechtswahlfreiheit nur in Verbindung mit einer entsprechenden Tarifautonomie ausgestattet zuzulassen<sup>288</sup>. Auch der Umstand, dass die Kommission in ihrem Entwurf von 2005 beabsichtigt hatte, die Parteiautonomie für Verbraucherverträge gänzlich abzuschaffen, lässt Bedenken an der Rechtswahl im Internationalen Arbeitsrecht zu, denn die Vorbehalte gelten für Verbraucher und Arbeitnehmer gleichermaßen<sup>289</sup>. Für beide Vertragstypen ist jedoch unter der Rom I – VO der Grundsatz der Parteiautonomie in Verbindung mit dem Günstigkeitsprinzip beibehalten worden<sup>290</sup>.

Eine Überschneidung von Art. 8 Rom I – VO mit Art. 6 Rom I – VO als Kollisionsnorm für Verbraucherverträge ist hingegen ausgeschlossen<sup>291</sup>. Zwar können Arbeitnehmer in nationalen Rechtsordnungen als Verbraucher angesehen werden<sup>292</sup> und unterliegen insofern

---

279 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 3 Rom I – VO Rn. 11.

280 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 20.

281 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 20.

282 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 3 Rom I – VO Rn. 11.

283 ErwGr. (11) der Rom I – VO.

284 EuIPR / von Hein, Art. 8 Rom I – VO Rn. 20.

285 EuIPR / von Hein, Art. 8 Rom I – VO Rn. 20.

286 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 5.

287 Simitis, FS Kegel, S. 153ff.; Simitis, JuS 1966, 209 (214f.).

288 Kronke, RabelsZ 45 (1981), 301 (311).

289 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 20.

290 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 20.

291 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 3 Rom I – VO Rn. 11.

292 Für Deutschland: BAGE 115, 19 (29); BeckOK-BGB / Bamberger, § 13 BGB Rn. 36: Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 78; in Österreich wird ein doppelter Schutz durch § 1 Abs. 4 KSchG ausgeschlossen; dazu: Kathrein / Schoditsch in: KBB, § 1 KSchG Rz. 10.

einem verstärkten Schutz, doch ist der europäische Verbraucherbegriff enger<sup>293</sup>. Art. 6 Rom I – VO ist somit nicht einschlägig für arbeitsrechtliche Fragestellungen<sup>294</sup>.

Da Art. 8 Rom I – VO auf Art. 3 Rom I – VO verweist, ermöglicht die Norm den Parteien eines Arbeitsvertrages jedes denkbare Recht zu wählen<sup>295</sup>. Damit weicht das Kollisionsrecht der Arbeitsverträge von dem der Beförderungs- und Versicherungsverträge ab<sup>296</sup>. Art. 5 und 7 Rom I – VO beschränkt die Rechtswahl auf die in Art. 5 Abs. 2 S. 3 respektive Art. 7 Abs. 3 S. 2 Rom I – VO aufgezählten Rechtsordnungen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Verordnungsgeber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für weniger schutzbedürftig als Beförderte und Versicherte hielt<sup>297</sup>. Stattdessen ist die zum Schutz der schwächeren Partei jeweils genutzte Regelungstechnik unterschiedlich<sup>298</sup>. Während Art. 8 Rom I – VO keine Verbindung des Arbeitsvertrages zur vereinbarten Rechtsordnung voraussetzt<sup>299</sup>, dafür diese umfangreiche Rechtswahlmöglichkeit ex post durch das Günstigkeitsprinzip einschränkt<sup>300</sup>, ist die Rechtswahl der Parteien im Rahmen von Art. 5 und 7 Rom I – VO ex ante auf bestimmte Optionen limitiert<sup>301</sup>. Ob der gespaltene Ansatz dogmatisch kohärent ist, darf bezweifelt werden<sup>302</sup>.

#### 4. Rechtsfolgen und Umfang des Vertragsstatuts

Wegen Art. 20 Rom I – VO sind alle Verweisungen aufgrund Art. 8 Rom I – VO Sachnormverweisungen<sup>303</sup>. Rück- und Weiterverweisungen (Renvoi) sind damit nicht zu beachten<sup>304</sup>.

Das so nach Art. 8 Rom I – VO berufene materielle Recht gilt gem. Art. 12 Abs. 1 Rom I – VO unter anderem für die Vertragserfüllung (lit. b) und entscheidet damit auch über die Vergütung und ihre Höhe (s. B. I. 2.)<sup>305</sup>. Eine Beschränkung auf bestimmte Normgruppen

---

293 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 3 Rom I – VO Rn. 11.

294 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 3 Rom I – VO Rn. 11.

295 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 21.

296 BeckOK Großkommentar / Wendland, Art. 3 Rom I – VO Rn. 42.

297 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 21.

298 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 21.

299 MüKo / Martiny, Art. 8 Rom I – VO Rn. 27; Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 52.

300 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 21; Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 68.

301 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 21.

302 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 21.

303 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 81.

304 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 23.

305 ErfK / Schlachter, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 27; Hk-BGB / Staudinger, Art. 8 Rom I – VO Rn. 10.

besteht dabei nicht; auch öffentlich–rechtliche Normen sind erfasst, wenn sie den Inhalt von Arbeitsverhältnissen regeln<sup>306</sup>. Die subjektive oder objektive Anknüpfung nach Art. 8 Rom I – VO hat somit zur Folge, dass gesetzliche Mindestlöhne der berufenen Rechtsordnung zu beachten sind, indem sie die vertragliche Vergütungspflicht des Arbeitgebers konkretisieren.

## 5. Wechselwirkungen von Parteiautonomie und nationalen gesetzlichen Mindestlohnvorschriften

Die Geltung des gesetzlichen Mindestlohns einer gewählten Rechtsordnung ist also Folge einer subjektiven Anknüpfung. Umgekehrt kann aber auch die Geltung eines gesetzlichen Mindestlohns die Vertragsparteien zu einer Rechtswahl bewegen. Die Wechselwirkungen von Parteiautonomie und gesetzlichem Mindestlohn sind im Internationalen Privatrecht daher vielschichtig und in ein komplexes System von Freiheit und Schranken gebettet<sup>307</sup>.

### a. Legitimation und Nutzen der Rechtswahlfreiheit

Wie bereits gezeigt, stellt die Parteiautonomie auch im Europäischen Internationalen Arbeitsrecht einen Grundsatz dar, für den sich der Verordnungsgeber trotz Bedenken entschieden hat (D. II. 1. und 3.)<sup>308</sup>. Damit gilt dieser nun in allen Mitgliedsstaaten der EU, ist aber auch in den meisten Ländern außerhalb der Europäischen Union anerkannt<sup>309</sup>.

Trotz der fast weltweit anerkannten Rechtswahlfreiheit erhält der Wille der Parteien nicht durch sich selbst heraus verbindliche Wirkung, sondern erst durch die Anerkennung durch eine Rechtsordnung<sup>310</sup>. Die Parteien können sich daher die Befugnis zur freien Rechtswahl nicht selbst verleihen, sondern sind vielmehr darauf angewiesen, dass ihnen das Kollisionsrecht der *lex fori* diese Möglichkeit einräumt<sup>311</sup>. Die Gewährung stellt in der Rom I – VO keine Verlegenheitslösung dar<sup>312</sup>, sondern ist auf unionaler Ebene

306 ErfK / *Schlachter*, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 27.

307 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 13.

308 ErwGr. (11) der Rom I – VO spricht von Eckstein.

309 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 5; Ferrari IntVertragsrecht / *Ferrari*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 1; a.A. *Wagner*, IPRax 2008, 377 (378): „Grundsatz der Rechtswahl [...] vom Prinzip her unangefochten“; zu Ausnahmen insbesondere in Lateinamerika und im Nahen Osten und damit gegen einen weltumspannenden Konsens: *Basedow*, *RabelsZ* 75 (2011), 32 (34ff).

310 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 21; *Staudinger / Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 26.

311 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 21; *MüKo / Martiny*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 8.

312 So aber *Kegel / Schurig*, IPR, § 18 I 1 c; dagegen BeckOK-BGB / *Spickhoff*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 6.

primärrechtlich bedingt. Ebenso wie die Privatautonomie findet Parteiautonomie ihre Grundlage in den Grundfreiheiten<sup>313</sup> und wird durch diese garantiert<sup>314</sup>. Beide Freiheiten sind ferner Ausprägung des rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmungsprinzips und damit in der Freiheit und Würde des Menschen begründet<sup>315</sup>. Daher ist (auch) die Parteiautonomie „in dubio pro liberate“ möglichst umfassend zu gewähren<sup>316</sup>.

Ferner ist die Einräumung der Rechtswahlbefugnis auch aus praktischen Gründen geboten. Der durch sie den Vertragsparteien zur Verfügung stehende größere rechtliche Gestaltungsspielraum ermöglicht effiziente, kreative sowie problemlösungsorientierte Vereinbarungen und damit die Realisierung pareto-optimaler Kooperationsgewinne durch beidseitige interessengerechte Vereinbarungen<sup>317</sup>. Zwar haben die Parteien nicht die Möglichkeit, das anwendbare Recht auf den konkreten Fall zuzuschneiden<sup>318</sup>, sie können aber aus der Vielzahl der zur Verfügung stehenden Rechtsordnungen diejenige wählen, welche ihren Interessen am besten entspricht<sup>319</sup>. Durch die Möglichkeit der Teilrechtswahl<sup>320</sup> eröffnet sich den Parteien zudem die Möglichkeit, auf einzelne Teile des Vertrages eine ihnen als sachgerecht erscheinende Rechtsordnung zur Anwendung zu bringen. Die Anknüpfung des Vertragsstatuts an objektive Merkmale leidet dagegen häufig unter dem Dilemma, entweder zu rigide oder zu vage zu sein<sup>321</sup>. Die Rechtswahl lässt neben differenzierten Lösungen für den Einzelfall auch den Vorteil zu, dass die Rechtsanwendung voraussehbar wird<sup>322</sup>. Dies dient der Rechtssicherheit und damit auch der Streitvermeidung<sup>323</sup>.

Die Legitimation und Vorteile einer Rechtswahl entfallen jedoch, wenn diese nicht Ausdruck der freien Entscheidung beider Parteien ist, sondern dem strukturell schwächeren Vertragspartner durch die stärkere Partei in einseitig benachteiligender Weise aufgezwungen wurde<sup>324</sup>. Ein solches Ergebnis wäre mit dem Zweck des Vertrages als Instrument der rechtlichen Interessensverwirklichung beider Parteien, was notwendig einen angemessenen

---

313 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 20.

314 Staudinger / *Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 3.

315 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 20.

316 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 20.

317 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 24.

318 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 24.

319 Staudinger / *Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 28.

320 Ferrari IntVertragsrecht / *Ferrari*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 36; im Internationalen Arbeitsrecht ist die Möglichkeit der Teilrechtswahl umstritten (s. D. II. 5. b. cc.).

321 Staudinger / *Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 28.

322 MüKo / *Martiny*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 8.

323 Staudinger / *Magnus* Art. 3 Rom I – VO Rn. 28.

324 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 30.



Interessenausgleich und damit Vertragsgerechtigkeit voraussetzt, nicht vereinbar<sup>325</sup>. Im Bereich des (Internationalen) Arbeitsrechts droht für gewöhnlich eine solche Zweckverfehlung, da Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die in der Regel wirtschaftlich und sozial schwächere Partei sind<sup>326</sup>. Daher wird für diesen Bereich die Versagung oder zumindest starke Beschränkung der Rechtswahlfreiheit vertreten (s. D. II. 3.). Allerdings wird dabei außer Acht gelassen, dass auch das gewählte Recht in der Regel Schutzbestimmungen für den Arbeitnehmer enthält<sup>327</sup>. Außerdem wird eine starre objektive Anknüpfung den Bedürfnissen der Arbeitswelt nicht gerecht, weil wechselnde Fallgestaltungen und sich ändernde Verhältnisse (z.B: Statutenwechsel bei Übergang von Inlands- zu Auslandsarbeit) mit Rechtsunsicherheit verbunden wären<sup>328</sup>. Letztlich wird der Arbeitnehmer der Möglichkeit beraubt, gemeinsam mit dem Arbeitgeber ein fortschrittliches Arbeitsrecht zu wählen und somit beidseitig einen Vorteil zu erlangen<sup>329</sup>. Der Arbeitnehmer kann somit genauso an einer Rechtswahl interessiert sein.

Mithin ist es nicht einzusehen, im Internationalen Arbeitsrecht die Rechtswahlmöglichkeit abzulehnen. Freilich kann dabei nicht übersehen werden, dass es Schutzmechanismen bedarf, um der strukturell unterlegenen Vertragspartei die paritätische Verhandlungsmacht als Grundlage einer freien Entscheidung zu sichern, etwa wenn der Arbeitgeber zur Umgehung des Mindestlohns seine Verhandlungsüberlegenheit ausnutzt. Die Rom I – VO verwirklicht diesen Zwiespalt, indem sie die Parteiautonomie als Grundsatz anerkennt, ihr gleichzeitig aber Schranken zum Schutz der schwächeren Partei setzt<sup>330</sup>.

#### *b. Ausgestaltungsmöglichkeiten und Motivationsgründe der Rechtswahl*

Die Rechtswahl kann durch die Arbeitsvertragsparteien, aber auch durch Tarifvertragsparteien erfolgen. Den jeweiligen Vertragsparteien stehen dabei zahlreiche Ausgestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung. Das mannigfaltige Zusammenspiel von Parteiautonomie und gesetzlichem Mindestlohn ergibt sich aber nicht nur aus den rechtlichen Optionen für die Ausgestaltung einer Rechtswahl, sondern auch aus den

---

325 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 30.

326 Die Rom I – VO geht von der unwiderleglichen Vermutung der strukturellen Unterlegenheit von Arbeitnehmern sowie anderer Personengruppen aus; BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 39.

327 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 2.

328 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 2.

329 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 115.

330 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 29ff.

dahinterliegenden Motivationen der Parteien für die Wahrnehmung der Rechtswahlfreiheit.

aa. Rechtswahl durch die Arbeitsvertragsparteien

Die Bestimmung des anwendbaren Rechts erfolgt durch Vertrag<sup>331</sup>, dem sogenannten Verweisungsvertrag<sup>332</sup>. Dieser ist unabhängig vom Arbeitsvertrag, auch wenn er mit diesem zusammen geschlossen wurde<sup>333</sup>. Es ist daher irrelevant, ob die Verweisung gesondert oder im Arbeitsvertrag erfolgt; sie kann ebenso Bestandteil Allgemeiner Geschäftsbedingungen sein<sup>334</sup>.

Wählbar ist jede beliebige Rechtsordnung<sup>335</sup>. Daher ist auch die Wahl eines neutralen Rechts möglich, zu dem zwar keine örtlichen oder persönlichen Bezüge bestehen, dessen Inhalt den Parteien aber zusagt<sup>336</sup>. Selbst in reinen Inlandsfällen ist die Vereinbarung ausländischen Rechts zulässig, wie sich aus Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO ergibt<sup>337</sup>. Umstritten ist in diesem Fall jedoch, ob die Verweisung eine kollisionsrechtliche Verweisung mit Sonderanknüpfung zwingender Bestimmungen darstellt oder als materiellrechtliche Verweisung lediglich die Abweichung vom dispositiven Recht darstellt<sup>338</sup>. Dass Missbrauchsversuche (etwa die Umgehung des inländischen gesetzlichen Mindestlohns) durch die Versagung einer kollisionsrechtlichen Rechtswahlmöglichkeit effektiv eingedämmt werden kann, ist nicht stichhaltig, denn durch Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO wird nahezu derselbe Schutz erreicht, ohne dafür die kollisionsrechtliche Parteiautonomie von vornherein einzuschränken<sup>339</sup> („in dubio pro liberate“).

Eine Rechtswahl kann auch nachträglich erfolgen (Art. 3 Abs. 2 Rom I – VO) und dadurch das Vertragsstatut ändern, das aufgrund einer vorherigen Rechtswahl oder aufgrund objektiver Anknüpfung galt<sup>340</sup>. Dies ist für die Parteien bedeutsam, wenn eine geänderte

---

331 Staudinger/*Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 36; MüKo / *Martiny*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 14; Ferrari IntVertragsrecht / *Ferrari*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 6.

332 BeckOK-BGB / *Sprickhoff*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 13.

333 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 16.

334 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 27.

335 Ferrari IntVertragsrecht / *Ferrari*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 15; Staudinger / *Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 42.

336 MüKo / *Martiny*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 22.

337 JurisPK / *Ringe*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 32.

338 Für kollisionsrechtliche Wirkung etwa *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 40; für lediglich materiellrechtliche Wirkung etwa *Maultzsch*, *RabelsZ* 75 (2011), 60 (65ff); Staudinger / *Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 53; Palandt / *Thorn*, Art. 3 Rom I – VO Rn 2, 5.

339 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 40.

340 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 33.

Rechtsordnung den Parteien angemessener erscheint oder die ursprüngliche Rechtsordnung den Bedürfnissen der Parteien nicht mehr gerecht wird.

Daran zeigt sich aber auch, dass die Rechtswahl eine dynamisch ist<sup>341</sup>. Spätere Änderungen der Gesetzeslage und der Rechtsprechung sind auf sie ohne Einfluss<sup>342,343</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien in Kenntnis einer solchen Änderung die Rechtswahl nicht vorgenommen hätten<sup>344</sup>. Die Vertragspartner können daher interessiert sein, zum Schutz vor Rechtsänderungen sog. Versteinerungsklauseln zu vereinbaren<sup>345</sup>. Dadurch soll das anwendbare Recht durch eine statische Verweisung auf den zu einem bestimmten Zeitpunkt, in der Regel jenem des Vertragsschlusses, geltenden Zustand eingefroren und nachträgliche Änderungen des für den Vertrag geltenden Rechts ausgeschlossen werden<sup>346</sup>. So gelingt es den Parteien, zum Beispiel den gesetzlichen Mindestlohn auf einem Niveau dauerhaft zu fixieren und an die turnusmäßigen Erhöhungen nicht gebunden zu sein. Als materiellrechtliche Verweisung ist eine solche zeitliche Arretierung unbedenklich<sup>347</sup>. Umstritten ist hingegen die kollisionsrechtliche Wirksamkeit derartiger Klauseln<sup>348</sup>. Mehrheitlich wird dies abgelehnt<sup>349</sup>, vor allem um zu verhindern, dass dadurch zwingendes Gesetzesrecht etwa zum Schutz strukturell schwächerer Parteien umgangen und so ausgehebelt wird<sup>350</sup>. Insbesondere im Arbeitsrecht treffen diese Bedenken zu. Die Parteiautonomie soll daher nicht dazu führen können, dass Teile einer Rechtsordnung, etwa die Anpassung des gesetzlichen Mindestlohns an die geänderten wirtschaftlichen Bedingungen in der Arbeitswelt<sup>351</sup>, durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und -nehmer ausgeschaltet werden<sup>352</sup>. Dies würde sonst auch dem Sinn des Mindestlohns, eine menschenwürdige Existenzgrundlage zu sichern (s. C. I. 4.), zuwiderlaufen. Denn die Höhe des Mindestlohns würde sich nicht mehr nach den gegenwärtigen Vorschriften richten, welche die aktuelle Bedarfssituation für das Existenzminimum reflektieren, sondern nach

---

341 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 39.

342 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 39.

343 Dies lässt sich auch aus Art. 20 Rom I – VO ableiten: „die in diesem Staat geltenden Rechtsnormen“. Maßgebend ist die Rechtslage im Zeitpunkt der Rechtsstreitentscheidung; BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 68.

344 *Gamilscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 102.

345 *Ferrari IntVertragsrecht / Ferrari*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 17.

346 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 113.

347 MüKo / *Martiny*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 26.

348 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 113.

349 *Staudinger / Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 51; *jurisPK / Ringe*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 40; *Ferrari IntVertragsrecht / Ferrari*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 114; a.A. *Sandrock*, FS *Riesenfeld*, 211 (220ff).

350 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 114.

351 Vgl. etwa § 9 des deutschen Mindestlohngesetzes.

352 MüKo / *Martiny*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 26.

der veralteten Gesetzeslage, welche nicht mehr angemessen ist.

#### bb. Rechtswahl durch Tarifvertrag

Die praktische Relevanz einer Rechtswahl durch Tarifvertrag liegt insbesondere in der Rechtsklarheit für Branchen mit hoher Mobilität<sup>353</sup>, etwa der Seefahrt<sup>354</sup>. Dennoch ist nicht ganz klar, ob dies zulässig ist. Dagegen lässt sich einwenden, dass eine Rechtswahl „von den Parteien“ (Art. 3 Abs. 1 Rom I – VO) vorzunehmen sei<sup>355</sup> und daher dem Selbstbestimmungsrecht des Arbeitgebers und Arbeitnehmers unterliegen müsse<sup>356</sup>. Die auf der Selbstbestimmung beruhende Parteiautonomie besagt indes nicht, dass die Bestimmung des anwendbaren Rechts eine höchstpersönliche Angelegenheit ist<sup>357</sup>. Denn Art. 3 Rom I – VO geht es nicht darum, zu entscheiden, wer konkret das Rechtsgeschäft vornimmt<sup>358</sup>. Zulässig und unbestritten ist daher aus diesem sowie aus Praktikabilitätsgründen die Rechtswahl durch Stellvertreter<sup>359</sup>. Dieses Bedürfnis und der Schutz durch tarifliche Regelungen ist bei grenzüberschreitenden Unternehmenstätigkeiten aber nicht geringer als bei rein nationalen Sachverhalten<sup>360</sup>. Eine Rechtswahl muss daher auch durch Tarifvertrag möglich sein. Betroffen sind dann freilich nur diejenigen Arbeitsverhältnisse, die von dem Tarifvertrag erfasst sind<sup>361</sup>.

Eine tarifliche Rechtswahl, die für einen Einzelarbeitsvertrag gilt, unterliegt dann als Verweisungsgeschäft denselben kollisionsrechtlichen Schranken wie individuell vereinbarte Rechtswahlvereinbarungen<sup>362</sup> (zu den Schranken eingehend D. II. 5. c.).

#### cc. Der gesetzliche Mindestlohn als Motivation für eine Rechtswahl

Die Beachtung des gesetzlichen Mindestlohns kann nicht nur Rechtsfolge einer subjektiven Anknüpfung sein (s. D. II. 4., Art. 12 Abs. 1 lit. b Rom I – VO), sondern sogar entscheidender Beweggrund für eine Rechtswahl. Wenn nämlich der Mindestlohn

---

353 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 23; ErfK / *Schlachter*, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 7.

354 Vgl. NZA 1990, 680, wo ein (schuldrechtlicher) Tarifvertrag zwischen einer Gewerkschaft und einer Reederei abgedruckt ist, der für die Schiffsbesatzung die Anwendung deutschen Rechts vorsieht.

355 So *Birk*, RdA 1989, 201 (203).

356 *Thüsing*, NZA 2003, 1303 (1304).

357 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 23.

358 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 23.

359 *Staudinger / Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 37.

360 ErfK / *Schlachter*, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 7.

361 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 23; *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 63.

362 *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 64.

gesamtwirtschaftlich betrachtet zu einer gleichmäßigeren Lohnverteilung führt (s. C. II. 3.), bedeutet das gleichzeitig eine zusätzliche Belastung für den Arbeitgeber insbesondere im unteren Lohnbereich<sup>363</sup>. Daher kann es für ihn wirtschaftlich sinnvoll sein, zu versuchen, durch Rechtswahl den inländischen gesetzlichen Mindestlohn zu umgehen. Ein solches Vorgehen ist ihm aufgrund seiner faktischen Verhandlungsmacht möglich<sup>364</sup>. Zu verwundern vermag daher die empirische Beobachtbarkeit nicht, dass der Arbeitgeber im Allgemeinen die Vertragsinhalte vorgibt und die Rechtswahl an eigenen Interessen ausrichtet<sup>365</sup>. Eine unbeschränkte Zulassung der Rechtswahl wäre daher als offene Flanke des Arbeitnehmerschutzes bedenklich<sup>366</sup>. Andererseits würde ein generelles Verbot außer Acht lassen, dass auch im Internationalen Arbeitsrecht die Rechtswahlfreiheit diejenigen Legitimationsgründe und Vorteile (s. D. II. 5. a.) in Anspruch nehmen kann, die für jede Rechtswahl gelten<sup>367</sup>. Es ist daher die Aufgabe einer Rechtsordnung, einen solchen Rechtsrahmen zu schaffen, in der die Parteiautonomie als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und als praktisches Bedürfnis des Rechtsverkehrs<sup>368</sup> gewährleistet wird, aber gleichzeitig in dem Maße eingegriffen wird, als dies zu Schutzzwecken erforderlich ist<sup>369</sup>. Konsequenterweise ist es daher, wenn die Rom I – VO die Rechtswahlfreiheit punktuell relativiert<sup>370</sup> und somit nicht uneingeschränkt der Gleichwertigkeitsthese folgt, sondern anerkennt, dass der Schutzstandard nicht überall gleich bzw. gleichwertig ist<sup>371</sup>. So lässt sich vermeiden, dass der Arbeitgeber seine strukturelle Überlegenheit ausnutzt und die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch eine Rechtswahl um ihre gesetzliche Mindestentlohnung bringt.

Um bei der Umgehung nationaler Mindestlohngesetze nicht vollständig auf eine fremde Rechtsordnung zurückgreifen zu müssen, erscheint eine gegenständlich beschränkte Rechtswahl für den Arbeitgeber weniger gefährlich zu sein. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die Parteien eine Teilrechtswahl dergestalt treffen können, dass sich die Rechtswahl nicht auf alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis erstreckt<sup>372</sup>,

---

363 S. C. II. 1; Knabe / Schön / Thum, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2014, 133 (145ff., 5.1).

364 MüKo / Martiny, Art. 8 Rom I – VO Rn. 2.

365 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 10.

366 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 11.

367 MüKo / Martiny, Art. 8 Rom I – VO Rn. 2.

368 MüKo / Martiny, Art. 3 Rom I – VO Rn. 8.

369 BeckOK Großkommentar / Wendland, Art. 3 Rom I – VO Rn 32; MüKo / Martiny, Art. 8 Rom I – VO Rn. 3.

370 Zu den Schranken der Rechtswahlmöglichkeiten s. D. II. 5. c.

371 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 11.

372 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 3 Rom I – VO Rn. 32.

sondern allein auf die Vergütungspflichten bezieht<sup>373</sup>. Umstritten ist nämlich die Möglichkeit einer Teilrechtswahl im Internationalen Arbeitsrecht<sup>374</sup>. Allerdings kann gleich zweifach aus Art. 8 Rom I – VO diese Möglichkeit abgeleitet werden. Zum einen in Abs. 1 durch den generellen Verweis auf Art. 3 Rom I – VO, der in seinem Abs. 1 S. 3 die Teilrechtswahl ausdrücklich erlaubt<sup>375</sup>. Zum anderen aus Abs. 2, der offensichtlich die Möglichkeit einer Teilrechtswahl voraussetzt: Lediglich „soweit das auf den Arbeitsvertrag anzuwendende Recht nicht durch Rechtswahl bestimmt ist“, soll der Vertrag von dem Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes beherrscht werden<sup>376</sup>. Unter der Rom I – VO ist daher auch im Internationalen Arbeitsrecht eine kollisionsrechtliche Teilverweisung möglich. Freilich sind aber auch hierfür die Schutzmechanismen der Rom I – VO einschlägig (s. D. II. 5. c.), sodass eine Teilrechtswahl ebenfalls nicht den gesetzlichen Mindestlohn in die Disposition des Arbeitgebers stellt.

Eine andere Konstellation der Umgehung liegt vor, wenn der Arbeitgeber eine Rechtswahl vereinbaren möchte, weil ihm das infrage kommende Recht vorteilhaft erscheint, aber nur unter der Prämisse, nicht den dortigen gesetzlichen Mindestlohn zur Anwendung zu bringen. Dies wirft die Frage auf, ob eine kollisionsrechtliche Rechtswahl unter Ausschluss eines Teils der anderen Rechtsordnung möglich ist. Diese Befugnis zur Wahl eines Teils einer Rechtsordnung ist auseinanderzuhalten von der Rechtswahl für einen Teil des Vertrages<sup>377</sup>. Die hier vorliegende erste Rechtswahlvariante wird mehrheitlich abgelehnt<sup>378</sup>. Doch die Gefahr einer sog. Rosinenpickerei durch den Arbeitgeber wird in der Rom I – VO durch die punktuellen Rechtswahlbeschränkungen (s. D. II. 5. c.) begegnet<sup>379</sup>. Insofern sind mit dem Grundsatz „in dubio pro liberate“ derartige Rechtswahlvarianten zuzulassen, denn der Arbeitnehmerschutz wird besser durch weniger einschneidende Eingriffe in die Parteiautonomie gewährleistet.

Denkbar sind jedoch auch Situationen, in denen eine Rechtswahl nicht der bedenklichen

---

373 Wird hingegen nur für eine Einzelfrage (z.B. Vergütungshöhe) und nicht für einen Regelungskomplex auf ein anderes Recht Bezug genommen, liegt eher eine materiellrechtliche Teilverweisung vor; Oetker in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, § 11 Rn. 12; MüKo / Mariny, Art. 3 Rom I – VO Rn. 67.

374 Deintert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 35; jurisPK / Sutschet, Art. 8 Rom I – VO Rn. 7 m.w.N.

375 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 25.

376 EuIPR / von Hain, Art. 8 Rom I – VO Rn. 25.

377 JurisPK / Sutschet, Art. 8 Rom I – VO Rn. 8.

378 Staudinger / Magnus, Art. 3 Rom I – VO Rn. 108; Ferrari IntVertragsrecht / Ferrari, Art. 3 Rom I – VO Rn. 36; a.A. jurisPK / Sutschet, Art. 8 Rom I – VO Rn. 8.

379 JurisPK / Sutschet, Art. 8 Rom I – VO Rn. 8.

Umgebung von gesetzlichen Mindestlöhnen dient. Freilich sind derartige Konstellationen eher selten<sup>380</sup>. Die Motivation, gezielt fremde Lohnvorschriften auszusuchen, ist dann darin zu sehen, Rechtssicherheit zu erhalten und eine angemessene Vergütung im unteren Lohnbereich sicherzustellen. Dies kann zum einen daran liegen, dass die inländische Lohnuntergrenze nur eine Alibifunktion aufweist und daher keine ernst zu nehmende normative Grundlage darstellt. Zum anderen kann es daran liegen, dass es im Inland keinen gesetzlichen Mindestlohn gibt und die vorhandenen Tarifregelungen dies nicht kompensieren können. In beiden Fällen müssten die Parteien die Vergütungshöhe selbst festlegen sowie Lohnerhöhungsmechanismen aushandeln, was ausgefallen streitanfällig ist. Die Orientierung an einem funktionierenden gesetzlichen Mindestlohnsystem bringt hingegen Rechtssicherheit, speziell bei den Erhöhungen, da diese dann extern und nach objektiven Kriterien festgelegt werden<sup>381</sup>. Insbesondere als Teilrechtswahl ist ein solches Rekrutieren auf fremde Rechtsordnungen sinnvoll. Ob Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO in einem solchen Inlandssachverhalt die kollisionsrechtliche Freiheit begrenzt ist fraglich, denn dies würde den Arbeitnehmerschutz schmälern<sup>382</sup>, indem trotz Fehlen nationaler Mindestlöhne bzw. trotz Tariferosion nicht mit kollisionsrechtlicher Wirkung eine Teilrechtswahl auf fremde Mindestlohnvorschriften vorgenommen werden könnte.

### *c. Gesetzlicher Mindestlohn als Schranke der Rechtswahl*

#### aa. Die Relativierung der Parteiautonomie zur Sicherung der Parteiautonomie

Besinnt man sich nochmals auf die Legitimationsgrundlage und den praktischen Nutzen der Rechtswahlfreiheit für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr, so ist klar geworden, dass diese – auch im Internationalen Arbeitsrecht – möglichst umfassend zu gewähren ist (D. II. 5. a.). Eine uneingeschränkte Rechtswahlfreiheit würde aber – insbesondere bei sozialer und wirtschaftlicher Ungleichheit der Vertragspartner – zu Missbräuchen führen, indem die stärkere Partei ihre Überlegenheit ausnutzt, um eine Rechtsordnung, welche die schwächere Partei schützen will, gezielt abzuwählen<sup>383</sup>. Ein solches Ergebnis wäre mit dem Zweck des Vertrages als Instrument der rechtlichen Interessensverwirklichung beider Parteien nicht zu

---

380 *Junker*, IPR, § 15 Rn. 46, da die Wahl einer fremden Rechtsordnung dem Arbeitgeber i.d.R. keinen Vorteil bringe.

381 Vgl. etwa § 9 des deutschen Mindestlohngesetzes.

382 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 37.

383 *Staudinger / Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 31.

vereinbaren<sup>384</sup>. Daher kann sich eine Rechtsordnung nicht damit begnügen, die Rechtswahl unbeschränkt zuzulassen, denn sonst droht die Parteiautonomie in Sachverhalten mit unterschiedlich mächtigen Parteien zu einer lediglich formal bestehenden Hülle zu verkommen<sup>385</sup>. Es bedarf aus diesem Grund einer Begrenzung der Rechtswahlmöglichkeiten zum Schutz der schwächeren Partei, mithin zum Schutz materieller Rechtswahlfreiheit als Bedingung authentischer Parteiautonomie<sup>386</sup>.

Während die Anerkennung der Parteiautonomie in rechtsvergleichender Hinsicht durchaus verbreitet ist, bestehen sehr unterschiedliche Konzeptionen hinsichtlich Ob und Wie ihrer Begrenzung<sup>387</sup>. So ist in den USA die Rechtswahl regelmäßig nur eingeschränkt durch die Notwendigkeit einer substantiellen Beziehung zu dem Staat des gewählten Rechts sowie den Vorbehalt einer public policy<sup>388</sup>. Im französischen Recht wurde eine Einschränkung durch das sog. Günstigkeitsprinzip praktiziert, eine Lösung, die das österreichische IPRG von 1978 in § 44 Abs. 3 S. 2 ebenfalls enthielt<sup>389</sup>. Ähnliche Beschränkungen gibt es in Japan und Südafrika<sup>390</sup>. Ein anderes Konzept verfolgt die Schweiz, wo gemäß Art. 121 Abs. 3 IPRG der Kreis wählbarer Rechte eingeschränkt ist<sup>391</sup>.

Die Rom I – VO setzt die Schranken der Rechtswahlfreiheit durch diverse Instrumente um<sup>392</sup>. Im Vordergrund für das Internationale Arbeitsrecht steht das in Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO normierte Günstigkeitsprinzip<sup>393</sup>. Der Gefahr des forum shopping, also der gezielten Umgehung einer Rechtsordnung durch Rechtswahl, wird durch die Schranken der Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I – VO begegnet<sup>394</sup>. Letztlich begrenzen auch die Art. 9 und Art. 21 Rom I – VO die Rechtswahl<sup>395</sup>. Umstritten ist die Existenz darüber hinausgehender ungeschriebener Schranken<sup>396</sup>.

---

384 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 30.

385 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 31.

386 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 31.

387 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 9.

388 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 7.

389 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 7.

390 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 7.

391 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 8.

392 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 37; ErfK / *Schlachter*, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 18.

393 *Staudinger* / *Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 68.

394 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 25.

395 ErfK / *Schlachter*, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 18.

396 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 45.



So paradox es auch klingen mag: die zahlreichen Rechtswahlbeschränkungen in der Rom I – VO bedeuten als Schutz des Schwächeren im Rahmen der Rechtswahl die Gewährleistung effektiver Rechtswahlfreiheit<sup>397</sup>. Denn eine nur formale Freiheit, zu deren Ausübung keine autonome Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers gegeben ist, ist letztlich keine Freiheit<sup>398</sup>. Es geht also auch bei den Schranken der Rechtswahl neben der Erfüllung spezifischer Schutzzwecke um die Verwirklichung der Parteiautonomie. Insofern ist das europäische Kollisionsrecht der Entwicklung des europäischen Privatrechts einen Schritt voraus, als dort die Anerkennung notwendiger Gewährleistungen effektiver Privatautonomie noch in der Entwicklung ist<sup>399</sup>.

#### bb. Das Günstigkeitsprinzip

Eine Rechtswahl darf nach Art. 8 Abs. 1 S. 2. Rom I – VO nicht zur Folge haben, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm von den zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Art. 8 Abs. 2, 3 oder 4 Rom I – VO mangels Rechtswahl anwendbar wäre<sup>400</sup>. Das aufgrund der Rechtswahl gefundene Ergebnis wird also mit dem sich aufgrund objektiver Anknüpfung ergebenden Resultat konfrontiert<sup>401</sup>.

Dieser Rechtssatz, den man als rechtswahlergänzende Sonderanknüpfung zwingender Arbeitnehmerschutzbestimmungen bezeichnet oder vereinfacht als Günstigkeitsvergleich oder -prinzip<sup>402</sup>, ist die *differentia specifica* des Internationalen Arbeitsrechts gegenüber dem allgemeinen Internationalen Schuldvertragsrechts<sup>403</sup> und daher von besonderer Bedeutung für die Betrachtung des gesetzlichen Mindestlohns in kollisionsrechtlichen Rechtswahlfällen.

#### (1) Gesetzliche Mindestlöhne als unabdingbare Bestimmungen

Die Verordnung legt die Bestimmungen nicht näher fest, von denen nach Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO „nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf“<sup>404</sup>.

---

397 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 14.

398 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 14.

399 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 14.

400 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 34.

401 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 34.

402 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 41.

403 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 41 mit dem Verweis auf den nahezu identischen Schutzmechanismus in Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I – VO.

404 Staudinger / *Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 69.

Begründungserwägung (37) der Rom I – VO betont aber immerhin, dass der Begriff der unabdingbaren Bestimmungen in Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO und anderen Vorschriften (Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I – VO, Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I – VO) weiter als jener der zwingenden Bestimmungen im Sinne des Art. 9 Rom I – VO zu verstehen ist<sup>405</sup>.

Zunächst handelt es sich bei den unabdingbaren Vorschriften im Sinne des Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO um Regelungen desjenigen nationalen Rechts, das nach Art. 8 Abs. 2 – 4 Rom I – VO für das Arbeitsverhältnis gilt<sup>406</sup>. Dabei ist unerheblich, ob das objektiv berufene Recht, mithin auch das jeweilige Mindestlohnregime, in- oder ausländisches Recht ist<sup>407</sup>. Das objektive Arbeitsvertragsstatut wirkt somit als Referenzstatut für die Rechtswahl<sup>408</sup>.

Bei diesen Vorschriften muss es sich darüber hinaus um Schutzvorschriften mit verbindlichem Charakter handeln<sup>409,410</sup>. Gemeint sind solche Normen, welche die Rechtsstellung des schwächeren Vertragsteils verbessern, d.h. den Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schützen wollen<sup>411</sup>. Irrelevant ist, ob es sich dabei um genuin arbeitsrechtliche Normen oder um öffentlich-rechtliche Arbeitsschutznormen handelt<sup>412</sup>. Nicht ausgeschlossen ist, dass die Normen neben dem Arbeitnehmer auch Allgemeininteressen schützen<sup>413</sup>. Umstritten ist hingegen, ob auch zwingende Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts in Betracht kommen, die den Arbeitnehmer zwar schützen, aber eben nicht in dieser Eigenschaft<sup>414</sup>. Für den gesetzlichen Mindestlohn ist dies allerdings nicht von Bedeutung. Dieser dient nämlich (unter anderem) dem Schutz des Arbeitnehmers in genau dieser Eigenschaft<sup>415</sup>.

Vorschriften über Mindestlöhne haben als Arbeitnehmerschutzbestimmungen typischerweise auch intern zwingenden Charakter<sup>416</sup>. Es handelt sich bei ihnen somit um unabdingbare Bestimmungen im Sinne von Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO. Der gesetzliche Mindestlohn steht damit dem gewählten Recht als zwingende Schutznorm des Referenzstatuts gegenüber.

---

405 Staudinger / *Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 69.

406 Staudinger / *Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 70; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 53.

407 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 53.

408 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 42.

409 Staudinger / *Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 72.

410 Nach ErwGr. (35) der Rom I – VO genügt es dem verbindlichen Charakter, wenn von einer Schutznorm nicht oder nur zum Vorteil des Arbeitnehmers abgewichen werden darf.

411 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 36.

412 ErfK / *Schlachter*, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 19.

413 *Oetcker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 23.

414 Ferrari IntVertragsrecht / *Staudinger*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 14; dafür etwa EuIPR / *von Hain*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 28; dagegen *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 53.

415 Vgl. § 1 des dt. MiLoG („jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer“).

416 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 48.1.

## (2) Durchführung des Günstigkeitsprinzips

Regelungen darüber, wie der Günstigkeitsvergleich durchzuführen ist, fehlen<sup>417</sup>. Theoretisch kommen drei verschiedene Lösungen in Betracht: ein Vergleich der einzelnen Vorschriften mit der Folge, dass sich die jeweils günstigere durchsetzt (Einzelvergleich); ein Vergleich der gesamten rechtlichen Situation des Arbeitnehmers (abstrakter Gesamtvergleich); oder ein Vergleich nach Sachgruppen, bei dem unmittelbar miteinander zusammenhängende Gruppen von Normen gegenübergestellt werden (Sachgruppenvergleich)<sup>418</sup>.

Der Gesamtvergleich wird nahezu einhellig abgelehnt<sup>419</sup>. Haupteinwand ist die geringe Praktikabilität<sup>420</sup>, aber auch die Missachtung struktureller Unterschiede verschiedener Rechtsordnungen<sup>421</sup>. Pauschale Werturteile über eine Rechtsordnung abzugeben ist weder dienlich für den Arbeitnehmerschutz noch Sinn der Rom I – Verordnung.<sup>422</sup>

Diese Überlegung führt zur Forderung nach einem Einzelvergleich<sup>423</sup>. Bei einem punktuellen Vergleich einzelner Normen bleibt jedoch die innere Konsistenz der Rechtssysteme unbeachtet<sup>424</sup>. Außerdem führt diese Vergleichsmethode, insbesondere wenn mehrere zusammenhängende Ansprüche geltend gemacht werden, unter Umständen zu einer ungerechtfertigten Kumulation von Vorteilen, die so keines der beteiligten Rechte für den Arbeitnehmer vorsieht<sup>425</sup>. Durch die drohende Potenzierung des Arbeitnehmerschutzes wird diese extreme Position auch Rosinentheorie genannt<sup>426</sup>.

Einen gangbaren Mittelweg<sup>427</sup> zwischen zu spezieller und zu genereller Bewertung nimmt der Sachgruppenvergleich ein, der von Einzelfragen abstrahiert, sie aber im

---

417 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 58.

418 *JurisPK / Sutschet*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 17.

419 Statt vieler *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 86; *Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 13; s. aber *Kaushaar*, BB 1989, (2121) 2122.

420 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 58.

421 *Oetker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 26.

422 *MüKo / Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 42.

423 *JurisPK / Sutschet*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 19; *Lorenz*, RIW 1987, 569 (577).

424 *Oetker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 26.

425 *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 85.

426 *Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 13.

427 Diese Lösung wird mehrheitlich etwa in Deutschland und Frankreich vertreten, vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 58; *Callsen*, EuZA 2012, 154 (156); *Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 13; *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 84; *MüKo / Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 42.

Regelungszusammenhang sieht, und miteinander korrespondierende Bündel von Sachfragen bildet und vergleicht<sup>428</sup>. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass auch diese Theorie ihre Schwächen hat. So ist ein Sachgruppenvergleich besonders schwierig, wenn den jeweiligen Rechtsordnungen unterschiedliche Schutzsysteme zugrunde liegen<sup>429</sup>. Außerdem fehlt es an anerkannten Kriterien für die Sachgruppenbildung und den Abwägungsvorgang, was den Ausgang eines Rechtsstreits wenig vorhersehbar macht<sup>430</sup>. Keine Abhilfe dazu kann die kritiklose Übernahme von Ergebnissen leisten, die aus nationalrechtlich determinierten Günstigkeitsvergleichen bekannt sind<sup>431</sup>. Die europäischen Normen der Rom I – VO sind nämlich im Interesse einer uniformen Rechtsanwendung autonom auszulegen<sup>432</sup>.

Gleichwohl sind die Unsicherheiten in den Griff zu bekommen. Die Gruppenbildung muss dazu aus einer funktionalen Betrachtung des Begehrens des Arbeitnehmers erfolgen<sup>433</sup>. Der zu betrachtende Normenkomplex muss also bei einer solchen Betrachtung als Regelungseinheit erscheinen, welche die Sachfragen der streitigen Art bewältigen soll<sup>434</sup>. Eine solche Sachgruppe ist dann nicht unsystematisch, sondern aufgrund sachlicher Kriterien gebildet. Förderlich für die Rechtssicherheit ist dabei auch die objektive Einschätzung, welche Regelung dem Arbeitnehmerinteresse besser dient<sup>435</sup>. Wie der Arbeitnehmer die Frage der Günstigkeit einschätzt bzw. was er wünscht, ist daher unerheblich<sup>436</sup>. Zwar enthält die Rom I – VO auch keine Angaben über die verfahrensrechtliche Durchführung<sup>437</sup>. Die Günstigkeitsbewertung ist jedoch eine Rechtsfrage und damit objektiv und von Amts wegen zu ermitteln<sup>438</sup>.

Dass sowohl inhaltliche Kriterien als auch verfahrensrechtliche Vorgaben zur Durchführung des Günstigkeitsvergleichs fehlen, schadet der Rechtssicherheit somit dann nicht, wenn man den Vergleich mittels der beschriebenen funktionellen, objektiven Bildung von Sachgruppen vornimmt. Dennoch ist die Kritik am Fehlen gesetzlicher Direktiven

---

428 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 46.

429 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 15.

430 JurisPK / *Sutschet*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 18.

431 Z.B. in § 4 III des deutschen TVG.

432 JurisPK / *Sutschet*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 18; *Oetker*: in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 7, 26.

433 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 58.

434 *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 84.

435 *Oetker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 26; *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 87; a.A. *Birk*, RdA 1989, 201 (206).

436 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 60.

437 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 43.

438 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 60.

berechtigt<sup>439</sup>. Zu begrüßen wäre daher eine Vorlage an den EuGH zur verbindlichen Klärung der Durchführungsabläufe und -kriterien<sup>440</sup>.

### (3) Der gesetzliche Mindestlohn im Sachgruppenvergleich

Da eine Rechtswahl mitunter der Umgehung des gesetzlichen Mindestlohns dient, jedenfalls dem Arbeitnehmer zwingende Schutznormen zu entziehen droht, sind diejenigen Regelungen zusammenzufassen und dem objektiven Sachgruppenvergleich zu unterziehen, welche die Vergütung betreffen. Sie erfüllen nämlich allesamt die gleiche Aufgabe, sind also bei funktionaler Betrachtung eine Regelungseinheit, denn es geht um die Entgeltspflicht des Arbeitgebers als synallagmatische Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitnehmerpflichten. Da es sich bei der Vergütung um eine Hauptleistungspflicht handelt<sup>441</sup>, unterliegen die Einzelheiten primär der Privatautonomie<sup>442</sup>. Gesetzliche Regelungen zur Vergütung haben daher eher einen flankierenden Charakter zu den individuellen Vereinbarungen. Auch der gesetzliche Mindestlohn stellt (nur) eine Konkretisierung der Arbeitgeberpflicht dar, indem er eine Vergütungsuntergrenze normiert<sup>443</sup>. Wird diese ohne Rechtswahl geltende Untergrenze durch eine Rechtswahl, die zur Anwendung einer Rechtsordnung führt, welche keinen oder einen niedrigeren Mindestlohn vorsieht, unterschritten, widerspricht diese Rechtswahl dem Günstigkeitsprinzip.

Denkbar ist ein anderes Ergebnis, wenn die gewählte Rechtsordnung alternative Vorteile für den Arbeitnehmer enthält und so die Abwahl des höheren Mindestlohns zu kompensieren vermag. Zu denken ist etwa an eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, an Ansprüche auf bezahlten Urlaub und an geringere Arbeitszeiten. Doch müssen diese gesetzlichen Regelungen dazu bei funktioneller Betrachtung in unmittelbarem Zusammenhang zur Pflicht des Arbeitgebers stehen, die Arbeitsleistung zu vergüten.

Die Entgeltfortzahlung hat mit dem Mindestlohn einen gemeinsamen Bezugspunkt in der Existenzsicherung des Arbeitnehmers<sup>444,445</sup>. Doch während der Mindestlohn die

---

439 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 46.

440 JurisPK / *Sutschet*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 20.

441 *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 227.

442 *Di Fabio* in: Maunz / *Dürig*, Art. 2 I GG Rn. 101.

443 *Bayreuther*, NZA 2014, 865 (865).

444 *Greiner* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (2018), § 79 Rn. 5.

445 Für den Mindestlohn s. bereits C. I. 4.

Vergütungspflicht des Arbeitgebers präzisiert und damit das Austauschverhältnis regelt, dienen die Vorschriften zur Entgeltfortzahlung der Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis<sup>446</sup>. Dieser dogmatische Unterschied lässt die Annahme einer Regelungseinheit zwischen Mindestlohn und Entgeltfortzahlung nicht zu. Selbst eine pragmatische Betrachtung, wonach auch die Entgeltfortzahlung eine Konkretisierung der Vergütungspflicht darstellt, führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn der Günstigkeitsvergleich erfordert den Vergleich der Ergebnisse, die sich aus der Anwendung der jeweiligen Rechtsordnungen im Einzelfall ergeben<sup>447</sup>. Nicht erforderlich ist mithin, dass der Günstigkeitsvergleich über die gesamte Vertragsdauer standhält<sup>448</sup>. Freilich mag dies verblüffende Resultate entstehen lassen, dass nämlich je nachdem, um welche Fragestellung, ja sogar abhängig vom Zeitpunkt der Fragestellung das gewählte Recht mal günstiger sein kann als das objektive Vertragsstatut und mal umgekehrt<sup>449</sup>. Doch bleiben so der Rechtssicherheit dienend jegliche situative, nur bei Vorliegen besonderer Umstände ergebende Vorteile außer Betracht, indem sie nicht zu einem ständigen Statutenwechsel führen. Die (situative) Pflicht zur Entgeltfortzahlung bei Krankheit ist daher prinzipiell nicht geeignet, die Abwahl eines höheren Mindestlohns zu kompensieren.

Der Anspruch auf bezahlten Urlaub bezweckt die Erholung des Arbeitnehmers<sup>450</sup> und ist somit keine unmittelbare Leistungsvergütung. Zielsetzung und Regelungsgegenstand unterscheiden sich von denjenigen des gesetzlichen Mindestlohns, bilden also keinen vergleichbaren Regelungskomplex. Ein durch Rechtswahl erlangter Anspruch auf längeren Erholungsurlaub ist damit ebenso nicht beim Günstigkeitsvergleich zu berücksichtigen.

Einen Zusammenhang gibt es hingegen zwischen Entgelt und Arbeitszeit<sup>451</sup>. Der Bezug eines geringeren Mindestlohns könnte also durch eine geringere (Höchst)Arbeitszeit kompensiert werden. Doch ist ein solcher Ausgleich nicht vorteilhaft, wenn der gesetzliche Mindestlohn dadurch seine Funktion, einen angemessenen Lohn bzw. eine würdige Existenzgrundlage zu gewährleisten, einbüßt<sup>452</sup>. Kürzer, aber zu inadäquaten, gar zu existenzgefährdenden Bedingungen zu arbeiten, ist daher nicht geeignet, den Verlust des Mindestlohnanspruchs aufzuwiegen.

---

446 Greiner in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (2018), § 79 Rn. 7, 9.

447 MüKo / Martiny, Art. 8 Rom I – VO Rn. 42.

448 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 59.

449 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 59.

450 Siehe für Deutschland: ErfK / Gallner, § 1 BUrlG Rn. 4; BeckOK Arbeitsrecht / Lampe, § 1 BUrlG Rn. 5; für Österreich: OGH, ZASB 1997, 42 (42); Mayr / Mayr, § 2 UrlG E 7a.

451 BAG 12.12.2012 – 4 AZR 328/11, Rn. 46.

452 Mittelbare Folgen wie z. B. aufstockende Sozialleistungen sind ebenfalls kein ausgleichender Vorteil, vgl. Moll, RdA 2016, 97 (98ff).

Eine Rechtswahl, die dem Arbeitnehmer seinen Anspruch auf eine höhere Vergütung gemäß dem an sich nach Art. 8 Abs. 2 – 4 Rom I – VO geltenden gesetzlichen Mindestlohn entzieht, hält daher mangels zu berücksichtigender oder geeigneter Alternativvorteile einem funktionalen Sachgruppenvergleich nicht stand.

#### (4) Kollisionsrechtliche Rechtsfolge

Rechtsfolge einer dem Günstigkeitsprinzip widersprechenden Rechtswahl ist nicht, dass das Vertragsstatut das objektiv angeknüpfte Recht ist, von dem zum Nachteil des Arbeitnehmers abgewichen wird<sup>453</sup>. Vertragsstatut bleibt das subjektiv angeknüpfte, also das gewählte Recht<sup>454</sup>. Dies stellt Art. 8 Abs. 1 S. 1 Rom I – VO klar, wonach der Vertrag dem von den Parteien nach Art. 3 Rom I – VO gewählten Recht unterliegt. Die zwingenden Schutznormen, von welchen durch Rechtswahl abgewichen wurde, kommen jedoch im Rahmen einer Sonderanknüpfung zur Anwendung<sup>455</sup>.

Die Rechtswahl hat insofern nur die Wirkung einer materiellrechtlichen Verweisung<sup>456</sup>, auch wenn es der Sache nach eine kollisionsrechtliche Verweisung ist<sup>457</sup>. Begründet wird so ein Mischstatut, zusammengesetzt aus frei gewählten und als zwingend durchgesetzten Normen<sup>458</sup>.

Der gesetzliche Mindestlohn, welcher bei einer Anknüpfung nach Art. 8 Abs. 2 – 4 Rom I – VO zur Anwendung käme, ist bei einer abweichenden Rechtswahl daher gleichwohl als rechtswahlergänzende Sonderanknüpfung anzuwenden.

cc. Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I – VO

Eine weitere Schranke der Rechtswahl enthält Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I – VO.

Vereinbaren in einem rein nationalen Sachverhalt die Arbeitsvertragsparteien die Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung, ist dies zulässig<sup>459</sup>. Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO begrenzt jedoch in einem solchen Inlandssachverhalt die kollisionsrechtliche Freiheit

---

453 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 62.

454 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 62.

455 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 62.

456 *MüKo / Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 35.

457 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 62.

458 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 42.

459 Beck OK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 36.

der Parteien<sup>460</sup>. Danach bleibt es bei den zwingenden Vorschriften des Landes, mit dem das Arbeitsverhältnis alleine verbunden ist<sup>461</sup>. Die Rechtswahl hat daher nur materiellrechtliche Wirkung, was sich nahezu identisch auswirkt, als würde eine echte kollisionsrechtliche Rechtswahl durch Sonderanknüpfung nach Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO beschränkt<sup>462</sup>. Verhindert werden soll damit ein Missbrauch der Rechtswahl durch Umgehung der regelmäßig aus gutem Grund als zwingend erlassenen Vorschriften des Inlands<sup>463</sup>. Dem Arbeitgeber ist es somit verwehrt, durch eine künstliche Internationalisierung des Vertrages in ein ausländisches Recht zu flüchten<sup>464</sup> und so den inländischen, gesetzlichen Mindestlohn zu umgehen.

Die praktische Bedeutung des Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO ist im Internationalen Arbeitsrecht jedoch gering<sup>465</sup>, da Art. 8 Rom I – VO als Sonderregel<sup>466</sup> national zwingendes Recht nicht nur dann durchgreifen lässt, wenn der Sachverhalt ohne Rechtswahl ein rein nationaler wäre, sondern immer dann, wenn nach der objektiven Anknüpfung eine andere Rechtsordnung zum Zuge käme<sup>467</sup>. Einzig denkbarer Anwendungsfall des Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO ist im Internationalen Arbeitsrecht der, dass die Arbeitsvertragsparteien in einem rein nationalen Sachverhalt eine fremde Rechtsordnung wählen, deren Regelungen zum Arbeitnehmerschutz günstiger sind als die der eigenen Rechtsordnung<sup>468</sup>. In der Wahl einer fremden Rechtsordnung, weil nationale Mindestlohngesetze oder Tarifverträge nicht die gewünschte Rechtssicherheit bewirken (siehe D. II. 5. b. cc.), liegt ein solcher Anwendungsfall vor. Während nach Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO in einem solchen Fall das zwingende Inlandsrecht in Kraft bleibt, will Art. 8 Abs. 1 Rom I – VO das Günstigkeitsprinzip durchsetzen<sup>469</sup>. Da kein überzeugender Grund ersichtlich ist, dem Arbeitnehmer das günstigere vereinbarte Recht vorzuenthalten, geht das gewählte dem über Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO berufenen zwingenden Recht vor, wenn es für den Arbeitnehmer günstiger ist<sup>470</sup>.

---

460 Staudinger / *Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 130.

461 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 123.

462 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 40.

463 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 227.

464 MüKo / *Martiny*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 4.

465 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 40.

466 Ausführlich zum Verhältnis der beiden Normen MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 127.

467 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 37.

468 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 37.

469 Staudinger / *Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 54.

470 Staudinger / *Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 54; BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 37; a.A. *Lorenz*, RIW 1987, 569 (574).



Auch Art. 3 Abs. 4 Rom I – VO begrenzt die Rechtswahl<sup>471</sup>. Wählen die Parteien trotz ausschließlichem IPR-rechtlich relevantem Binnenmarktbezug (insoweit zählt auch Dänemark zu den Mitgliedstaaten) ein Drittstaatenrecht, greifen die zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben in der Umsetzungsform der *lex fori* ein<sup>472</sup>. Mangels Unionskompetenz für Mindestlöhne (s. B. II. 1.), ist diese Schranke ohne Bedeutung bei der Betrachtung einer mindestlohnumgehenden Rechtswahl.

dd. Art. 9 und 21 Rom I – VO

Begrenzt wird die Parteiautonomie darüber hinaus durch Art. 9 Rom I – VO (Eingriffsnormen) sowie subsidiär durch Art. 21 Rom I – VO (*ordre public* – Vorbehalt)<sup>473</sup>. Diese Schranken dienen jedoch nicht zuvörderst dem Schutz der schwächeren Partei, sondern dem öffentlichen bzw. allgemeinen Interesse<sup>474</sup>. Aufgrund des divergenten Schutzzweckes, welcher aber ebenso durch gesetzliche Mindestlöhne realisiert wird, erfolgt eine gesonderte Betrachtung der gesetzlichen Mindestlöhne im Lichte des Art. 9 Rom I – VO<sup>475</sup>.

ee. Gesetzesumgehung (*fragus legis*)

Ob sich eine Schranke der Rechtswahlfreiheit über die in der Rom I – VO normierten Grenzen hinaus aus der ungeschriebenen Grenze der Gesetzesumgehung (*fragus legis*) ergeben kann, ist umstritten<sup>476</sup>. Besonders der Mindestlohn ist prädestiniert, um Gesetzesumgehungen zu versuchen (s. D. II. 5. b. cc.). Allerdings lässt Art. 3 Rom I – VO eine Rechtswahl ohne Rücksicht auf die Motive zu<sup>477</sup>. Aufgrund dieser Gestattung und der vorhandenen Mittel, Schutzlücken zu schließen (Art. 3 Abs. 3 und 4, Art. 5 – 8, Art. 9 und Art. 21 Rom I – VO), kann eine ungeschriebene Schranke nur in extremen Fällen angenommen werden<sup>478</sup>. Die bloße Absicht, Mindestlohnvorschriften zu umgehen, genügt dafür keinesfalls<sup>479</sup>.

---

471 Ferrari *IntVertragsrecht* / Ferrari, Art. 3 Rom I – VO Rn. 60.

472 Hk-BGB / Staudinger, Art. 3 Rom I – VO Rn. 8.

473 BeckOK Großkommentar / Wendland, Art. 3 Rom I – VO Rn. 36.

474 BeckOK Großkommentar / Wendland, Art. 3 Rom I – VO Rn. 36.

475 Siehe D. III.

476 Staudinger / Magnus, Art. 3 Rom I – VO Rn. 34.

477 Staudinger / Magnus, Art. 3 Rom I – VO Rn. 34.

478 MüKO / Martiny, Art. 3 Rom I – VO Rn. 11.

479 MüKO / Martiny, Art. 3 Rom I – VO Rn. 11.

## 6. Geltung gesetzlicher Mindestlöhne aufgrund objektiver Anknüpfung

Die Beachtung des gesetzlichen Mindestlohns gem. Art. 12 Abs. 1 Rom I – VO ist nicht nur die Rechtsfolge einer subjektiven Anknüpfung, sondern auch einer objektiven Anknüpfung nach Art. 8 Abs. 2 – 4 Rom I – VO (s. D. II. 4.). Eine solche Festlegung der anwendbaren Rechtsordnung nach objektiven Kriterien erfolgt, wenn eine Rechtswahl nicht, nicht umfassend oder nicht wirksam vorgenommen worden ist<sup>480</sup>. Doch auch in den Fällen einer wirksamen Rechtswahl ist die nach der objektiven Anknüpfung einschlägige Rechtsordnung als Referenzstatut zu bestimmen<sup>481</sup>.

Vorrangig bestimmt sich die Frage nach dem auf den Arbeitsvertrag anzuwendenden Recht nach dem gewöhnlichen Arbeitsort (*lex loci laboris*, Art 8 Abs. 2 S. 1 Rom I – VO)<sup>482</sup>. Der an diesem Ort geltende gesetzliche Mindestlohn beherrscht demnach die Vergütungspflicht des Arbeitgebers. Eine nur vorübergehende Entsendung des Arbeitnehmers ins Ausland ändert daran nichts (Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I – VO), allerdings kann das dortige (Mindestlohn)Recht über Art. 9 Rom I – VO zur Anwendung gelangen<sup>483</sup>.

Lässt sich ein gewöhnlicher Arbeitsort nicht feststellen, beruft Art. 8 Abs. 3 Rom I – VO das Recht am Ort der einstellenden Niederlassung zur Anwendung (*base rule*)<sup>484</sup>. Sollte die Gesamtheit der Umstände jedoch auf eine andere Rechtsordnung als die des gewöhnlichen Arbeitsortes oder der einstellenden Niederlassung hindeuten, ist gem. Art. 8 Abs. 4 Rom I – VO dasjenige Recht anzuwenden, zu welchem das Arbeitsverhältnis die engere Verbindung aufweist<sup>485</sup>.

Die Normen des objektiv berufenen Rechts, mithin also auch der gesetzliche Mindestlohn, gelten für solche Zeitabschnitte, in denen sie in Kraft sind<sup>486</sup>. Dies hat auch Auswirkungen auf eine Rechtswahl. So kann die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns oder dessen

---

480 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 16; EuIPR / *von Hain*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 41.

481 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 16; BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 42; zur Relevanz für den Günstigkeitsvergleich siehe D. II. 5. c. bb. (1).

482 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 17.

483 Zum gesetzlichen Mindestlohn als Eingriffsnorm siehe D. III. 4.

484 Ferrari IntVertragsrecht / *Staudinger*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 25.

485 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 17; ErfK / *Schlachter*, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 17.

486 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 57.

Erhöhung dazu führen, dass aufgrund des Günstigkeitsprinzips eine Rechtswahl ab diesem Zeitpunkt unvorteilhaft für den Arbeitnehmer ist und sich das objektive Mindestlohnrecht ab dann als Sonderanknüpfung durchsetzt<sup>487</sup>.

Auch bei rein objektiver Anknüpfung sind Missbrauchsmöglichkeiten nicht ganz ausgeschlossen<sup>488</sup>, wenn auch das Missbrauchspotenzial deutlich geringer ist als bei einer Rechtswahl<sup>489</sup>. Jedoch vorrangig aufgrund staatlichen Interesses spielen Eingriffsnormen (Art. 9 Rom I – VO) und der *ordre public* (Art. 21 Rom I – VO) eine wichtige Rolle als Beschränkung des objektiv anzuwendenden Rechts<sup>490</sup>.

### **III. Gesetzlicher Mindestlohn im Lichte des Art. 9 Rom I – VO**

Art. 9 Rom I – VO behandelt den umstrittensten Problembereich des internationalen Vertragsrechts<sup>491</sup>. Die Bestimmung enthält eine Öffnungsklausel zugunsten international zwingender Normen, die unabhängig vom Vertragsstatut Anwendung finden<sup>492</sup>. Betroffen ist damit der Grenzbereich zwischen der klassischen international-privatrechtlichen Anknüpfungssystematik und den Auswirkungen, die besondere öffentliche Regelungsanliegen auf Schuldverhältnisse haben<sup>493</sup>. Der gesetzliche Mindestlohn, sofern dieser als Eingriffsnorm zu qualifizieren ist, steht damit im Spannungsverhältnis zwischen dem für das moderne Internationale Privatrecht typischen Denken aus der Perspektive des (anzuknüpfenden) Rechtsverhältnisses und einem Denken aus der Perspektive des Regelungsziels der anzuwendenden Sachnorm<sup>494</sup>.

#### **1. Regelungsgehalt, dogmatische Qualifikation und Normzweck des Art. 9 Rom I – VO**

---

487 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 57, 59.

488 *Gamillscheg*, RIW 1979, 225 (228).

489 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 10.

490 *EuIPR / von Hain*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 67.

491 *Staudinger / Magnus*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1.

492 *Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1.

493 *BeckOK Großkommentar / Maultzech*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1.

494 *BeckOK Großkommentar / Maultzech*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 2.

Art. 9 Abs. 1 Rom I – VO definiert unionsautonom<sup>495</sup>, welche Normen grundsätzlich geeignet sind, ihre internationale Anwendbarkeit zu erzwingen<sup>496</sup>. Danach handelt es sich bei einer Eingriffsnorm um „eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser [Rom I –] Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen“. Diese Definition geht ausweislich der Entstehungsgeschichte der Rom I – VO auf die Arblade – Entscheidung<sup>497</sup> des EuGH zurück<sup>498</sup>, wobei die Formel ihre Wurzel bereits in den Arbeiten Savignys hat<sup>499</sup>.

In den Absätzen 2 und 3 regelt Art. 9 Rom I – VO die Anwendung inländischer sowie die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen<sup>500</sup>.

Dogmatisch handelt es sich bei Art. 9 Rom I – VO nicht um eine Kollisionsregel im engeren Sinn, da die Vorschrift keinen selbstständigen Rechtsanwendungsbefehl enthält<sup>501</sup>. Vielmehr stellt die Norm eine Öffnungsklausel dar, die den Weg dafür öffnet, anstatt des anwendbaren Rechts die Bestimmungen eines anderen Rechts heranzuziehen, sofern diese als Eingriffsnormen zu qualifizieren sind<sup>502</sup>. Mithin ist also nicht Art. 9 Rom I – VO selbst Eingriffsnorm, die sich mit unmittelbarem Ergebnis anwenden lässt, sondern die nationalen Vorschriften, welche den Anforderungen des Art. 9 Rom I – VO entsprechen<sup>503</sup>.

Die Berücksichtigung von Eingriffsnormen dient der Verzahnung des klassischen IPR mit öffentlich – rechtlichen Kollisionserwägungen<sup>504</sup>. Der Zweck international zwingender Normen erschöpft sich also nicht in der Herstellung von Vertragsgerechtigkeit im Sinne des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, sondern sie verfolgen darüber hinausgehende sozial-, ordnungs- und wirtschaftspolitische Vorstellungen<sup>505</sup>. Es geht daher nicht um den

---

495 JurisPK / Ringe, Art. 9 Rom I – VO Rn. 11.

496 Staudinger / Magnus, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1.

497 EuGH, Urteil Arblade, C-369/96, ECLI:EU:C:1999:575.

498 BeckOK Großkommentar / Maultzsch, Art. 9 Rom I – VO Rn. 16.

499 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, S. 36; jurisPK / Ringe, Art. 9 Rom I – VO Rn. 11.

500 EuIPR / Thorn, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1.

501 Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1; Staudinger / Magnus, Art. 9 Rom I – VO Rn. 12; Hk-BGB / Staudinger, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1; differenzierend BeckOK Großkommentar / Maultzsch, Art. 9 Rom I – VO Rn. 8.

502 Staudinger / Magnus, Art. 9 Rom I – VO Rn. 12.

503 Staudinger / Magnus, Art. 9 Rom I – VO Rn. 12.

504 BeckOK Großkommentar / Maultzsch, Art. 9 Rom I – VO Rn. 4.

505 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 14; EuIPR / Thorn, Art. 9 Rom I – VO Rn. 11.

Schutz des Arbeitnehmers, sondern um den Schutz öffentlicher Gemeinwohlinteressen<sup>506</sup>. Dies schließt Überschneidungen nicht aus, sodass arbeitnehmerschützende Vorschriften dann als Eingriffsnormen in Betracht kommen, wenn mit ihnen (auch) der Schutz überindividueller Belange bezweckt wird<sup>507</sup>.

Die Beachtung öffentlicher Gemeinwohlinteressen ist an und für sich wünschenswert, insbesondere wenn sie ein sonst geltendes Arbeitsrecht zu verbessern vermögen, und zwar auch und gerade dann, wenn das objektiv anwendbare Recht keinen derartigen Schutz gewährt und das Günstigkeitsprinzip des Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO deshalb versagt<sup>508</sup>. Andererseits darf der Normzweck des Art. 9 Rom I – VO nicht isoliert vom Regelungszweck der Rom I – VO betrachtet werden. Die Verordnung strebt Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen innerhalb des Binnenmarktes durch ein einheitliches Kollisionsrecht an<sup>509</sup>. Eingriffsnormen hingegen sind dem internationalen Entscheidungseinklang abträglich<sup>510</sup>. Da es sich um einseitige Anknüpfungen handelt, ist keineswegs gewährleistet, dass ein Gericht in einem anderen Staat zur gleichen Entscheidung kommt – eher im Gegenteil: Art. 9 Abs. 2 Rom I – VO sieht die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen des Forums vor<sup>511</sup>. Ein anderes Gericht wird diese Normen also nicht anwenden und folglich zu einem anderen Ergebnis gelangen<sup>512</sup>. Darüber hinaus laufen Eingriffsnormen dem bedeutsamen Ordnungsgrundsatz der Privatautonomie entgegen<sup>513</sup>. Nicht zuletzt ranken sich auch deswegen um Art. 9 Rom I – VO zahlreiche Kontroversen, weil mit Eingriffsnormen ein Einfallstor für politisch motivierte Wertungen und Urteile geöffnet ist, die das eigentlich anwendbare Recht außer Kraft setzen<sup>514</sup>.

Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei der Regelung des Art. 9 Rom I – VO zwar um ein notwendiges Ventil, durch das sich das Kollisionsrecht für grundlegende staatliche Regelungsanliegen öffnet, dem aber zugleich immer ein Ausnahmecharakter im Verhältnis zur Einheitsanknüpfung zukommen muss<sup>515</sup>.

---

506 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 14.

507 *EuIPR / Thorn*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 11.

508 *Staudinger / Magnus*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 11.

509 *BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1.

510 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 13, 17.

511 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 13.

512 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 13.

513 *BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1.

514 *Staudinger / Magnus*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 11.

515 *BeckOK Großkommentar / Maultzech*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 5.

## 2. Abgrenzung zu den Art. 3 Abs. 3, 8 Abs. 1 S. 2, 21 Rom I – VO

Art. 9 Rom I – VO steht im Spannungsverhältnis zu einer ganzen Reihe von Regelungen innerhalb der Rom I – VO, die eine Sonderanknüpfung zwingender Normen vorsehen<sup>516</sup>. Die Verordnung bestimmt aber weder genau, wie sich diese Normen zueinander verhalten, noch, was im Einzelnen zu der Normgruppe gehört<sup>517</sup>. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Problematik, ob Eingriffsnormen im Rahmen der Rom I – VO als bloße Teilmenge einer übergeordneten allgemeinen Kategorie zwingender Vorschriften begriffen werden können und daher eine kumulative Anknüpfung möglich ist<sup>518</sup>. In concreto sind also zwei Teilfragen zu unterscheiden<sup>519</sup>: Gibt es einen Überschneidungsbereich und wie ist ein daraus auftretender Normkonflikt zu lösen.

### a. Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO

Eine Gemengelage zwischen zwingenden Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO und Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I – VO kann nur bei reinen Inlandsfällen entstehen, für die ausländisches Recht gewählt ist<sup>520</sup>. Dabei treten aber keine Normwidersprüche auf, wenn sowohl Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO als auch Art. 9 Rom I – VO die Flucht aus der nationalen Rechtsordnung verhindert, sondern lösen sich allenfalls nach der Normenhierarchie der berufenen Rechtsordnung<sup>521</sup>. Dient die Wahl eines fremden Mindestlohnregimes trotz fehlendem Auslandsbezug hingegen der Vorteilhaftigkeit des Arbeitnehmers, wurde bereits erörtert, dass sich dann das Günstigkeitsprinzip des Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO gegenüber Art. 3 Abs. 3 Rom I – VO in einem solchen Fall durchsetzt (s. D. II. 5. c. cc.). Konterkariert würde das Ergebnis, wenn sich die nachteiligen Vorschriften der *lex fori* aufgrund Art. 9 Abs. 2 Rom I – VO nun doch durchsetzen würden. Vorzugswürdig erscheint es daher, das Günstigkeitsprinzip auch auf die Ebene des Art. 9 Rom I – VO zu übertragen, sofern zwingende Gründe des Allgemeinwohls dem nicht

---

516 EuIPR / Thorn, Art. 9 Rom I – VO Rn. 24.

517 MüKo / Martiny, Art. 8 Rom I – VO Rn. 120.

518 BeckOK Großkommentar / Maultzsch, Art. 9 Rom I – VO Rn. 21.1.

519 BeckOK Großkommentar / Maultzsch, Art. 9 Rom I – VO Rn. 21.1.

520 Staudinger / Magnus, Art. 9 Rom I – VO Rn 18; Oetker: in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 52.

521 Staudinger / Magnus, Art. 9 Rom I – VO Rn 18.

entgegenstehen<sup>522</sup>.

*b. Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO*

Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes kann die Qualität von Eingriffsnormen zukommen, wenn sie auch – aber nicht nur als Reflex<sup>523</sup> – öffentliche Interessen schützen (s. D. III. 1.). Sehr umstritten ist hingegen die zweite Teilfrage, also das Abgrenzungsproblem im engeren Sinne von Art. 8 Rom I – VO und Art. 9 Rom I – VO<sup>524</sup>. Eine Ansicht nimmt eine Sperrwirkung des Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO gegenüber einer Sonderanknüpfung von Arbeitnehmerschutzbestimmungen nach Art. 9 Rom I – VO an<sup>525</sup>. Wortlaut und Systematik des Art. 9 Rom I – VO lassen jedoch keine Anhaltspunkte dafür erkennen, dass diese Vorschrift hinter Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO zurücktreten soll<sup>526</sup>. Insbesondere aus teleologischer Sicht ist der Kompromisscharakter zwischen der Anknüpfungssystematik der Art. 3 ff. Rom I – VO und der gesonderten Berücksichtigung von Eingriffsnormen gem. Art. 9 Rom I – VO zu berücksichtigen, der durch die Annahme eines Vorrangs des Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO gestört würde<sup>527</sup>. Lediglich für den Fall, dass zwingende Vorschriften des Arbeitsvertragsstatus für den Arbeitnehmer günstiger sind und Gründe des staatlichen Gemeinwohlinteresses die Durchsetzung der Eingriffsnorm nicht erfordern, verdient die Anknüpfungsregel aus Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I – VO den Vorzug (s. D. III. 2. a., sog. relativer Vorrang des Art. 9 Rom I – VO)<sup>528</sup>.

Der gesetzliche Mindestlohn ist daher nicht abschließend bei Art. 8 Rom I – VO zu verorten, sondern kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 9 Rom I – VO auch als Eingriffsnorm relevant sein.

*c. Art. 21 Rom I – VO*

Eine weitere Durchbrechung des sich aus Art. 8 Rom I – VO ergebenden

---

522 Oetker in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 51.

523 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 22.

524 BeckOK Großkommentar / Maultzsch, Art. 9 Rom I – VO Rn. 184, 188.

525 Palandt / Thorn, Art. 9 Rom I – VO Rn. 9; Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger, Art. 8 Rom I – VO Rn. 4.

526 BeckOK Großkommentar / Maultzsch, Art. 9 Rom I – VO Rn. 193.

527 BeckOK Großkommentar / Maultzsch, Art. 9 Rom I – VO Rn. 193.

528 Staudinger / Magnus, Art. 9 Rom I – VO Rn. 25; Oetker in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 51; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 42.

Anwendungsbefehls bildet Art. 21 Rom I – VO, der sog. *ordre public* – Vorbehalt<sup>529</sup>. Die Vorschrift des Art. 21 Rom I – VO zum *ordre public* stimmt mit dem Regelungsbereich des Art. 9 Rom I – VO im Ausgangspunkt insoweit überein, als beide Normen die Durchsetzung von besonderen öffentlichen Regelungsinteressen zum Gegenstand haben<sup>530</sup>. Doch während Art. 21 Rom I – VO nur die Abwehr untragbarer fremder Rechtsvorstellungen bezweckt und die Anwendung fremden Rechts dann untersagt (*negativer ordre public*), will Art. 9 Rom I – VO bestimmte, rechtspolitisch wichtige Postulate des Rechts des Forums und des Erfüllungsortes ohne Rücksicht auf das an sich geltende, fremde Recht durchsetzen (*positiver ordre public*)<sup>531</sup>.

Wie generell im internationalen Schuldvertragsrecht wird Art. 21 Rom I – VO auch in internationalen Arbeitsrechtsfällen nur ganz ausnahmsweise zum Zug kommen und die Anwendung ausländischen Rechts untersagen<sup>532</sup>. Insbesondere wird die Anwendung von gesetzlichen Mindestlohnvorschriften kaum dem *ordre public* widersprechen. Anderes gilt nur für solche gesetzlichen Mindestlohnregelungen, die eine Vergütung weit unter dem Existenzminimum bzw. im völlig unerträglichen Bereich der Sittenwidrigkeit ermöglichen oder vorsehen<sup>533</sup>, also bei der Anwendung von existenzgefährdenden Mindestlohnvorschriften mit Alibifunktion.

#### *d. Entsenderichtlinie*

Die Art. 9 Rom I – VO unterfallenden Regelungen lassen sich dahingehend unterteilen, dass sie entweder kraft einer geschriebenen oder aufgrund einer ungeschriebenen Kollisionsnorm Geltung erlangen<sup>534</sup>. Vorgegeben kann der international zwingende Charakter auch von supranationaler Ebene aus sein<sup>535</sup>. Art. 3 Abs. 1 der EntsenderL sieht die Erstreckung eines sog. harten Kerns von Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer vor, darunter Mindestlohnsätze (*lit. c*)<sup>536</sup>. Die Arbeitsbedingungen, also auch die Mindestlohnbestimmungen, können Rechts- oder Verwaltungsvorschriften,

---

529 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 9 Rom I – VO Rn. 20.

530 BeckOK Großkommentar / Maultzech, Art. 9 Rom I – VO Rn. 199,

531 Staudinger / Magnus, Art. 9 Rom I – VO Rn. 31.

532 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 24; BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 9 Rom I – VO Rn. 20.

533 BeckOK Großkommentar / Knöfel, Art. 8 Rom I – VO Rn. 92.

534 MüKo / Martiny, Art. 9 Rom I – VO Rn. 9; Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger, Art. 9 Rom I – VO Rn. 7.

535 Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger, Art. 9 Rom I – VO Rn. 14.

536 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 59.



allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen sowie – für Österreich relevant – zur Satzung erklärten Tarifverträgen entspringen<sup>537</sup>. Die Erstreckung soll geschehen, indem die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass unabhängig vom anwendbaren Recht den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern die zu dem harten Kern gehörenden Arbeitsbedingungen garantiert werden<sup>538</sup>. Mit anderen Worten müssen die Mitgliedstaaten entsprechende Bestimmungen als Eingriffsnormen ausgestalten<sup>539,540</sup>.

### 3. Rechtsfolgen

Die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen erfolgt nicht allein in Abweichung von einem objektiven Vertragsstatut, sondern auch, wenn eine Rechtswahl vorliegt<sup>541</sup>. Mindestlohngesetze, sofern ihnen der Charakter einer Eingriffsnorm entweder ausdrücklich (s. soeben zur Entsenderichtlinie D. III. 2. d.) oder durch Auslegung (s. sogleich) zukommt, bewirken damit eine Beschränkung der Parteiautonomie oder eine Abweichung von einer objektiven Anknüpfung.

Hinsichtlich der Rechtsfolgenanordnung ist zu unterscheiden<sup>542</sup>. Liegen die Voraussetzungen einer international zwingenden (Mindestlohn)Vorschrift des Forumstaates sowie ein hinreichender Inlandsbezug<sup>543</sup> vor, besteht ein absoluter Anwendungsbefehl in Art. 9 Abs. 2 Rom I – VO<sup>544</sup>. Die genauen Rechtsfolgen sind dann der anzuwendenden Eingriffsnorm zu entnehmen<sup>545</sup>. Für ausländische Eingriffsnormen statuiert Art. 9 Abs. 3 Rom I – VO keinen derart strikten Anwendungsbefehl<sup>546</sup>. Hiernach „kann“, im Ermessen des Gerichts<sup>547</sup>, entsprechenden Bestimmungen lediglich „Wirkung verliehen werden“.

---

537 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 59.

538 Art. 3 Abs. 1 Entsende – RL.

539 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 59.

540 In Deutschland umgesetzt durch Art. 2 Nr. 1 AEntG, s. *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 200ff.; in Österreich durch § 7b Nr. 1 AVRAG, s. *Musger* in: KBB, Art. 8 Rom I – VO Rz. 3.

541 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 41; *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 192.

542 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 17.

543 Diese Voraussetzung ergibt sich nicht aus dem Wortlaut der Norm, sondern aus völkerrechtlichen Grundsätzen, vgl. *EuIPR / Thorn*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 15.

544 *Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 46; BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 17.

545 Hk-BGB / *Staudinger*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 14.

546 *Ferrari IntVertragsrecht / Staudinger*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 47.

547 *JurisPK / Ringe*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 35.

#### 4. Gesetzlicher Mindestlohn als Eingriffsnorm

Bei fehlender expliziter Bestimmung ist nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes zu ermitteln, ob es sich bei einer (Mindestlohn)Vorschrift um eine Eingriffsnorm i.S.v. Art. 9 Rom I – VO handelt<sup>548</sup>. Aufgrund des unterschiedlichen Kontextes der Arblade – Entscheidung einerseits und Art. 9 Rom I – VO andererseits wird bemängelt, dass die gewählte Legaldefinition in Art. 9 Abs. 1 Rom I – VO die Eingriffsnormen für die Zwecke des IPR nicht hinreichend konturiert<sup>549</sup>. Immerhin lassen sich der Definition drei Grundvoraussetzungen entnehmen: es muss sich um eine zwingende Norm handeln, die einen internationalen Geltungswillen aufweist, der aus einem besonderen öffentlichen Interesse resultiert<sup>550</sup>.

##### *a. Zwingender Charakter*

Grundvoraussetzung für die Anwendung einer Vorschrift als Eingriffsnorm ist der zwingende Charakter dieser Vorschrift<sup>551</sup>. Insofern gilt nichts anderes als für Art. 3 Abs. 3 oder 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO<sup>552</sup>. Regelungen über Mindestlöhne haben als Arbeitnehmerschutzbestimmungen typischerweise intern zwingenden Charakter (s. D. II. 5. c. bb. (1))<sup>553</sup>.

##### *b. Internationaler Geltungswille*

Eingriffsnormen müssen nicht nur intern (oder einfach) zwingend sein, sondern auch international unabdingbar sein und dann gelten wollen, wenn der Vertrag kraft Rechtswahl oder kraft objektiver Anknüpfung im Übrigen einem anderen Recht untersteht<sup>554</sup>. Der internationale Geltungsanspruch einer Norm kann sich aus dem Wortlaut oder dem Zusammenspiel mit einer besonderen Kollisionsregel ergeben<sup>555</sup>. So lässt sich zum Beispiel aus § 20 des deutschen Mindestlohngesetzes der internationale Geltungsanspruch der in § 1

---

548 MüKo / *Martiny*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 9; Ferrari Int Vertragsrecht / *Staudinger*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 7.

549 BeckOK Großkommentar / *Maultzsch*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 17; Hk-BGB / *Staudinger*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 2.

550 BeckOK Großkommentar / *Maultzsch*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 17; *Staudinger / Magnus*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 46.

551 BeckOK Großkommentar / *Maultzsch*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 18.

552 *Staudinger / Magnus*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 52.

553 Explizit etwa § 3 des deutschen Mindestlohngesetzes.

554 *Staudinger / Magnus*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 54.

555 EuIPR / *Thorn*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 9.

Abs. 1 MiLoG<sup>556</sup> normierten Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns entnehmen, indem die Norm Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland verpflichtet, ihren im Inland beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt mindestens in Höhe des Mindestlohns zu zahlen<sup>557</sup>. Obendrein ist § 1 Abs. 1 MiLoG aufgrund von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEntG und aufgrund Art. 3 Abs. 1 lit. c der EntsendeRL international zwingend (s. D. III. 2. d.)<sup>558</sup>.

In Fällen, in denen der internationale Geltungswille nicht schon aus dem Wortlaut oder einer systematischen Betrachtung erfolgt, lässt sich dieser nur mittels teleologischer Auslegung der Norm ermitteln<sup>559</sup>. Gesetzliche Mindestlöhne werden auch einer solchen Exegese zufolge als international zwingend einzustufen sein, denn anderenfalls würden die mit dem Mindestlohn bezweckten staatspolitischen Ziele eine offene Flanke erfahren.

### *c. Staatspolitischer Zweck*

Entscheidende und charakteristische Besonderheit von Eingriffsnormen ist ihre staatspolitische Intention<sup>560</sup>. Der Erlassstaat muss seine zwingende Vorschrift „also so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen und wirtschaftlichen Organisation“ ansehen, dass er sie deshalb einheitlich auf alle in- und ausländischen Sachverhalten anwendet, die unter die Norm fallen<sup>561</sup>. Wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt („insbesondere“), kommt der in Art. 9 Abs. 1 Rom I – VO enthaltenen Aufzählung tauglicher öffentlicher Belange keine abschließende Natur zu<sup>562</sup>.

Der gesetzliche Mindestlohn hat – wie unter B. I. 3. aufgezeigt – eine sozialstaatliche Dimension, indem er die Finanzstabilität von Sozialversicherungen unterstützt und Sozialdumping verhindert. Für die Verfolgung von Gemeinwohlinteressen spricht es ferner, wenn nicht nur gesamtgesellschaftliche Interessen wie die sozialstaatliche Architektur betroffen sind, sondern gleichzeitig Verfassungsgebote umgesetzt werden<sup>563</sup>. So dienen

---

556 Nach anderer Ansicht ist Art. 1 Abs. 1 i.V.m. § 20 MiLoG die korrekte Anspruchsgrundlage.

557 *Sittard*, NZA 2015, 78 (79).

558 *Mankowski*, RdA 2017, 273 (277).

559 *EuIPR / Thorn*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 9.

560 *Staudinger / Magnus*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 57.

561 *Staudinger / Magnus*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 57.

562 *BeckOK Großkommentar / Maultzsch*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 25.

563 *BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 6.

Mindestlohnvorschriften dem in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten der EU enthaltenen Schutzauftrag, ein würdevolles Existenzminimum dort zu sichern, wo es durch Machtasymmetrien beim individuellen Aushandeln von Arbeitsentgelt gefährdet wird (s. C. I. 4.). Der Kassationsgerichtshof Frankreichs hat daher eine drohende Verletzung elementarer Menschenrechte im Falle einer lächerlichen Vergütung gesehen und dies zum Anlass genommen, die Anwendung französischer Normen zu erzwingen<sup>564</sup>. Zwar hat er die durchzusetzenden Nationalnormen dafür nicht als Eingriffsnormen deklarieren müssen, doch lässt sich daraus folgen, dass die Durchsetzung des Mindestlohns als Eingriffsnorm zum Schutz der Menschenwürde geboten ist<sup>565</sup>.

Des Weiteren unterstützt der gesetzliche Mindestlohn die Ordnungs- und Kartellfunktion von Tarifverträgen und damit die Tarifautonomie, einem in vielen Verfassungen enthaltenen Schutzgut (s. C. I. 1.).

In Zeiten zunehmender Arbeitnehmermobilität, insbesondere in Entsendekonstellationen, kommt Mindestlohnvorschriften die Aufgabe hinzu, einen fairen Wettbewerb zu sichern, indem sie die Möglichkeit, das Lohngefälle zwischen den verschiedenen Staaten zu nutzen, eindämmt (s. A., B. III. 1 und C. I. 1.). Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und dadurch für eine stabile wirtschaftliche Ordnung zu sorgen ist jedoch nur möglich, wenn der gesetzliche Mindestlohn „auslandsfest“ ist<sup>566</sup>.

Ein Indiz für das Vorliegen einer Eingriffsnorm ist weiterhin, dass ihre Einhaltung durch eine Behörde überprüft und durchgesetzt wird<sup>567</sup> oder sie als sanktionsbewehrtes Gebotsgesetz ausgestaltet ist<sup>568</sup>. So regelt der dritte Abschnitt des deutschen Mindestlohngesetzes die Aufsicht der Zollbehörden und die Bußgeldbewährung bei Verstößen<sup>569</sup>, entsprechende behördliche Kompetenzen zur Überprüfung von gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Entgeltansprüchen finden sich im österreichischen Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz (LSD - BG)<sup>570</sup>. Selbst wenn die Durchsetzung allein den Arbeitnehmern überlassen bliebe, spricht dies nicht gegen den Charakter einer

---

564 Cass. soc., *Revue critique de droit international privé* 2006, 856.

565 *Deinert*, *Internationales Arbeitsrecht*, § 10 Rn. 2.

566 *Brors*, *NZA* 2014, 938 (939).

567 *Deinert*, *Internationales Arbeitsrecht*, § 10 Rn. 22; *BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 6.

568 *BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 6.

569 §§ 14 ff. MiLoG.

570 § 11 ff. LSD - BG.

Eingriffsnorm<sup>571</sup>. Denn dies liefe auf die für die Eingriffsnormqualifizierung überholte Differenzierung zwischen öffentlichem und privatem Recht hinaus und würde im Übrigen verkennen, dass der moderne Gesetzgeber zunehmend Privatrechtssubjekte in den Dienst öffentlicher Zwecke nimmt<sup>572</sup>. Gerade beim gesetzlichen Mindestlohn ist dies der Fall, indem der Gesetzgeber den Arbeitgeber zur Erfüllung seines Schutzauftrages einbindet (s. C. I. 4.).

Bei der Beurteilung, ob ein öffentliches Interesse einer Norm den Charakter als Eingriffsnorm verschafft, kann auch berücksichtigt werden, ob diese einem international anerkannten Wert dient<sup>573</sup>. Das kann etwa daraus folgen, dass die Rechtsvorschriften internationalen Verpflichtungen, etwa aus ILO – Übereinkommen, entspricht<sup>574</sup>. Auch dies ist beim gesetzlichen Mindestlohn der Fall (s. B. V. 2., 3.).

Mithin ist festzustellen, dass der gesetzliche Mindestlohn eine gravierende sozial- und wirtschaftspolitische Dimension aufweist und neben international anerkannten Verfassungsgütern auch elementare Menschenrechte sichert. Seine internationale Durchsetzung ist daher von erheblichem Interesse für das Gemeinwohl. Mindestlohnvorschriften stellen somit Eingriffsnormen i.S.v. Art. 9 Rom I – VO dar, die als Sonderanknüpfung eine Abweichung vom gewählten oder objektiven Vertragsstatut bedingen bzw. denen als ausländische Eingriffsnormen Wirkung verliehen werden kann.

#### **IV. Zwischenergebnis: gesetzlicher Mindestlohn im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO**

Die Parteiautonomie ist auch im Internationalen Arbeitsrecht von zentralem Wert. Als Ausprägung des rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmungsprinzips ist sie in der Freiheit und Würde des Menschen begründet und ermöglicht den Arbeitsvertragsparteien rechtliche Gestaltungsfreiheit zur gegenseitigen Interessenverwirklichung<sup>575</sup>. Die Befugnis zur (Teil)Rechtswahl gem. Art. 8 Abs. 1 S. 1 Rom I – VO steht aber nicht nur den Arbeitsvertragsparteien zu, sondern kann gleichfalls durch Tarifvertrag erfolgen. Das

---

571 So aber BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 9 Rom I – VO Rn. 6.

572 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 22; EuIPR / Thorn, Art. 9 Rom I – VO Rn. 11.

573 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 22.

574 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 30.

575 BeckOK Großkommentar / Wendland, Art. 3 Rom I – VO Rn. 20.

gewählte Vertragsstatut umfasst dann den gesetzlichen Mindestlohn.

Mindestlohnvorschriften können aber bereits entscheidender Beweggrund für eine Rechtswahl sein. Abgesehen von den selteneren Fällen, dass dies auch zum Vorteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erfolgt, dient die Umgehung des Mindestlohns dem wirtschaftlichen Nutzen des Arbeitgebers. Mit dem Günstigkeitsprinzip stellt Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO einen Schutzmechanismus zur Seite, der eine offene Flanke des Arbeitnehmerschutzes durch gezielte Umgehung des Mindestlohns (forum shopping) verhindert. Der dabei durchzuführende Sachgruppenvergleich belässt den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mangels zu berücksichtigender bzw. geeigneter Alternativvorteile ihren Anspruch auf Mindestlohnvergütung, wie er sich aus dem nach Art. 8 Abs. 2 – 4 Rom I – VO ermittelten Referenzstatut ergibt. Ohne eine Rechtswahl sind diese Absätze ebenfalls von Bedeutung, denn sie bestimmen mangels subjektiver Anknüpfung das anzuwendende (Mindestlohn)Recht anhand objektiver Kriterien.

Der gesetzliche Mindestlohn hat aber nicht nur eine inter partes wirkende, sondern zugleich eine überindividuelle Dimension<sup>576</sup>. Die normative Einflussnahme auf das Lohngefüge dient bedeutenden sozial- und wirtschaftlichen Gemeinwohlinteressen, der Verwirklichung von Verfassungsgeboten und elementarer Menschenrechte. Daher wird der gesetzliche Mindestlohn auch im internationalen Rechtsverkehr geschützt, indem er sich als Eingriffsnorm i.S.d. Art. 9 Rom I – VO gegenüber dem durch Rechtswahl oder objektiv angeknüpften Recht durchsetzt.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass trotz des massiven staatlichen Interesses die Qualifizierung als Eingriffsnorm gleichzeitig die Ziele der Rom I – VO, durch ein einheitliches Kollisionsrecht für Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen innerhalb des Binnenmarktes zu sorgen, konterkariert. Abgemildert wird die Durchbrechung der Einheitsanknüpfung und gleichzeitig der Arbeitnehmerschutz gefördert, wenn man das Günstigkeitsprinzip auf die Ebene des Art. 9 Rom I – VO überträgt, sofern die überindividuellen Interessen dem nicht entgegenstehen.

---

576 Oetker in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 72.

## E. Tariflicher Mindestlohn im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO

Tarifverträge (nach österreichischer Rechtsterminologie: Kollektivverträge<sup>577</sup>) verdienen internationalprivatrechtlich in mehrfacher Hinsicht Beachtung. Sie können einerseits die anwendbare Rechtsordnung inklusive des Mindestlohnregimes festlegen (dazu bereits D. II. 5. b. bb.), andererseits kann der Tarifvertrag samt seiner Entgeltregelungen von den Parteien gewählt werden. Ein zentraler Fragenkomplex ist die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags für ein konkretes Arbeitsverhältnis in Sachverhalten mit Auslandsberührung (Internationale Reichweite von Tarifverträgen)<sup>578</sup>. Zu klären ist auch, welches Recht auf den Tarifvertrag selbst überhaupt anwendbar ist (Tarifvertragsstatut)<sup>579</sup>.

Gesetzliche Regelungen zum Internationalen Tarifvertragsrecht sind jedoch kaum vorhanden, obwohl mit der Zunahme grenzüberschreitender Arbeitsverhältnisse das Bedürfnis internationalprivatrechtlicher Lösungen wächst<sup>580</sup>. Die entwickelten Regeln entstammen daher zumeist der Rechtsprechung und Wissenschaft<sup>581</sup> und sind folglich oft umstritten<sup>582</sup>.

Die Betrachtung tariflicher Mindestlohnbestimmungen im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO reiht sich in die dargestellten Fragen mit seinen umrittenen Lösungsansichten ein.

### I. Charakteristika und europäischer Regelungsstand

Als Tarifverträge sind Verträge zu qualifizieren, die Kollektivvertreter der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Regelung der Arbeitsbedingungen der unterworfenen Arbeitsverhältnisse geschlossen haben<sup>583</sup>.

Verbreitet ist, dass diesen Verträgen eine Doppelnatur zukommt<sup>584</sup>: Einerseits enthält der

---

577 Junker, IPRax 2007, 469 (469).

578 Oetker in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 116.

579 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 1.

580 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 248.

581 BeckOK Arbeitsrecht / Schönbohm, Art. 8 Rom I – VO Rn. 37.

582 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 248.

583 Staudinger / Magnus, Art. 8 Rom I – VO Rn. 250.

584 In Deutschland gem. § 1 Abs. 2 TVG; in Österreich §§ 2 Abs. 2, 11 Abs. 1 ArbVG; in Spanien

Tarifvertrag Rechtsnormen (normativer Teil), andererseits regelt er die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien (schuldrechtlicher Teil)<sup>585</sup>. Möglich ist oft eine Erweiterung des Geltungsbereichs durch staatliche Stellen, etwa mittels Allgemeinverbindlichkeitserklärung<sup>586</sup> oder durch eine Erklärung zur Satzung<sup>587</sup>.

Die Regelung eines Mindestentgelts in Tarifverträgen ist unterschiedlich stark verbreitet. In Ländern mit sektoralen Mindestlohnregimen werden Mindestlöhne vorwiegend durch Tarifverträge bestimmt<sup>588</sup>. Der Einwirkungsbereich tariflicher Mindestlohnregime hängt dabei stets von der Stärke des Tarifvertragssystems und der Tarifbindung ab<sup>589</sup>. Auffallend viele der Länder ohne einen universellen gesetzlichen Mindestlohn verfügen über ein umfassendes Tarifvertragssystem, das dafür Sorge trägt, dass eine große Mehrzahl der Beschäftigten durch einen Tarifvertrag geschützt wird<sup>590</sup>. So wird in Österreich mit Blick darauf, dass auf Arbeitgeberseite überwiegend die Wirtschaftskammer verhandelt<sup>591</sup> und für nicht kollektivvertragsangehörige Arbeitnehmer Außenseiterwirkung besteht<sup>592</sup>, die große Mehrheit der Beschäftigten erfasst<sup>593</sup>. Auch in den skandinavischen Ländern Schweden, Finnland und Dänemark besteht eine nahezu umfassende tarifvertragliche Mindestlohnsicherung<sup>594</sup>. Gesetzliche Mindestlöhne sind in diesen Ländern daher weitgehend überflüssig<sup>595</sup>.

## **II. Geltung des IPR und der Rom I – VO**

Ob Tarifverträge aufgrund ihrer Doppelnatur ein Schuldverhältnis i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Rom I – VO darstellen und daher überhaupt der Rom I – VO unterfallen, ist zweifelhaft<sup>596</sup>. Immerhin dürfte inzwischen geklärt sein, dass der Tarifvertrag ungeachtet des auch normsetzenden Charakters (wie weit dieser auch in der jeweiligen Rechtsordnung gehen

---

Art. 82 Abs. 2 Estatuto de los Trabajadores; in Frankreich Art. L 2262-1 Code du travail.

585 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 2.

586 § 5 Abs. 4 des deutschen TVG.

587 §§ 18 ff. des österreichischen ArbVG.

588 *Schulten* in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.2.1.

589 *Schulten* in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.2.2.

590 *Schulten* in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.2.2.

591 *Runggaldier*, ZIAS 1997, 1 (2 f.).

592 § 12 Abs. 1 ArbVG.

593 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 3.

594 *Schulten* in: Ein soziales Europa ist möglich, 10.2.2.

595 Für Österreich: *Thomandl*, ZAS 2013, 293 (293).

596 S. bereits B. I. 2.; zweifelnd etwa *Thüsing*, NZA 2003, 1303 (1311).



mag) verweisungsrechtlich angesichts seines privatrechtlichen Verhandlungsmechanismus als privatrechtlich zu qualifizieren ist, sodass die Anknüpfung nach den Grundsätzen des IPR erfolgt und nicht der Territorialitätsanknüpfung unterliegt<sup>597</sup>. Werden Tarifverträge privatrechtlich qualifiziert, handelt es sich daher um vertragliche Schuldverhältnisse im Sinne der Rom I – VO<sup>598</sup>. Dies gilt auch für den normativen Teil<sup>599</sup>. Einen Anhaltspunkt für den Gleichlauf lässt sich zudem ErwGr. (7) der Rom I - VO entnehmen<sup>600</sup>. Dieser zielt auf eine Anwendungsbereichsabstimmung mit der Brüssel I – VO und der Rom II – VO<sup>601</sup> ab<sup>602</sup>. Insoweit gibt Art. 9 Rom II – VO, der auch die Haftung von Organisationen für Arbeitskämpfe regelt, den Hinweis, dass kollektive Beziehungen des Arbeitsrechts nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen sein sollen<sup>603</sup>. Dies ist ein Fingerzeig für die Einbeziehung kollektiver Beziehungen auch im System der Rom I – VO<sup>604</sup>. Gleiches ergibt sich bei funktionaler Betrachtung des Tarifvertrags, denn dieser ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers durch kollektives Verhandeln zu überwinden („verhandelte Normen“), mithin nicht durch irgendeine Autorität<sup>605</sup>.

Somit gilt die Rom I – VO sowohl für den schuldrechtlichen als auch für den normativen Teil eines Tarifvertrags, doch ist Art. 8 Rom I – VO als Spezialnorm allein auf Individualarbeitsverhältnisse begrenzt<sup>606</sup>. Anzuwenden auf Tarifverträge sind vielmehr die allgemeinen Vorschriften, insbesondere gewährt Art. 3 Rom I – VO den Tarifvertragspartner Rechtswahlfreiheit<sup>607</sup>, anderenfalls ermittelt sich das Tarifvertragsstatut objektiv nach Art. 4 Rom I – VO<sup>608</sup>.

### **III. Tariflicher Mindestlohn im Lichte des Art. 8 Rom I –**

---

597 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 17.

598 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 154.

599 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 154.

600 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 38.

601 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht

602 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 38.

603 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 38.

604 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 38.

605 *Picker*, RdA 2014, 25 (27); *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 38.

606 *Rauscher*, IPR, Rn. 1174; *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 251.

607 Vertiefend zur umstrittenen Rechtswahlfreiheit der Tarifvertragspartner MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 154; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 39; *EuIPR / von Hain*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 6.

608 *ErfK / Schlachter*, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 32.

## VO

Zwar ist Art. 8 Rom I – VO auf Tarifverträge selbst nicht anwendbar, doch sind tarifliche Mindestlohnbestimmungen nicht unerheblich für diese Vorschrift. Denn sie können Bedeutung als Teil des kollisionsrechtlich berufenen Rechts erhalten, sie können sich als Sonderanknüpfung gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO durchsetzen oder das Ziel einer Rechtswahl gem. Art. 8 Abs. 1 S. 1 darstellen.

### **1. Internationale Reichweite von Tarifverträgen**

Tarifnormen sind auf ein Arbeitsverhältnis anwendbar, wenn sie zum kollisionsrechtlich berufenen Recht gehören<sup>609</sup>. Umstritten ist jedoch, wie sich die internationale Reichweite von Tarifverträgen bestimmt. Zum Teil wird angenommen, dass Tarifverträge nur für solche Arbeitsverhältnisse gelten, deren objektiv ermitteltes Vertragsstatut kongruent mit dem Tarifvertragsstatut ist<sup>610</sup>. Ein zwingender Gleichlauf von Arbeitsvertrags- und Tarifvertragsstatut wird aber überwiegend abgelehnt<sup>611</sup>. Stattdessen wird vorgeschlagen, Tarifverträge auf solche Arbeitsverhältnisse anzuwenden, deren Schwerpunkt im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags liegt<sup>612</sup>. Diese Ansicht lässt sich jedoch auf das Territorialitätsprinzip zurückführen und ist daher unter der Rom I – VO überholt (s. E. II.)<sup>613</sup>. Vorzugswürdig für die Bestimmung der im Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifnormen ist folgendes Vorgehen: Das Arbeitsvertragsstatut ist maßgeblich, um Tarifnormen zur Anwendung zu berufen<sup>614</sup>. Ob eine Tarifnorm zum Recht des Arbeitsvertragsstatuts gehört, mithin ihre Zuordnung zu einer Rechtsordnung, bestimmt sich hingegen nach dem Tarifvertragsstatut<sup>615</sup>. Es bleibt dann die Frage, nach welchem Statut sich die Wirkung der Tarifnormen bestimmt. Mit Blick auf ihre Auswirkungen im Individualarbeitsverhältnis lässt sich die Maßgeblichkeit des auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Rechts vertreten<sup>616</sup>, mit Blick auf die Effektivierung lässt sich die Tarifwirkung

---

609 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 11.

610 *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 435.

611 *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 258; *ErfK / Schlachter*, Art. 3 ff. Rom I – VO Rn. 34.

612 *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 258.

613 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 50.

614 *Kreuzer / Wagner / Reder* in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Rn. 206; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 50.

615 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 50.

616 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 429; *Lyon-Caen / Lyon-Caen*, Rn. 84.

aber auch kollektivrechtlich qualifizieren<sup>617</sup>. Entscheidet man sich für Letzteres, ist die Bestimmung und Wirkung tariflicher Mindestlöhne im internationalen Kontext wie folgt: Ihre Berufung erfolgt durch das Arbeitsvertragsstatut, die normative<sup>618</sup> Wirkung jedoch nach dem Tarifvertragsstatut. Ein solches differenziertes Vorgehen hat den Vorteil, dass durch die Berufung eines Tarifvertrags anhand des Arbeitsvertragsstatuts der Bezug zum Arbeitsverhältnis gewahrt bleibt, andererseits eine einheitliche Beurteilung der tariflichen Wirkungen durch diejenige Rechtsordnung ermöglicht, welcher auch der normative Teil angehört<sup>619</sup>. Voraussetzung des Eingreifens einer tariflichen (Mindestlohn)Norm ist aber stets die Tarifgebundenheit, welche sich ebenfalls nach dem Tarifvertragsstatut bestimmt<sup>620</sup>.

Die gleichen dargestellten Ansichten beherrschen im Übrigen auch die Frage, welche Arbeitsverhältnisse ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag ergreift<sup>621</sup>. Vorzugsweise erfolgt die Berufung eines solchen Tarifvertrags nach den allgemeinen Anknüpfungsregeln, das Tarifvertragsstatut bestimmt dafür die Frage, wer von der Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird<sup>622</sup>. Denn die Allgemeinverbindlichkeitserklärung ist letztlich die Erweiterung des Kreises der Tarifgebundenen und daher nach dem gleichen Statut zu behandeln wie die Tarifgebundenheit<sup>623</sup>.

Liegt Tarifbindung vor und ist ein Tarifvertrag aufgrund des Arbeitsvertragstatuts bzw. bei allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen aufgrund der allgemeinen Anknüpfungsregeln zur Anwendung berufen, bestimmt also das Tarifnormstatut die Wirkungen der Mindestlohnnormen auf das Arbeitsverhältnis.

## 2. Tarifliche Mindestlöhne als zwingende Bestimmungen

Deutlich präserter für Art. 8 Rom I – VO sind tarifliche Mindestlöhne als Begrenzung der Parteiautonomie. Zu den zwingenden Bestimmungen des Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO,

---

617 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 50; MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 158; *Oetcker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 118.

618 Das englische Tarifstatut kennt keine Normwirkung, mit der Folge, dass der Tarifvertrag dann nicht normativ wirkt; zur Rechtslage in England *Hartmann*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 63.

619 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 50.

620 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 13.

621 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 159.

622 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 60.

623 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 60.

von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf, zählen nämlich nicht nur gesetzliche Bestimmungen, sondern auch tarifliche Regelungen<sup>624</sup>, sofern sie für das Arbeitsverhältnis kraft Tarifbindung oder Allgemeinverbindlichkeit gelten<sup>625</sup>. Die Gleichbehandlung mit gesetzlichen Normen rechtfertigt sich daraus, dass der Wortlaut einerseits eine weite Auslegung des Begriffs der Schutzvorschriften i.S.v. Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO erlaubt<sup>626</sup>, andererseits tarifliche Normen funktional betrachtet ebenfalls zwingend wirken können<sup>627</sup>, also quasi-gesetzlicher Natur sind<sup>628</sup>. Anderer Ansicht scheint der OGH zu sein<sup>629</sup>. Als einziges Argument führt er allerdings einen deutschen Gesetzeskommentar an, welcher genau das Gegenteil besagt: „Zwingende Bestimmungen [...] können auch in einem Tarifvertrag enthalten sein“<sup>630</sup>. Entgegen der Behauptung des OGH ist dies die herrschende und überzeugende Meinung<sup>631</sup>. Denn wenn ein Tarifvertrag kraft Tarifbindung oder Allgemeinverbindlichkeit für ein Arbeitsverhältnis gilt, sollen seine Schutznormen nicht durch Rechtswahl zur Makulatur werden.

Die auf ein Arbeitsverhältnis anzuwendenden tariflichen Mindestlohnnormen setzen sich somit bei einer dem Günstigkeitsprinzip widersprechenden Rechtswahl als rechtswahlergänzende Sonderanknüpfung durch.

### 3. Wahl eines Tarifvertrags

Fraglich ist, ob tarifliche Mindestlöhne für die Arbeitsvertragsparteien auch im Rahmen der Rechtswahlfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 1 Rom I – VO von Bedeutung sein können. Die Parteien des Arbeitsvertrages können nämlich geneigt sein, einen auf sie nicht wirkenden Tarifvertrag als das maßgebliche Recht zu wählen und so die tariflichen Mindestlohnbestimmungen zu berufen. Davon abzugrenzen ist die Rechtswahl für den Tarifvertrag selbst (s. E. II.) und der zulässigen Rechtswahl durch einen Tarifvertrag (s. D. II. 5. b. bb.).

---

624 JurisPK / *Sutschet*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 16; MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 38; BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 13; Staudinger / *Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 78.

625 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 13; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 55; für eine Beschränkung auf allgemeinverbindliche Tarifverträge *Birk*, RdA 1989, 201 (206).

626 MüKo / *Martiny*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 38.

627 JurisPK / *Sutschet*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 16.

628 Staudinger / *Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 249.

629 OGH IPrax 2007, 460 (462).

630 Palandt / *Heldrich*, 65. Auflage, Art. 30 EGBGB Rn. 4; dazu auch *Junker*, IPrax 2007, 469 (471); *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 55.

631 *Junker*, IPrax 2007, 469 (471); *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 55.

Damit die Arbeitsvertragsparteien ihren Vertrag einem Tarifvertrag als die maßgebliche Rechtsquelle unterstellen können, müsste die Wahl nichtstaatlichen Rechts möglich sein. Genau das wird jedoch mehrheitlich abgelehnt<sup>632</sup>. Denn zum einen ergibt sich dies mittelbar aus dem Wortlaut und Zusammenhang der zahlreichen Bezugnahmen auf das Recht eines Staates (u.a. Art. 3 Abs. 3 und 3, 4, 5 – 8, 20 Rom I – VO)<sup>633</sup>. Zum anderen ist dies aus der Entstehungsgeschichte des Art. 3 Rom I – VO abzuleiten<sup>634</sup>. Zwar hat der ursprüngliche Kommissionsvorschlag die Wahl nichtstaatlichen Rechts vorgesehen, doch ist diese Möglichkeit nicht in die Endfassung aufgenommen worden<sup>635</sup>.

Nicht mit kollisionsrechtlicher, wohl aber mit materiellrechtlicher Wirkung kann daher nach ErwGr. (13) der Rom I – VO auch „ein nichtstaatliches Regelwerk oder ein internationales Übereinkommen“ gewählt werden<sup>636</sup>. Wollen die Gestalter des Arbeitsvertrages einen Tarifvertrag oder (Mindestlohn)Bestimmungen daraus für das Arbeitsverhältnis gelten lassen, so können sie dies nicht durch Rechtswahl erreichen, sondern nur durch materiellrechtliche Inkorporation der jeweiligen Normen in den Arbeitsvertrag<sup>637</sup>.

## **IV. Tariflicher Mindestlohn im Lichte des Art. 9 Rom I – VO**

Sämtliche Kollisionsnormen der Rom I – VO stehen unter dem Vorbehalt der Anwendung von Eingriffsnormen<sup>638</sup>. Während gesetzliche Mindestlöhne einen internationalen Geltungsanspruch aufweisen, da sie bedeutende Staatsinteressen und elementare Verfassungsgüter in grenzüberschreitenden Arbeitsrechtsfällen wahren sollen (s. D. III. 4.), ist die Situation bei Tarifverträgen nicht ident. Zu klären ist daher, ob auch tarifvertragliche Mindestlohnbestimmungen als Eingriffsnormen zu qualifizieren sind.

---

632 BeckOK Arbeitsrecht / *Schönbohm*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 29; Ferrari IntVertragsrecht / *Ferrari*, Art 3 Rom I – VO Rn. 18; Müko / *Martiny*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 28; a.A.: Leible, FS Jayme, 485 (491), wonach „staatlich“ in Sinne von „Ordnung mit Gerechtigkeitsgewähr“ zu verstehen ist.

633 Staudinger / *Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 40; BeckOK-BGB / *Spickhoff*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 7.

634 Staudinger / *Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 40.

635 MüKo / *Martiny*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 28.

636 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 34.

637 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 34.1.

638 JurisPK / *Ringe*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1.

## 1. Kollektivverträge als Eingriffsnormen

Damit tarifliche Mindestlohnbestimmungen als Eingriffsnormen in Betracht kommen, muss zuvor geklärt werden, ob Eingriffsnormen überhaupt einem Kollektivvertrag entstammen können. Man könnte dazu aufgrund des international vielfach vorgesehenen Normencharakters von Tarifverträgen eine Parallele zu gesetzlichen Normen ziehen und ihnen daher die Möglichkeit des Eingriffcharakters zusprechen<sup>639</sup>. Eine Bestätigung erhält diese Ansicht durch die Möglichkeit, Tarifverträge durch Rechtsverordnung oder Satzung verbindlich zu machen und so international-privatrechtlich anderen Rechtsnormen gleichzustellen<sup>640</sup>. Dennoch lehnt es die herrschende Meinung in Österreich<sup>641</sup>, Deutschland<sup>642</sup>, Frankreich<sup>643</sup> und vielen weiteren Ländern<sup>644</sup> ab, Tarifverträge als Eingriffsnormen zu betrachten. Die mit ihnen verfolgten Interessen weisen nämlich nicht das für die Annahme einer Eingriffsnorm erforderliche Gewicht auf<sup>645</sup>. So sind sie normalerweise nur für die Organisierten bindend<sup>646</sup> und haben damit keine gesamtgesellschaftliche Dimension. Ihr typischer Zweck ist auch nicht die Verfolgung gesamtstaatlicher Interessen, sondern der angemessene Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern<sup>647</sup>. Denn sie dienen der Kompensation struktureller Unterlegenheit des Arbeitnehmers bei der Vertragsgestaltung (s. bereits E. II.)<sup>648</sup>. Die Intention international zwingender Normen erschöpft sich aber, wie gezeigt (D. III. 1), nicht in der Herstellung von Vertragsgerechtigkeit im Sinne des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, sondern es werden darüber hinausgehende sozial-, ordnungs- und wirtschaftspolitische Vorstellungen verfolgt<sup>649</sup>. Zwar mögen die Zielsetzungen der Tarifvertragsparteien etwa bei der Festlegung tariflicher Mindestlohnbestimmungen mit den staatlichen Anliegen am gesetzlichen Mindestlohn übereinstimmen, das alleine macht sich aber noch nicht zu Eingriffsnormen. Die Festlegung der gegebenenfalls durch Eingriffsnormen zu verfolgenden öffentlichen Interessen obliegt dem Staat<sup>650</sup>. Tarifverträge,

---

639 BAG, Urteil vom 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 Rn. 50.

640 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 34.

641 *Rebhahn*, DRdA 1999, 173 (175).

642 *Sittard*, RdA 2013, 301 (304); *Deinert*, RdA 2009, 144 (151); a.A. Stoll, Eingriffsnormen im IPR, S. 173ff.

643 *Robin*, Dr. Soc. 1994, 127 (132).

644 Z.B. für Spanien *Carillo Pozo*, REDT 2011, 1023 (1066).

645 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 35.

646 Vgl. § 3 dt. TVG, in Österreich besteht hingegen Außenseiterwirkung.

647 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 35.

648 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 35; *Picker*, RdA 2014, 25 (27).

649 EuIPR / *Thorn*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 11.

650 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 35.

und somit auch tarifliche Mindestentgeltsätze, können daher keine Eingriffsnormen i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Rom I – VO darstellen.

Etwas anderes könnte für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge gelten oder für solche, die zur Satzung erklärt wurden. Der Staat macht sich diese Tarifverträge nämlich zu Eigen, was ein öffentliches Interesse erfordert und somit rechtfertigen würde, der jeweiligen Normen international zwingende Wirkung beizugeben<sup>651</sup>. Doch bleibt im Einzelfall zu prüfen, ob die jeweilige Tarif- bzw. Satzungsnorm dahin zu verstehen ist, dass sie mit Blick auf das öffentliche Interesse international zwingende Wirkung haben soll<sup>652</sup>. Da der Tarifvertrag primär dem Ausgleich von Individualinteressen und nicht dem Schutz öffentlicher Gemeinwohlinteressen dient, stellen daher auch allgemeinverbindlich erklärte oder zur Satzung erklärte Tarifverträge keine Eingriffsnormen dar<sup>653,654</sup>.

## **2. Rechtfertigung der Divergenz gesetzlicher und tariflicher Mindestlöhne im Lichte des Art. 9 Rom I – VO**

Es mag zunächst erstaunen, dass Mindestlohngesetze als Eingriffsnormen zu qualifizieren sind, während tariflichen Mindestlohnregelungen dieser Charakter abzusprechen ist. Beide Arten der Mindestlohnregelungen sind nämlich geeignet, ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern, die finanzielle Stabilität von Sozialversicherungen zu stärken und internationale Verfassungsgüter zu wahren<sup>655</sup>. Mithin geht es um Gemeininteressen, die in grenzüberschreitenden Sachverhalten eigentlich nicht preisgegeben werden wollen. Darüber hinaus mutet es geradezu paradox an, dass den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ihr Schutz auf ein würdiges Existenzminimum in internationalen Sachverhaltskonstellationen versagt wird, sobald die Entgeltregelungen in einer Kollektivvereinbarung enthalten sind. Die Regelung durch Tarifverträge dient nämlich nicht

---

651 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 37.

652 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 37.

653 *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 257

654 Eine Ausnahme gilt aufgrund der EntsendRL, die für bestimmte Branchen sicherstellt, dass inländische für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge auch für Arbeitnehmer ausländischer Arbeitgeber gelten, im Inland tätig sind, selbst wenn ihre Arbeitsverträge ausländischem Recht unterstehen und ihr gewöhnlicher Arbeitsort im Ausland ist. Derartige Tarifverträge sind als international zwingend i.S.d. Art. 9 Rom I – VO einzustufen, vgl. *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 261.

655 *Picker*, RdA 2014, 25 (27); zu den Funktionen des Tarifvertrags: *BeckOK Arbeitsrecht / Waas*, § 1 TVG Rn. 11 – 15.

nur der Wahrung des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit, sondern hat auch ein praktisches Element: Die Regelung wird dort getroffen, wo Experten am Werk sind<sup>656</sup>. Dass sich dieser Vorteil im internationalen Kontext zum Nachteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wendet, ist durchaus verwunderlich.

Der Grund für die unterschiedliche Behandlung gesetzlicher und tariflicher Mindestlöhne ist meines Erachtens aber in einem elementaren Verfassungsprinzip begründet: das Demokratieprinzip<sup>657</sup>. Ein Kollektivvertrag dient primär dem Interessensausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern<sup>658</sup>. Daran ändert auch nichts, dass ihre Ziele mit staatlichen Zielen übereinstimmen können<sup>659</sup>. Aufgabe der Kollektivpartner ist daher nicht die Festlegung öffentlicher Interessen<sup>660</sup>. Dies ist genuine und ausschließliche Aufgabe des Staates. Mit anderen Worten: Was der Gesetzgeber in die Verfügungsmacht nichtstaatlicher Akteure stellt, will er grundsätzlich nicht gegen ausländisches Recht durchsetzen<sup>661</sup>. Umgekehrt können Private mangels demokratischer Legitimation nicht gesamtgesellschaftliche Interessen bestimmen. Die paradoxe Ungleichbehandlung gesetzlicher und tariflicher Mindestlöhne im Rahmen des Art. 9 Rom I – VO ist damit eine Folge des Demokratieprinzips.

## **V. Zwischenergebnis: tariflicher Mindestlohn im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO**

Im grenzüberschreitenden Kontext haben tarifliche Mindestlöhne zunächst Bedeutung durch einen Tarifvertrag mit internationalem Geltungsbereich. Die kollisionsrechtliche Berufung des Tarifvertrags und seiner Mindestlohnbestimmungen erfolgt dabei durch das Arbeitsvertragsstatut, die Wirkungen bestimmen sich hingegen nach dem Tarifvertragsstatut.

Gewichtige Bedeutung erhalten tarifliche Mindestlohnnormen darüber hinaus als zwingende Schutznormen i.S.v. Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO. Entgegen der Ansicht des

---

656 Etwa Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und Spitzenorganisationen in Deutschland (vgl. § 2 TVG); in Österreich die gesetzlichen Interessensvertretungen, juristische Personen des öffentlichen Rechts und nach Zuerkennung der Kollektivfähigkeit auch Berufsvereinigungen s. §§ 4 ff. ArbVG.

657 In Deutschland Art. 20 Abs. 1 GG; in Österreich Art. 1 B-VG.

658 *Picker*, RdA 2014, 25 (27).

659 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 35.

660 *Deinert*, RdA 1996, 339 (344).

661 BeckOK Großkommentar / *Knöfel*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 89.1.



OGH können sie bei Tarifbindung oder Allgemeinverbindlichkeit die Rechtswahl der Arbeitsvertragsparteien begrenzen.

Mit kollisionsrechtlicher Wirkung kann ein Tarifvertrag und seine Mindestlohnbestimmungen allerdings nicht gewählt werden; lediglich eine materiellrechtliche Inkorporation der jeweiligen Normen in den Arbeitsvertrag ist möglich.

Aufgrund ihres primären Zwecks, Machtasymmetrien zwischen Privaten zu nivellieren und daher lediglich individuelle Interessen zu verfolgen, sind tarifliche Mindestlohnnormen keine Eingriffsnormen i.S.v. Art. 9 Rom I – VO.

Das Demokratieprinzip erfordert, dass die Festlegung von Gemeinwohlinteressen durch den Staat erfolgt, und rechtfertigt so eine unterschiedliche Behandlung von gesetzlichen und kollektivrechtlichen Mindestlöhnen im Lichte des Art. 9 Rom I – VO.

---

## F. Binnenmarktrelevanz

Zu den zentralen Zielen der Europäischen Union gehört die Verwirklichung des Binnenmarktes (Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV)<sup>662</sup>. Nach der Definition des Art. 26 Abs. 2 AEUV umfasst der Binnenmarkt „einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital [...] gewährleistet ist“. Wegen ihrer konstituierenden Bedeutung für die freien Verkehrsströme werden die Gewährleistungen des freien Warenverkehrs (Art. 28, 34 ff. AEUV), des freien Personenverkehrs (Art. 45 ff. AEUV), des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 56 ff. AEUV) und des freien Kapitalverkehrs (Art. 63 ff. AEUV) als die vier Marktfreiheiten bezeichnet<sup>663</sup>. Sie schützen nicht nur vor ungerechtfertigten Diskriminierungen, sondern auch vor unverhältnismäßigen Beschränkungen<sup>664</sup>.

Nationale Mindestlöhne stellen ein derartiges rechtfertigungsbedürftiges Hemmnis dar<sup>665</sup>. In diesem Kapitel wird dies aber nur eine untergeordnete Rolle spielen. Im Vordergrund stehen werden die Berührungspunkte der Marktfreiheiten mit den Art. 8 und 9 Rom I – VO. Einerseits müssen sich die Kollisionsnormen ebenso wie das Sachrecht ranghöherem Recht beugen<sup>666</sup>. Andererseits stellt sich die Frage, inwieweit die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung aufgrund der kollisionsrechtlichen Vorschriften gegen die Marktfreiheiten verstoßen<sup>667</sup>. Hierbei kommt es dann zu einer Überprüfung des Sachrechts des Vertragsstatuts an den europarechtlichen Vorschriften<sup>668</sup>. Es geht in diesem Kapitel mithin darum, die Binnenmarktrelevanz der obenstehenden Erkenntnisse, also des Mindestlohns im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO zu prüfen. Letztlich stellt sich die Frage, wem die Auslegungskompetenz zukommt.

### I. Binnenmarktrelevanz des Mindestlohns im Lichte des Art. 8 Rom I – VO

---

662 *Kilian / Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 22.

663 *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 1.

664 *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 3.

665 *Kainer*, NZA 2016, 294 (395); *Mankowski*, RdA 2017, 273 (273ff.).

666 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 3 Rn. 6.

667 *Oetcker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 6.

668 *Oetcker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 6.

## 1. Rechtswahlfreiheit und ihre Einschränkung

Die Parteiautonomie stellt – wie bereits unter D. II. 1 und 5. a. aufgezeigt – einen Eckpfeiler auch im Europäischen Internationalen Arbeitsrecht dar und ist auf Unionsebene primärrechtlich bedingt. Es sind die Marktfreiheiten, welche die primärrechtliche Garantie der Rechtswahlfreiheit enthalten<sup>669</sup>. Dies begründet sich schon mit der Überlegung, dass die (kollisionsrechtliche und sachrechtliche) Vertragsfreiheit notwendige Voraussetzung der effektiven Inanspruchnahme der Marktfreiheiten ist<sup>670</sup>. Die Wirkung der Marktfreiheiten wird bei gleicher Zielrichtung darüber hinaus durch einen unionalen Grundrechtsstandard verstärkt<sup>671</sup>. Allerdings ist die Vertragsfreiheit weder in der CRCh noch in der EMRK explizit verankert<sup>672</sup>. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass die Parteiautonomie als kollisionsrechtliche Vertragsfreiheit der Aktualisierung des rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmungsprinzips der Parteien dient<sup>673</sup> und sich ihr Schutz daher auch aus den wirtschaftlichen Freiheitsrechten der GRCh und EMRK (s. C. I. 2.) ableiten lässt<sup>674</sup>.

Ist die Rechtswahlfreiheit somit Ausfluss eines um die Grundrechte verstärkten Schutzes der Marktfreiheiten, stellt sich die Frage, ob die Beschränkung der Rechtswahlfreiheit in Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO mit höherrangigem Unionsrecht vereinbar ist.

Dazu lassen sich zwei Rechtfertigungsmodelle aufgreifen: Zum einen ist es denkbar, Einschränkungen der Parteiautonomie aus sozialpolitischen Gründen zu legitimieren. Anerkannt als Rechtfertigung für Einschränkungen der Marktfreiheiten ist der Schutz des Arbeitnehmers als schwächere Partei<sup>675</sup>. Als Nebeneffekt schützt das Günstigkeitsprinzip vor Sozialdumping<sup>676</sup>, einem ebenfalls anerkannten Rechtfertigungsgrund<sup>677</sup>, indem es das Ausnutzen unterschiedlicher Rechts- und Sozialstandards innerhalb der Mitgliedsstaaten nur eingeschränkt zulässt<sup>678</sup>. Andererseits kann man die in Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO enthaltene Beschränkung der Rechtswahlfreiheit mit der Sicherung der Rechtswahlfreiheit

---

669 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 20; *Basedow*, Rabelz 59 (1995), 1 (27, 28); *Staudinger / Magnus*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 3.

670 *Frenz*, Handbuch Europarecht (Europäische Grundrechte), Rn. 2698; zum Gleichlauf von Privat- und Parteiautonomie BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 33.

671 *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 8, 10.

672 *Bruns*, S. 140.

673 BeckOK Großkommentar / *Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 30.

674 *Bruns*, S. 140.

675 EuGH, Urteil *Mazzoleni*, C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162, Rn. 27; *Kilian / Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 238.

676 *Deintert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 15.

677 EuGH, C-244/04, ECLI:EU:C:2006:49, Rn. 61; *Mankowski*, RdA 2017, 273 (278).

678 *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 187; *Deintert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 15.

begründet werden. Der Sache nach bedeutet nämlich der Schutz der Schwächeren im Rahmen der Rechtswahl die Gewährleistung effektiver Rechtswahlfreiheit (s. bereits D. II. 5. c. aa.)<sup>679</sup>. Die Rechtswahlbeschränkung durch das Günstigkeitsprinzip zielt daher nicht auf eine Beschneidung der Parteiautonomie, sondern auf ihre Verwirklichung als Ausdruck kollisionsrechtlicher Selbstbestimmung<sup>680</sup>.

Die zum Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, sozialstaatlicher Zielsetzungen und der Privatautonomie begründete Rechtswahlbeschränkung ist ferner verhältnismäßig. Sie stellt freilich die mildere und flexiblere Lösung als die Versagung der Rechtswahlmöglichkeit im Internationalen Arbeitsrecht dar<sup>681</sup> und bietet eine angemessene Balance zwischen der kollisionsrechtlichen Gestaltungsfreiheit einerseits und den schützenswerten sowie anerkannten Allgemeininteressen andererseits<sup>682</sup>.

## 2. Anwendung des berufenen Sachrechts

Art. 8 Rom I – VO stellt somit keine Kollisionsnorm dar, die mit dem Binnenmarkt nicht vereinbar wäre. Eine mit den Marktfreiheiten nicht zu vereinbarende Situation kann sich aber aus der Anwendung der durch Art. 8 Abs. 1 – 4 Rom I – VO berufenen Sachnormen ergeben. Nicht betroffen ist somit das Verhältnis der Kollisionsnorm zum Unionsrecht, sondern es geht um die Überprüfung des Sachrechts des Vertragsstatuts an den europarechtlichen Vorgaben<sup>683</sup>, mithin der Mindestlohnvorschriften an den Marktfreiheiten. Den wirtschaftlichen Grundfreiheiten im Binnenmarkt kommen die Sicherung der Wettbewerbsgleichheit (in ihrer Ausgestaltung als Diskriminierungsverbot) und die Öffnung der Märkte (in ihrer Ausgestaltung als Beschränkungsverbot) zu<sup>684</sup>. In dieser Dimension lässt sich aus den Marktfreiheiten das Herkunftslandprinzip ableiten: Waren und Dienstleistungen sind grundsätzlich im Bestimmungsland verkehrsfähig, wenn sie unter den geltenden rechtlichen Standards des Herkunftslands produziert wurden<sup>685</sup>. Gewendet auf Preis- und Lohnregelungen folgt aus diesem Prinzip, dass diese – vorbehaltlich möglicher Rechtfertigung – grundsätzlich unzulässig sind<sup>686</sup>. Gesetzliche Mindestlohnvorschriften

---

679 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 14.

680 *BeckOK Großkommentar / Wendland*, Art. 3 Rom I – VO Rn. 30, 31.

681 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 13.

682 *Staudinger / Magnus*, Art. 8 Rom I – VO Rn. 187.

683 *Oetcker* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 11 Rn. 6.

684 *Kainer*, NZA 2016, 394 (395).

685 *Kainer*, NZA 2016, 394 (395).

686 *Kainer*, NZA 2016, 394 (395).

beschränken also die Dienstleistungsfreiheit<sup>687</sup> und bedürfen daher der Rechtfertigung<sup>688</sup>.

Zu beachten ist, dass der Europäische Gerichtshof jedenfalls im Hinblick auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit die unmittelbare Anwendbarkeit der Marktfreiheiten auch auf Rechtsverhältnisse zwischen Privaten anerkennt<sup>689</sup>. Daher können auch kollektive Regelungen im Arbeits- und Dienstleistungsbereich, mithin Entgelttarifverträge rechtfertigungsbedürftig sein.

Als Rechtfertigungsgründe gesetzlicher und ggf. tariflicher Mindestlöhne, welche die Marktfreiheiten einschränken, kommen der soziale Schutz des Arbeitnehmers in Betracht<sup>690</sup>, anerkannt hat der EuGH auch den Schutz vor Sozialdumping<sup>691</sup> und den Schutz der Sozialversicherungssysteme<sup>692</sup>. Unter Berücksichtigung der Rüffert – Entscheidung<sup>693</sup> des EuGH kann auch die Stabilisierung des Tarifvertragssystems als legitimes Schutzgut eingeordnet werden<sup>694</sup>.

Dagegen kann der Schutz von Arbeitsplätzen als solcher wegen des protektionistischen Charakters nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt werden<sup>695</sup>. Dasselbe gilt für den Schutz inländischer Arbeitnehmer oder Unternehmer vor den niedrigeren Arbeitskosten der ausländischen Konkurrenz<sup>696</sup>.

Bei der verhältnismäßigen Ausgestaltung der Mindestlohnbestimmungen kommt es auf den jeweiligen Einzelfall an. Vertiefend ist dafür auf die jeweilige nationale Rechtsprechung und Literatur zu verweisen. Auf folgende Aspekte weist der EuGH jedoch ausdrücklich hin, die im Rahmen der jeweiligen Angemessenheitsprüfung besonders zu beachten sind<sup>697</sup>: Die Mindestlohnregelung muss bei objektiver Betrachtung erforderlich und angemessen sein<sup>698</sup>, zu berücksichtigen ist die Gefahr unverhältnismäßig hoher Verwaltungskosten bei kurzzeitigen grenzüberschreitenden Arbeitseinsätzen<sup>699</sup>, ferner die innerbetriebliche

---

687 Sieht man zudem die Warenverkehrsfreiheit betroffen, ist der Mindestlohn dann aber als eine Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Formel erlaubt, *Mankowski*, RdA 2017, 273 (282).

688 *Mankowski*, RdA 2017, 273 (277); *Lembke*, NZA 2015, 70 (70).

689 EuGH vom 6.6.2000, C-281/98, Slg. 2000, I-4139; *Kilian / Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 234.

690 EuGH, Urteil Mazzoleni, C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162, Rn. 27; EuGH, Urteil Laval un Partneri, C-341/05; ECLI:EU:C:2007:809, Rn. 103; *Kilian / Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 238.

691 EuGH, C-244/04, ECLI:EU:C:2006:49, Rn. 61.

692 EuGH, C-531/06; ECLI:EU:C:2009:315, Rn. 58.

693 EuGH, Urteil Rüffert, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189.

694 *Kainer*, NZA 2016, 394 (398).

695 *Kainer*, NZA 2016, 394 (398).

696 *Kainer*, NZA 2016, 394 (398).

697 *Kainer*, NZA 2016, 394 (398).

698 EuGH, Urteil Mazzoleni, C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162, Rn. 34.

699 EuGH, Urteil Mazzoleni, C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162, Rn. 36.

Wirkung von Lohnspaltungen und ihre Bedeutung für die Kohärenz tarifvertraglicher Regelungen<sup>700</sup> sowie die Genauigkeit und Zugänglichkeit der Mindestlohnbestimmungen<sup>701</sup>. Einen milden Kontrollmaßstab im Sinne der Keck – Formel legt der EuGH bei der Dienstleistungsfreiheit dabei nicht an<sup>702</sup>.

Vorbehaltlich der im Einzelfall abhängigen Verhältnismäßigkeit ist die Anwendung der durch Art. 8 Abs. 1 – 4 Rom I – VO berufenen gesetzlichen oder tariflichen Mindestlohnnormen mit den Marktfreiheiten daher vereinbar.

## **II. Binnenmarktrelevanz des Mindestlohns im Lichte des Art. 9 Rom I – VO**

### **1. Art. 9 Rom I – VO in der Normenhierarchie**

Art. 9 Rom I – VO enthält ebenfalls eine Durchbrechung des Grundsatzes der Privatautonomie<sup>703</sup> und beschränkt somit die Marktfreiheiten. Die Rechtfertigung dafür ist in der Wahrung des öffentlichen Interesses im Erlassstaat zu suchen, insbesondere für die Absicherung seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation<sup>704</sup>. Verhältnismäßig ist die Norm ebenso. Zwar ist mit der Störung des Entscheidungseinklangs und der partiellen Außerkraftsetzung des differenzierten, allseitigen Anknüpfungssystems der Art. 3 ff. Rom I – VO die Erschwerung der Rechtsanwendung, mithin Rechtsunsicherheit verbunden<sup>705</sup>. Doch geht durch die Verankerung der maßgeblichen Rechtsprechung in der Legaldefinition des Abs. 1 eine Klarstellung im Binnenmarkt einher<sup>706</sup>. Zudem ist der Wirkungsbereich von Eingriffsnormen im Gesetzgebungsverfahren reduziert worden<sup>707</sup> und die Auslegung einer Ausnahmevorschrift hat stets eng zu erfolgen<sup>708</sup>.

Die Konsensfähigkeit der Vorschrift liegt somit darin, dass es nur unter qualifizierten

---

700 EuGH, Urteil Mazzoleni, C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162, Rn. 36.

701 EuGH, Urteil Arblade, C-369/96, ECLI:EU:C:1999:575, Rn. 43.

702 *Mankowski*, RdA 2017, 273 (278).

703 Ferrari Int Vertragsrecht / *Staudinger*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 8.

704 *Staudinger / Magnus*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 57.

705 *JurisPK / Ringe*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 2.

706 Ferrari IntVertragsrecht / *Staudinger*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 5.

707 *JurisPK / Ringe*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 7.

708 *MüKo / Martiny*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 1.

Voraussetzungen möglich ist, staatliche Wertungen und öffentliche Regelungsinteressen über die Anwendung von Eingriffsnormen zu berücksichtigen<sup>709</sup>.

## **2. Anwendung von Eingriffsnormen**

Zwar ist somit auch Art. 9 Rom I – VO mit dem Binnenmarkt vereinbar, doch muss darüber hinaus die kraft der Sonderanknüpfung durchgesetzte Vorschrift mit dem Primärrecht, insbesondere den im AEUV verankerten Grundfreiheiten in Einklang stehen<sup>710</sup>. Allein die Einordnung einer Vorschrift als Eingriffsnorm entbindet nämlich nicht, sie auf ihre Unionsrechtskonformität zu überprüfen, da Unionsrecht normhierarchisch auch über Eingriffsnormen des nationalen Rechts steht.<sup>711</sup> Kommt es also zu einer Verletzung der Marktfreiheiten durch gesetzliche Mindestlöhne, sind die jeweiligen Vorschriften unanwendbar<sup>712</sup>, obwohl sie den Charakter einer Eingriffsnorm aufweisen<sup>713</sup>. Das Verdikt der Binnenmarktverletzung durch gesetzliche Mindestlohnvorschriften muss aber im jeweiligen nationalen Einzelfall geprüft werden (s. F. I. 2.).

## **III. Auslegungskompetenz**

### **1. Auslegungskompetenz für Art. 8 Rom I – VO**

Nicht ganz offensichtlich ist, ob den nationalen Gerichten oder dem Europäischen Gerichtshof die Auslegungskompetenz der gefundenen Ergebnisse zu Art. 8 Rom I – VO zukommt. Da es sich um die Anwendung nationaler Mindestlöhne handelt, könnte man sich auf die Position stellen, dass der EuGH nicht mehr Kompetenzen in Anspruch nehmen kann als sie der Europäischen Union zustehen<sup>714</sup>. Diese verfügt gem. Art 157 Abs. 5 AEUV nicht über die Zuständigkeit für die Bereiche des Arbeitsentgelts und des Koalitionsrechts. Dem ist jedoch nur bedingt zu folgen. Zwar ist es aufgrund der Kompetenzordnung unerlässlich,

---

709 BeckOK Großkommentar / *Maultzsch*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 4.

710 Ferrari IntVertragsrecht / *Staudinger*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 9.

711 *Mankowski*, RdA 2017, 273 (277).

712 Siehe B. II. 3., 4.

713 *Mankowski*, RdA 2017, 273 (277).

714 *Lembke*, NZA 2015, 70 (74).

dass sich der Begriff der Mindestlohnsätze nach nationalem Recht bestimmt<sup>715</sup>. Europäische Maßstäbe können dabei aber nicht unberücksichtigt bleiben<sup>716</sup>. Für diese sind aber nicht die nationalen Gerichte letztverbindlich zuständig<sup>717</sup>. Erst recht wird die Zuständigkeit des EuGH deutlich, wenn es darum geht, letztverbindlich über die Auslegung der Marktfreiheit im Verhältnis zum Sachrecht zu entscheiden<sup>718</sup>.

Wendet man allerdings den Blick nicht direkt auf den Mindestlohn, sondern darauf, wie dieser berufen wurde, so muss man die Kompetenz des EuGHs unzweifelhaft anerkennen, auch wenn das berufene Sachrecht nicht der Kompetenz der Union unterliegt. Die Auslegungskompetenz des EuGH für Art. 8 Rom I – VO folgt nämlich aus dem Gebot der unionsautonomen Auslegung<sup>719</sup>. Die Notwendigkeit der einheitlichen Auslegung wiederum folgt aus dem Charakter der Verordnung als unmittelbar geltendes Sekundärrecht<sup>720</sup>. Nur so kann die einheitliche Anwendung des Unionsrechts garantiert und der europäische Integrationsgedanke realisiert werden<sup>721</sup>.

Dem Europäischen Gerichtshof kommt somit die letztverbindliche Kompetenz zu, über die Auslegung des Art. 8 Rom I – VO zu befinden, selbst wenn die anzuknüpfende Rechtsmaterie nicht in den Zuständigkeitsbereich der Union fällt. Ebenso ist seine Interpretation der Marktfreiheiten entscheidend für die Binnenmarktkonformität der berufenden Mindestlohnbestimmungen.

## 2. Auslegungskompetenz für Art. 9 Rom I – VO

Weit weniger klar als bei Art. 8 Rom I – VO ist, wer die Auslegungskompetenz für die obenstehenden Ergebnisse im Bezug zu Art. 9 Rom I – VO innehat. Grundsätzlich ist es Aufgabe des EuGHs, die verbindliche Auslegung des Unionsrechts vorzunehmen (s. F. III. 1.). Das nationale Recht auszulegen ist hingegen ausschließliche Aufgabe der nationalen Gesetzgeber und der nationalen Gerichte<sup>722</sup>. Die Voraussetzungen der Qualifikation als Eingriffsnorm betreffen unmittelbar die Rechtsnatur und Auslegung der nationalen

---

715 *Brors*, NZA 2014, 938, (938); *Lembke*, NZA 2015, 70 (74).

716 *Brors*, NZA 2014, 938, (941).

717 *Arndt / Fischer / Fetzer*, Europarecht, Rn. 309.

718 *Brors*, NZA 2014, 938 (938).

719 Vgl. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV.

720 *Staudinger / Magnus*, Art. 1 Rom I – VO Rn. 9; *Oetcker* in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, § 11 Rn. 7.

721 *JurisPK / Ringe*, Art. 1 Rom I – VO Rn. 3.

722 *EuIPR / Thorn*, Art. 9 Rom I – VO Rn. 20.



Rechtsnorm und sind damit der Kompetenz des EuGH entzogen<sup>723</sup>. Auch der Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 Rom I – VO stellt subjektiv darauf ab, ob die Einhaltung der Vorschrift als entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Organisation eines Staates angesehen wird<sup>724</sup>. In der französischen („jugé crucial par un pays“) und englischen („regarded as crucial by a country“) Fassung der Rom I – VO kommt dies noch deutlicher zum Ausdruck<sup>725</sup>.

Bei der Bestimmung, was Eingriffsrecht ist, gerät die einheitliche Auslegung somit an ihre Grenzen<sup>726</sup>. Das Spannungsverhältnis ist in Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung zum *ordre public* – Begriff<sup>727</sup> wie folgt zu lösen: Die einheitliche Interpretation durch den Europäischen Gerichtshof kann nur zur Klärung führen, was als Eingriffsnorm in Betracht kommt<sup>728</sup>, mithin also den Rahmen abzustecken, innerhalb dessen der nationale Gesetzgeber Eingriffsnormen schaffen darf<sup>729</sup>. Demgegenüber ist der Erlass von Eingriffsnormen mitgliedstaatliche Angelegenheit, sodass die Beurteilung, ob eine nationale Mindestlohnnorm den Kriterien entspricht, die eine Eingriffsnorm kennzeichnen, den Maßstäben des Erlassstaates überlassen bleibt<sup>730</sup>.

## **IV. Zwischenergebnis**

Sowohl Art. 8 als auch Art. 9 Rom I – VO sind mit dem Binnenmarkt vereinbar. Eine Unvereinbarkeit mit den Marktfreiheiten kann sich aber aus der Anwendung der kollisionsrechtlich berufenen Mindestlohnvorschriften ergeben. Dafür ist der konkrete Einzelfall zu betrachten. Über die gefundenen Ergebnisse entscheidet letztverbindlich der Europäische Gerichtshof. Einzig bei der Qualifikation von (gesetzlichen) Mindestlöhnen als Eingriffsrecht kommt es auf die Sicht des erlassenden Staates an.

---

723 EuIPR / Thorn, Art. 9 Rom I – VO Rn. 20.

724 EuIPR / Thorn, Art. 9 Rom I – VO Rn. 20.

725 EuIPR / Thorn, Art. 9 Rom I – VO Rn. 20.

726 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 26.

727 EuGH, Urteil Krombach, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, Rn. 22, 23.

728 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 26.

729 EuIPR / Thorn, Art. 9 Rom I – VO Rn. 20.

730 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 26.

## G. Gesamtergebnis

Auch in grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen bewegt sich der Mindestlohn in diversen Spannungsverhältnissen. Ganz im Besonderen betroffen ist die Parteiautonomie. Als bedeutendes Mittel zur Interessensverwirklichung und damit der Selbstbestimmung ist diese von zentraler Bedeutung, auch im Internationalen Arbeitsrecht. Art. 8 Abs. 1 S. 1 Rom I – VO lässt die Rechtswahl daher explizit zu. Doch gleichzeitig bedarf es zu ihrer Effektivierung Grenzen. Anderenfalls stünde es in der Hand der stärkeren Vertragspartei, die Rechtswahl einseitig zu Lasten der anderen Partei durchzusetzen. Milder als die Versagung der Parteiautonomie ist es daher, ihr Schranken zur Verwirklichung von Schutzzwecken zu setzen und damit paritätische, echte Rechtswahlfreiheit zu verwirklichen.

Der Mindestlohn als Arbeitnehmerschutz ist eine solche Rechtsmaterie, die für den Arbeitgeber gerade im unteren Lohnbereich einen beträchtlichen Anreiz zur Umgehung birgt. Allerdings sind auch Konstellationen denkbar, in denen die Wahl einer fremden Rechtsordnung für beide Seiten einen Vorteil bereithält.

Die diversen Möglichkeiten der Rechtswahl beschränken sich dabei nicht auf die inhaltliche Ausgestaltung, sondern betreffen auch die Parteien; neben den Arbeitsvertragsparteien sind Tarifvertragsparteien zur Rechtswahl befähigt.

Stets stellt dabei das in Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I – VO normierte Günstigkeitsprinzip den zentralen Mechanismus der Verordnung bereit, um eine offene Flanke des Arbeitnehmerschutzes zu verhindern und so die nachteiligen Auswirkungen einer Rechtswahl nicht einseitig zu Lasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu ermöglichen. Der für den Günstigkeitsvergleich durchzuführende Sachgruppenvergleich belässt nämlich den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mangels geeigneter Alternativvorteile ihren Anspruch auf Mindestlohnvergütung, wie er sich aus dem nach Art. 8 Abs. 2 – 4 Rom I – VO ermittelten Referenzstatut ergibt. Dazu gehören neben gesetzlichen Mindestlohnvorschriften auch tarifliche Lohnbestimmungen, die kraft Tarifbindung oder Allgemeinverbindlichkeitserklärung im Arbeitsverhältnis gelten.

Ein zweites, zentrales Spannungsverhältnis stellen Mindestlöhne im Rahmen von Art 9. Rom I – VO dar. Als Eingriffsnorm bewegt sich der gesetzliche Mindestlohn im Grenzbereich zwischen der international-privatrechtlichen Anknüpfungssystematik und

seinem Regelungsziel. Er dient nämlich nicht nur dem Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, sondern weist auch eine überindividuelle Dimension auf. Sein staatspolitischer Zweck umfasst die Verwirklichung sozialstaatlicher Aufgaben, indem er die Finanzstabilität von Sozialversicherungen unterstützt und Sozialdumping verhindert. Er realisiert auch das in vielen Verfassungen vorgesehene Postulat des Staates, ein würdevolles Existenzminimum zu gewährleisten. Auch wenn sich der Staat zulässiger- und sinnvollerweise dafür des Arbeitgebers bedient, bleibt es seine genuine Aufgabe. Des Weiteren unterstützt der gesetzliche Mindestlohn die Ordnungs- und Kartellfunktion von Tarifverträgen und sichert insbesondere in Entsendekonstellationen einen fairen Wettbewerb. Es verwundert daher nicht, dass der gesetzliche Mindestlohn angesichts seiner massiven sozial- und wirtschaftspolitischen Aufgaben als Eingriffsnorm zu qualifizieren ist.

Die Anerkennung und Durchsetzung öffentlicher Gemeinwohlanliegen bedeutet aber auch, dass wichtige Ziele der Rom I – VO preisgegeben werden müssen. Die Einschränkung der Parteiautonomie sowie die einseitige Anknüpfung tangieren die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen und somit die Rechtssicherheit. Darüber hinaus stellen Eingriffsnormen ein Einfallstor für politisch motivierte Wertungen dar. Dem EuGH kommt hierbei ausnahmsweise nur die kubierte Aufgabe zu, den Rahmen abzustecken, innerhalb dessen der nationale Gesetzgeber Eingriffsnormen schaffen darf.

Die Konsensfähigkeit des Art. 9 Rom I – VO ist folglich darin zu sehen, dass nur unter diesen qualifizierten Bedingungen staatliche Regelungsinteressen durch die Anwendung von Eingriffsnormen berücksichtigt werden können.

Anders als gesetzliche Mindestlöhne stellen tarifliche Mindestlohnbestimmungen keine Eingriffsnormen dar. Die Festlegung der gegebenenfalls durch Eingriffsnormen zu verfolgenden Gemeinwohlanliegen obliegt nämlich dem Staat. Selbst wenn dieser sich den Tarifvertrag zu eigen macht, werden die tariflichen Mindestlohnbestimmungen nicht zu Eingriffsnormen.

Die Divergenz von gesetzlichen und tariflichen Mindestlöhnen im Lichte des Art. 9 Rom I – VO erklärt sich insbesondere durch das Demokratieprinzip. Des Weiteren geraten gesetzliche und kollektivvertragliche Mindestlöhne im internationalen Kontext auch in ein Spannungsverhältnis zur Tarifautonomie, zur Unternehmens- und Berufsfreiheit sowie zu ökonomischen und gesellschaftlichen Anliegen. Die diesbezüglichen Betrachtungen spiegeln sich in den Erwägungen zum Mindestlohn im Lichte der Art. 8 und 9 Rom I – VO

wieder, indem sie individuelle und staatliche Anliegen bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene betreffen.

Insgesamt lässt sich daher sagen: Geht es um den gesetzlichen und tariflichen Mindestlohn, sind nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch auf internationaler Ebene gravierende und grundlegende Rechtsfragen betroffen. Die Rom I – VO stellt mit den Art. 8 und 9 ein Anknüpfungssystem bereit, mit dem die verschiedenen Aspekte, Dimensionen und Anliegen des gesetzlichen und tariflichen Mindestlohns im Internationalen Arbeitsrecht ausgewogen und adäquat vereinbart werden sollen. Tatsächlich halten diese Normen eine Möglichkeit bereit, die Integration von Parteiautonomie, ihrer Grenzen und staatlicher Gemeinwohlbelange zu realisieren und dadurch die Spannungsverhältnisse des Mindestlohns im internationalprivatrechtlichen Kontext in einen angemessenen und binnenmarktkonformen Einklang zu bringen.