

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA

# Mindestlohn bei der Logistik

– zugleich Besprechung der Entscheidung des BVerfG vom 25.6.2015 – 1 BvR 555/15 –

Durch das am 1.1.2015 in Kraft getretene Mindestlohngesetz (MiLoG) sind bestimmte Branchen innerhalb der Logistik betroffen, die außer der Zahlung eines Mindestlohnes von gegenwärtig 8,50 Euro nach § 1 des Gesetzes noch die Vorschriften der §§ 16, 17 und 20 MiLoG zu beachten haben, nach denen bestimmte Meldungen abzugeben sind. Hierzu hatten sich 14 inhabergeführte Unternehmen aus Polen und Ungarn, die als Transport- und Logistikunternehmen Transportdienstleistungen in Deutschland in Form von grenzüberschreitendem Verkehr einschließlich Transitfahrten sowie Kapotagebeförderungen durchführen, mit Verfassungsbeschwerden gegen das Gesetz gewendet. Gleichzeitig hatten sie einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt, der dahin ging, dass das Gesetz zunächst nicht angewandt werden darf. Gegenüber dem Gesetz machten sie eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG geltend.

## I. Zur rechtlichen Beurteilung durch das BVerfG

### 1. Nichtannahme durch das Gericht

Das BVerfG machte bei seinem Beschluss vom 25.6.2015 – 1 BvR 555/15 – nicht nur bei den 14 Logistikunternehmen, sondern auch in den beiden weiteren Fällen von seinem Recht einer Nichtannahme nach § 93a BVerfGG einstimmig Gebrauch.

Hierzu ist in § 93a BVerfGG geregelt, dass die Verfassungsbeschwerde der Annahme zur Entscheidung bedarf. Nur dann ist eine Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung anzunehmen, wenn ihr gemäß § 93a Abs. 2a BVerfGG grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt oder nach § 93a Abs. 2b, wenn u.a. dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entsteht. Beide Voraussetzungen lehnt das BVerfG ab, weil die Verfassungsbeschwerden dem Grundsatz der Subsidiarität nicht genügen.

Hinsichtlich der sogenannten Subsidiarität ist in § 90 Abs. 2 BVerfGG geregelt, dass, wenn gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig ist, die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden kann. Nur ausnahmsweise kann das BVerfG in Bezug auf Verfassungsbeschwerden nach § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort entscheiden, wenn sie

- von allgemeiner Bedeutung ist, oder
- wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

Das BVerfG bringt zunächst zum Ausdruck, dass es nicht davon ausgeht, dass den Beschwerdeführern ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entsteht, wenn sie zunächst auf den Rechtsweg verwiesen werden. Das Gericht führt weiter aus, dass es einen aufgrund seiner

früheren Rechtsprechung erforderlichen, bereits eingeschränkten schweren und unabwendbaren Nachteil für die Beschwerdeführer, um zu einer sofortigen Entscheidung zu kommen, nicht sieht.

Hinsichtlich der als Alternative gemäß § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG geforderten allgemeinen Bedeutung der Verfassungsbeschwerde führt das BVerfG im Rahmen seiner dazu ergangenen einschränkenden Rechtsprechung aus, dass diese allgemeine Bedeutung, die ein sofortiges Vorgehen des BVerfG unter Außerachtlassung der Fachgerichte ermöglicht, nicht anzunehmen sei.

Im Ergebnis kommt das BVerfG dazu, dass zunächst die im vorliegenden Zusammenhang einschlägigen Fachgerichte tätig werden müssen. Dies führt nach den insoweit unter Bezugnahme auf die zu Art. 100 Abs. 1 GG gemachten Ausführungen des Gerichts allerdings nicht dazu, dass es erst zu einer endgültigen Entscheidung im Rechtsbereich eines Fachgerichts kommen muss. Es kann vielmehr theoretisch bei Tätigwerden eines Fachgerichts bereits relativ früh zu einer Vorlage an das BVerfG kommen, das dann aufgrund der Vorlage eines Fachgerichts zu agieren hat und die angesprochenen Verstöße gegen die einschlägigen Vorschriften des Grundgesetzes nach Art. 12, 14 und 3 GG zu prüfen hat, allerdings nur dann, wenn es die Zulässigkeit einer derartigen Vorlage bejaht.

### 2. Zur Bedeutung eines vorhergehenden fachgerichtlichen Tätigwerdens

Das BVerfG bringt bei seinem Hinweis auf ein vorhergehendes Tätigwerden der Fachgerichte gleich selbst zum Ausdruck, dass es unzumutbar sei, zur Eröffnung des fachgerichtlichen Rechtswegs gegen die bußgeldbewehrten Pflichten aus dem Mindestlohngesetz zu verstoßen, um auf diese Weise eine Prüfung der angegriffenen Normen in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren zu ermöglichen.

Es spricht vielmehr die Möglichkeit an, vor den Fachgerichten, die im vorliegenden Fall in erster Linie neben den Sozialgerichten die Arbeitsgerichte wären, Feststellungsklage zu erheben, nicht zu den nach § 16, § 17 Abs. 2 und § 20 MiLoG gebotenen Handlungen verpflichtet zu sein. Diese Verweisung auf den fachgerichtlichen Rechtsweg sei weder sinn- noch aussichtslos und erweise sich auch sonst nicht als unzumutbar.

Das BVerfG führt dann aus, dass „entsprechende negative Feststellungsklagen ... nicht von vorne herein unzulässig“ seien. Es läge nahe, „dass die Fachgerichte hier ein berechtigtes rechtliches Interesse an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses als gegeben“ ansähen.

Das Gericht begründet die Zulässigkeit derartigen Fragen u.a. damit, dass umstritten sei, „was unter Beschäftigung im Inland nach § 20 MiLoG zu verstehen ist und ob die Mindestlohnpflicht für ausländische Unternehmen der Transportbranche mit Unionsrecht vereinbar“ sei. In diesem Sinne hatte Rechtsanwalt *Michael Rothenhöfer* von der

Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit in seinem Aufsatz „Rechtlich bedenkliche Mindestlohnjagd auf dem Transitverkehr durch Deutschland“, Blickpunkt Dienstleistung 2/2015, entsprechende erhebliche Bedenken geltend gemacht.

Nun weist das BVerfG auf Art. 100 Abs. 1 GG hin, wonach, wenn ein Gericht „ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig“ hält, das Verfahren auszusetzen und „die Entscheidung des BVerfG“ einzuholen hat. Das BVerfG weist weiter darauf hin, dass eine Vorlage an das BVerfG dann nicht erforderlich ist, wenn das angesprochene Fachgericht die in einem Gesetz angesprochenen Fragen durch verfassungskonforme Auslegung selbst behandeln kann.

### 3. Die aus der Sicht des BVerfG nicht eindeutig geklärten Rechtsfragen

Das BVerfG bringt zum Ausdruck, dass aufgrund der Diskussion in der Literatur „auslegungsbedürftig sei, wer unter den Begriff der im Inland beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach § 20 MiLoG fällt“. Es bedürfte entsprechender „Auslegung“ der angegriffenen §§ 16 und 17 MiLoG. In diesem Zusammenhang sei zunächst ungeklärt, ob die Beschäftigung im Inland wie im Sozialversicherungsrecht zu verstehen ist ..., „ob ausnahmslos jede, auch nur kurzfristige Tätigkeit auf dem Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland eine Inlandbeschäftigung darstellt oder ob etwa eine bestimmte Dauer ... oder ein Bezug zu den deutschen Sozialversicherungssystemen ... und zu den Lebenshaltungskosten in Deutschland ... vorauszusetzen“ ist.

Das Gericht legt den Fachgerichten auch nahe, die „von den Beschwerdeführern aufgeworfenen unionsrechtlichen Fragen aufzuarbeiten“, ... ob im Rahmen des Mindestlohngesetzes eine „Normenkollision mit Unionsrecht besteht“ und diese deshalb gehalten seien, „erforderlichenfalls den Europäischen Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens ... anzurufen“.

In dieser Richtung würden zwar die deutschen Fachgerichte wie insbesondere die Arbeitsgerichte, aber auch im Zweifel die Sozialgerichte, bessere Chancen besitzen, mit ihren Fragen nicht sogleich wie beim BVerfG zurückgewiesen zu werden. Aber insoweit spielt die mangelnde Vorlagebereitschaft der deutschen Fachgerichte eine wesentliche Rolle. Nach den einschlägigen Vorschriften sind die deutschen Fachgerichte erst in der letzten Instanz verpflichtet, bei Annahme entsprechender Voraussetzungen eine Voranfrage dem EuGH vorzulegen. Natürlich sind auch die erstinstanzlichen und zweitinstanzlichen Gerichte insoweit gehalten, aber nach deutschem Recht nicht ausdrücklich verpflichtet, eine entsprechende Vorlage an den EuGH durchzuführen.

Dazu ist allerdings einzuräumen, dass deutsche Gerichte aufgrund der problematischen Erfahrungen, die bei Vorlagen an das BVerfG bestehen, kaum Bereitschaft haben, Vorlagefragen dem EuGH vorzulegen, obwohl dieser die vorliegenden Gerichte bei ihren Vorlagen im Gegensatz zum BVerfG sehr liberal behandelt.

## II. Auswirkungen auf die Praxis: Steine statt Brot!

Im Ergebnis scheinen die Argumente des BVerfG zur Ablehnung der Annahme der Verfassungsbeschwerden rechtlich nachvollziehbar begründet.

Wer aber die näheren Hintergründe und das Vorgehen des BVerfG und das daraus herzuleitende zurückhaltende Verhalten der Fachgerichte einschätzen kann, sieht in der Entscheidung des BVerfG für die betroffenen Unternehmen Steine statt Brot.

Im Hinblick auf die angesprochene Vorlage an das BVerfG ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass dieses in seiner bisherigen Rechtsprechung an derartige Vorlagen von Fachgerichten hohe Anforderungen stellt und einen sehr strengen Maßstab anlegt. Dies hat letztlich dazu geführt, dass deutsche Gerichte nur wenig Bereitschaft zeigen, im Rahmen eines Vorlageverfahrens eine Entscheidung des BVerfG einzuholen.

Die mangelnde Bereitschaft deutscher Gerichte zu Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG hat im Ergebnis zwischenzeitlich dazu geführt, dass das BVerfG in einem erst kürzlich ergangenen Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, einem Fachgericht ein verfassungswidriges Vorgehen unter Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG vorgeworfen hat. Das Fachgericht hat nämlich wegen der bei den Fachgerichten bestehenden Zurückhaltung bei Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG versucht, eine Frage verfassungskonform zu lösen, obwohl das BVerfG im konkreten Fall der Auffassung war, dass eine derartige Lösung nicht möglich war und eine Vorlage an das BVerfG hätte erfolgen müssen. Im Ergebnis ist also zu sagen, dass die Ausweichmöglichkeit über die Fachgerichte geringer ist als dies der angeführte Beschluss des BVerfG vom 25.6.2015 zu vermitteln scheint.

Es ist nicht auszuschließen, dass die Fachgerichte versuchen werden, ihrerseits im Rahmen der ihnen zustehenden Überprüfung der angeblichen Grundrechtsverstöße nach Art. 12, 14 und 3 GG die Verfassungsmäßigkeit der entsprechenden Regelungen des Mindestlohngesetzes zumindest in der ersten und zweiten Instanz zu bejahen, resp. eine verfassungskonforme Auslegung vorzunehmen und dass es somit möglicherweise erst durch das Bundesarbeitsgericht zu einer Vorlage an das BVerfG kommt. Dies bedeutet für die Betroffenen eine unwahrscheinliche Verlängerung des Verfahrens bis zur letzten Instanz.

Festzustellen ist weiterhin, dass das BVerfG bisher keine inhaltlichen Ausführungen dazu gemacht hat, inwieweit es die geltend gemachten verfassungsrechtlichen Verstöße bejaht. Hierzu ist auszuführen, dass es im vorliegenden Fall maßgeblich um die Auswirkungen des Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG gehen dürfte, weil in erster Linie die berufliche Tätigkeit der angesprochenen Unternehmer tangiert ist. Hierbei ist nach dem „Apothekenurteil“ des BVerfG im vorliegenden Fall lediglich die auf der dritten Stufe des „Apothekenurteils“ rangierende Berufsausübung tangiert. Hierbei können nach der Rechtsprechung des BVerfG gewisse anzuerkennende Gründe des Gemeinwohls einen Eingriff in die angesprochenen Grundrechte der Betroffenen nach Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen, weil die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden kann. Dies eröffnet dem BVerfG die Möglichkeit, bei der Beurteilung des Falles gewisse Güterabwägungsüberlegungen anzustellen. Da es sich um ausländische Unternehmer – allerdings aus einem EU-Land – handelt, dürfte das BVerfG nach der bisher in der Literatur und Rechtsprechung angenommenen Auffassung zu einer Bejahung der Anwendung des Art. 12 Abs. 1 entweder über eine direkte Anwendung oder auf der Basis des Art. 2 Abs. 1 GG kommen. Sehr problematisch erscheint der geltend gemachte Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz

vom BVerfG bisher nur unter äußerst engen Voraussetzungen bejaht worden ist.

### III. Fazit

Im Ergebnis scheint es sachgerechter, sich auf die auch vom BVerfG angesprochene Vorlage an den EuGH zu konzentrieren, der entsprechende Vorlageverfahren liberaler als das BVerfG behandelt und hinsichtlich dessen *Rothenhöfer* bereits einen maßgeblichen Hinweis auf die aus der EuGH-Entscheidung *Mazzoleni* vom 15.3.2001 – C-165/98 herzuleitende Einschränkung der Auslegung der Mindestlohnvorschriften im Blickpunkt Dienstleister 02/2015 S. 21 angesprochen hat. Man sollte hierbei versuchen, bei dem angesprochenem Fachgericht

angesichts der allgemeinen Bedeutung der Problematik zu einer Vorlage an den EuGH bereits in der ersten Instanz zu kommen.

**Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal** ist Rechtsanwalt und Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, die im Jahre 2006 von ihm gegründet wurde. Er ist Professor an der Internationalen Berufsakademie in Darmstadt und war zuvor lange Zeit Syndikus eines Verbandes der Lebensmittelindustrie. Er betreibt mit einigen Kollegen ein Anwaltsbüro mit Sitz in Mannheim und berät Unternehmen generell zu Fragen des Fremdpersonaleinsatzes (Werkvertrag/Arbeitnehmerüberlassung).



Dr. Alexander Bissels, RA/FAArbR, und Kira Falter, RAin

# Die Nutzung von E-Zigaretten am Arbeitsplatz

Während die Zahl der Raucher in Deutschland stetig abnimmt,<sup>1</sup> erfreut sich das „Dampfen“ einer steigenden Beliebtheit. Im Jahr 2013 griffen ca. 2,2 Millionen Menschen in Deutschland zur Elektronischen Zigarette.<sup>2</sup> Im Jahr 2014 sollen es bereits bis zu 3 Millionen gewesen sein.<sup>3</sup> Zu (möglichen) Gesundheitsrisiken liegen zwar wissenschaftliche Studien vor, gefestigte Erkenntnisse – insbesondere belegt durch Langzeituntersuchungen – existieren bislang jedoch noch nicht. Für Arbeitgeber resultiert aus dieser Situation eine Unsicherheit darüber, wie zu verfahren ist, wenn Arbeitnehmer eine E-Zigarette am Arbeitsplatz bereits nutzen oder dies beabsichtigen. In diesem Zusammenhang besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der allgemeinen Handlungsfreiheit der Konsumenten und dem Schutz der übrigen Mitarbeiter vor (möglichen) Gesundheitsgefahren. Der Beitrag befasst sich damit, wie dieses aufzulösen ist.

## I. Die E-Zigarette

### 1. Funktionsweise und Inhaltsstoffe

Bei dem Konsum von E-Zigaretten werden Flüssigkeiten (sog. „Liquids“), die in Kartuschen abgefüllt sind, verdampft. Mit Hilfe des Batteriebetriebs werden diese erhitzt und dann vom Konsumenten inhaliert, der aus unzähligen Geschmacksrichtungen wählen sowie den Nikotingehalt bestimmen kann. Liquids werden dabei aus Propylen-glykol hergestellt. Neben einer Vielzahl von weiteren Substanzen enthält der Dampf von E-Zigaretten auch (ultra-)feine Partikel.<sup>4</sup>

### 2. Fehlende gesetzliche Regulierung

Konkrete Regelungen zur E-Zigarette in Deutschland existieren bisher nicht. Das BVerfG<sup>5</sup> hat hinsichtlich einer gesetzlichen Einordnung entschieden, dass E-Zigaretten Genuss- und keine Arzneimittel sind.

Demnach unterliegen sie nicht den strengen Anforderungen des Arzneimittelgesetzes (AMG) und können unter erleichterten Bedingungen am Markt vertrieben werden. Der freie und nicht regulierte Verkauf von Verdampfungsprodukten ist nach der Ansicht führender wissenschaftlicher Institute<sup>6</sup> aus medizinisch-wissenschaftlicher Sicht kritisch. Mit einem Tätigwerden der Bundesregierung ist bis zum 20.5.2016 zu rechnen, da bis zu diesem Zeitpunkt die EU-Tabakprodukttrichtlinie<sup>7</sup> in nationales Recht umgesetzt werden muss. Dies inkludiert gleichzeitig eine Regulierung der Nutzung von E-Zigaretten, indem beispielsweise Nikotinhöchstgrenzen<sup>8</sup> festzusetzen sind.

### 3. Gesundheitliche Risiken?

Über die gesundheitlichen Risiken für Konsumenten und deren Umfeld herrscht keine Klarheit. Befürworter preisen die E-Zigarette im

1 Im Jahr 2013 lag der Anteil der Raucher in Deutschland bei ca. 25% der Gesamtbevölkerung, s. [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Gesundheitszustand/Rauchgewohnheiten5239004139004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Gesundheitszustand/Rauchgewohnheiten5239004139004.pdf?__blob=publicationFile) (Abruf: 18.11.2015).

2 Nachfolgend kurz „E-Zigarette“.

3 So eine Schätzung des Verbands des eZigarettenhandels e.V., abrufbar: <http://www.sueddeutsche.de/gesundheits/urteil-des-bundesverwaltungsgerichts-keine-apothekepfflicht-fuer-e-zigaretten-1.2230678> (Abruf: 18.11.2015).

4 Bundesinstitut für Risikobewertung, Stellungnahme Nr. 010/2015 v. 23.4.2015, abrufbar: <http://www.bfr.bund.de/cm/343/nikotinfreie-e-shishas-bergen-gesundheitliche-risiken.pdf> (Abruf: 18.11.2015).

5 BVerfG, 20.11.2014 – 3 C 25/13, NVwZ 2015, 749.

6 Positionspapier der Deutschen Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin e.V. (DGP) zur elektronischen Zigarette (E-Zigarette), abrufbar: <http://www.pneumologie.de/fileadmin/pneumologie/downloads/Publikationen/s-0034-1391491.pdf?cntmark> (Abruf: 18.11.2015).

7 RL 2014/40/EU v. 3.4.2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EU, Amtsblatt der Europäischen Union L 127/1.

8 Abs. 38 der RL 2014/40/EU.