

Verband der steuerberatenden und
wirtschaftsprüfenden Berufe



DEUTSCHER
STEUERBERATER-
VERBAND e.V.



www.dstv.de

Der gesetzliche Mindestlohn



Impressum

Verantwortlich für den Inhalt:

Deutscher Steuerberaterverband e.V.
Littenstraße 10
10179 Berlin

Telefon: 030 27876-2
Telefax: 030 27876-799
E-Mail: dstv.berlin@dstv.de
www.dstv.de

Stand: 09.03.2015

Bildnachweis:
fotolia.de

→ DER GESETZLICHE MINDESTLOHN

Autoren: STEINMEIER LLP
Rechtsanwälte
Daniel Sturm MBA
Dr. Ralph Wagner LL.M.

kanzleiansässig: Palaisplatz 3, 01097 Dresden
Tel.: (0351) 448 333 0
Fax: (0351) 448 333 33
d.sturm@steinmeier-llp.de
r.wagner@steinmeier-llp.de
www.steinmeier-llp.de

Die Verfasser sind für Lob und Kritik, Verbesserungsvorschläge, Hinweise auf missverständliche oder fehlerhafte Punkte dankbar. Erreichbar sind sie unter oben genannten E-Mail-Adressen.

Die Broschüre wurde mit großer Sorgfalt erstellt. Sie befindet sich auf dem Stand vom 09.03.2015. In vielen Bereichen fehlt momentan für die künftige konkrete Anwendung des (neuen) Gesetzes die Möglichkeit, aus Verwaltungspraxis und Rechtsprechung sichere Prognosen abzuleiten. Darüber hinaus ersetzt die Anwendung der hier gegebenen allgemeinen Grundsätze nicht eine rechtliche Prüfung des jeweiligen Einzelfalls. In allen Zweifelsfragen sollte die Beratung unter Berücksichtigung der konkreten tatsächlichen Umstände erfolgen, außerhalb des steuerlichen Kontextes unter Hinzuziehen arbeitsrechtlicher Spezialisten.

INHALTSVERZEICHNIS

A) Die Regelungen des Mindestlohngesetzes im Überblick	07	II. Höhe des gesetzlichen Mindestlohns unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Vergütungsmodelle	18
B) Die Regelungen des MiLoG im Einzelnen	08		
I. Persönlicher Anwendungsbereich	08	1. Anfängliche Höhe des Mindestlohns	18
1. Arbeitnehmer	08	2. Mindestlohnpflichtige Arbeitszeit	18
a) Abgrenzung Arbeitnehmer - Selbständiger	08	a) Allgemeines	18
b) Einzelfälle	09	b) Fallgruppen	19
2. Anwendbarkeit des MiLoG in besonderen Arbeitsverhältnissen	10	c) Entgeltfortzahlung	20
a) Geringfügige Beschäftigung	10	3. Zeitlohn (Gehalt, Stundenlohn)	21
b) Probearbeitsverhältnis	10	a) Stundenlohn	21
c) Nebenarbeitsverhältnis	10	b) Gehalt	22
d) Einfühlungsverhältnis	10	c) Leistungs- und ergebnisabhängige Vergütungsmodelle	23
e) Aushilfsarbeitsverhältnis	11	4. Anrechenbare Entgeltbestandteile	24
3. Sonderregelungen zum persönlichen Anwendungsbereich	11	a) Grundvergütung	24
a) Praktikanten	11	b) Anrechnung sonstiger Leistungen	24
b) Kinder und Jugendliche	15	III. Fälligkeit des Mindestlohns	30
c) Auszubildende	15	1. Grundsätze	30
d) Ehrenamtlich Tätige	15	2. Ausnahme für Überstunden	30
e) Freiwilligendienst	16	IV. Zwingende Geltung des Mindestlohns, Verbot der Umgehung	33
f) Langzeitarbeitslose	17		
g) Abschließende Ausnahmen vom persönlichen Anwendungsbereich	17		

V. Dokumentationspflichten	34	X. Übergangsregelungen	46
1. Erstellung von Unterlagen	34	1. Rechtsverordnungen auf Grundlage des AEntG	46
a) Grundsätze	34	a) Grundsatz	46
b) Einschränkungen der Dokumentationspflicht	35	b) Einzelfälle	46
c) Dokumentationspflicht gemäß § 16 Abs. 2 ArbZG	36	c) Allgemeinverbindlicherklärung?	46
2. Bereithalten von Unterlagen	36	2. Zeitungszusteller	47
3. Verzicht auf Dokumentation außerhalb der gesetzlich zwingend geregelten Fälle/ Whistleblowing	37	XI. Gestaltungsmöglichkeiten	47
VI. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge	37	1. Selbständige (freie Mitarbeiter)/ Werkvertragsnehmer	47
VII. Haftung	38	a) Selbständige Tätigkeit	47
1. Haftung des Auftraggebers	38	b) Werkverträge	48
a) Zivilrechtliche Haftung	38	2. Arbeitszeit	49
b) Ordnungswidrigkeiten	39	3. „Umwidmung“ sonstiger Leistungen des Arbeitgebers	50
2. Haftung des Beraters	39	4. Arbeitszeitreduzierungen	51
VIII. Kontrollen der Zollverwaltung	41	a) Einvernehmliche Absenkung der Arbeitszeiten	51
IX. Ordnungswidrigkeiten, Straftaten	43	b) Sonderproblem geringfügig Beschäftigte	51
1. Ordnungswidrigkeiten	43	5. Erhöhung der Arbeitszeitflexibilität	51
2. Straftat gemäß § 266 a StGB	45	6. Ausspruch von Beendigungskündigungen	52

→ A) DIE REGELUNGEN DES MINDESTLOHNGESETZES IM ÜBERBLICK

Am 16.08.2014 ist das Gesetz zur Regelung des Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG) in Kraft getreten. Seit 01.01.2015 gilt in der Bundesrepublik Deutschland ein einheitlicher gesetzlicher Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50 brutto je Zeitstunde für alle im Inland beschäftigten Arbeitnehmer, unabhängig davon, ob auch die Arbeitgeber in der Bundesrepublik Deutschland ihren Sitz haben.¹

Von dem gesetzlichen Mindestlohn kann nur aufgrund einer nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)

oder dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) erlassenen Rechtsverordnung abgewichen werden. Der Mindestlohn ist spätestens bis zum letzten Bankarbeitstag des Monats, der auf die Arbeitsleistung folgt, zu zahlen. Neben den finanziellen Verpflichtungen treffen den Arbeitgeber auch umfangreiche Melde- und Dokumentationspflichten. Verstöße gegen die Verpflichtungen nach dem MiLoG sind bußgeldbewehrt. Die Einhaltung der Pflichten nach dem MiLoG wird von den Behörden der Zollverwaltung geprüft und überwacht.

¹ Nach Beschwerden aus einigen EU-Mitgliedsstaaten (z. B. Polen, Tschechien und Ungarn) prüft die EU-Kommission die europarechtliche Vereinbarkeit der Mindestlohnvorschriften insbesondere für LKW-Transitfahrten durch die Bundesrepublik.

→ B) DIE REGELUNGEN DES MiLoG IM EINZELNEN

I. PERSÖNLICHER ANWENDUNGSBEREICH

Gemäß § 1 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 MiLoG hat jeder Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns. § 20 MiLoG regelt korrespondierend die Zahlungspflicht des Arbeitgebers.

1. ARBEITNEHMER

Anspruchsberechtigt sind **Arbeitnehmer**. Nach der geläufigen Definition ist Arbeitnehmer, wer auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags eine Dienstleistung für einen anderen gegen Entgelt im Rahmen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses erbringt.

a) Abgrenzung Arbeitnehmer – Selbständiger

Entscheidend für die Abgrenzung zwischen einem Arbeitsverhältnis und einer selbständigen Tätigkeit ist nach der Rechtsprechung die persönliche Abhängigkeit. Wann ein solches persönliches Abhängigkeitsverhältnis anzunehmen ist, ergibt sich im Umkehrschluss aus § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB. Dort ist geregelt, dass ein selbständiger Handelsvertreter im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Aus dieser Regelung zur selbständigen Tätigkeit wird geschlussfolgert, dass jemand in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht und damit nicht selbständig ist, wenn er nicht frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist Indikator für die Freiheit (oder spiegelbildlich Unfreiheit) die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.

Die Abgrenzungsfrage ist in den meisten Fällen anhand der nachfolgend dargestellten Kriterien zu beantworten:²

- ▶ Hat sich die betreffende Person durch privatrechtlichen Vertrag dienstverpflichtet?
- ▶ Wird die Erbringung der Dienste höchstpersönlich geschuldet und ist sie inhaltlich (nach Ort, Zeit und weiteren Modalitäten) recht eng durch den Dienstgeber dirigiert?

- ▶ Wird die Dienstleistung auf Dauer und für eine Vielzahl von Einzeltätigkeiten angelegt?
- ▶ Besteht wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten vom Dienstgeber, insbesondere weil der Dienstverpflichtete im Vertragsverhältnis einen wesentlichen Teil seiner verfügbaren Arbeitszeit „verkauft“?

Für die Frage, ob ein Beschäftigter selbständig oder als Arbeitnehmer tätig ist, ist nicht die Bezeichnung des jeweils zugrunde liegenden Vertrages maßgeblich. Entscheidend ist vielmehr, wie das Vertragsverhältnis tatsächlich umgesetzt, „gelebt“ wird. Auch wenn also ein Vertrag als „freier Dienstvertrag“ oder als „Vertrag über eine selbständige Tätigkeit“ bezeichnet wird und in dem Vertrag selbst das Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Art, Ort und Zeit der Arbeitsleistung ausgeschlossen wird, kann ein Arbeitsverhältnis vorliegen. Nämlich dann, wenn der Arbeitnehmer in der tatsächlichen Vertragsumsetzung doch dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt und entsprechende Anweisungen erhält bzw. erhalten hat. Die Bezeichnung des Vertrages oder die konkreten vertraglichen Regelungen sind nur dann relevant, wenn nach der Feststellung des praktizierten Vertragsinhalts noch Zweifel bestehen, ob jemand als Arbeitnehmer oder als Selbständiger anzusehen ist.

Weitgehend kann für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbständigen auf das Know-How zur sozialversicherungsrechtlichen „Scheinselbständigkeit“ zurückgegriffen werden.

² In Anlehnung an Erfurter Kommentar/Preis, § 611 BGB Rn. 73 ff.

Praxishinweis:

Bei Zweifelsfragen empfiehlt es sich, ein sogenanntes Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung einzuleiten. Entsprechende Formulare sind auf den Internetseiten der Deutschen Rentenversicherung (www.deutsche-rentenversicherung.de) verfügbar.

Achtung:

Arbeitnehmerstatus und Sozialversicherungspflicht decken sich weitgehend, jedoch nicht vollständig. So ist z. B. der GmbH-Geschäftsführer auch bei bestehender Sozialversicherungspflicht **kein** Arbeitnehmer, also **nie** mindestlohnberechtigt.

b) Einzelfälle

Bei folgenden Beschäftigungsgruppen bestehen in der Praxis häufig Unsicherheiten, ob sie als Arbeitnehmer oder Selbständige anzusehen sind. Maßgeblich für die Abgrenzung ist immer die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall. An dieser Stelle kann nur auf typische Konstellationen eingegangen werden:

Bei **Autoverkäufern**, die in einem Autohaus Neu- oder Gebrauchtwagen verkaufen, soll nach Auffassung der Deutschen Rentenversicherung auch dann ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn der Verkäufer lediglich auf Provisionsbasis vergütet wird.

Bei **Service- oder Bedienpersonal** in Gastronomiebetrieben wird vom Betreiber häufig zwischen dem sogenannten „Stammpersonal“ und freien Mitarbeitern differenziert. Die als „Stammpersonal“ Beschäftigten sind ohne weiteres als Arbeitnehmer anzusehen. Auch die freien Mitarbeiter, mit denen keine festen Arbeitszeiten vereinbart sind, sondern deren Arbeitseinsatz häufig in Abhängigkeit von dem tatsächlichen Arbeitsbedarf einvernehmlich festgelegt werden, sind als Arbeitnehmer anzusehen.³ Dies soll auch dann gelten, wenn die „freien Mitarbeiter“ ein Gewerbe zur „Vermittlung von Speisen und Getränken“ angemeldet haben.

Kraftfahrer sind dann als Selbständige (und damit nicht als Arbeitnehmer) anzusehen, wenn sie für die anfallenden Transporte ein eigenes Fahrzeug einsetzen und die Erlaubnis gem. § 3 GüKG besitzen. Um ein „eigenes“ Fahrzeug handelt es sich, wenn dies auf den jeweiligen Kraftfahrer zugelassen ist und die Anschaffungskosten von ihm selbst getragen werden. Diese Grundsätze sollen allerdings nicht bei **Kurier-, Express- oder Paketdienst-**

fahrern gelten, weil hier der wirtschaftliche Aufwand für den Erwerb eines eigenen Fahrzeugs nicht als so hoch angesehen wird, dass damit ein eigenes unternehmerisches Risiko des Fahrers begründet wird. Bei diesen Fahrern kann die Frage, ob sie selbständig sind oder in einem Arbeitsverhältnis stehen, nur anhand der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall beantwortet werden.

Regalauffüller (in Supermärkten für das Einräumen von Regalen zuständig), sind regelmäßig als Arbeitnehmer anzusehen.⁴

Als **Promoter** werden Beschäftigte bezeichnet, die von ihrem Auftraggeber beauftragt werden, in Warenhäusern oder Fußgängerzonen für den Verkauf der Produkte des Auftraggebers zu werben und/oder diese Produkte zu verkaufen. Wird ein Promoter ausschließlich auf Basis einer erfolgsabhängigen Provision vergütet und ist weder an Weisungen des Auftraggebers noch des Warenhauses gebunden, so ist er in der Regel als Selbständiger anzusehen. Zahlt der Auftraggeber eine Mindestvergütung und macht er dem Promoter darüber hinaus auch Vorgaben zur Arbeitszeit, handelt es sich hingegen um einen Arbeitnehmer.

Auch bei der **Telearbeit** ist entscheidend, ob der Mitarbeiter noch in die betriebliche Arbeitsorganisation eingliedert ist. Von Telearbeit spricht man, wenn die vertraglich geschuldete Arbeitszeit von zu Hause oder von einem anderen vom Mitarbeiter gewählten Arbeitsplatz erledigt werden kann. Handelt es sich lediglich um einen „ausgelagerten“ Arbeitsplatz, so besteht das persönliche Abhängigkeitsverhältnis fort.⁵ Dies gilt insbesondere dann, wenn dem Telearbeiter Vorgaben hinsichtlich der Arbeitszeit oder auch der Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung gemacht werden.

³ Hessisches LSG, Urteil vom 06.06.1991, L 1 KR 1217/89.

⁴ Hessisches LSG, Urteil vom 31.07.2008, L 8 KR 37/07.

⁵ BSG, Urteil vom 27.09.1972, 12 RK 11/72.

2. ANWENDBARKEIT DES MiLoG IN BESONDEREN ARBEITSVERHÄLTNISSEN

a) Geringfügige Beschäftigung

Von einer **geringfügigen Beschäftigung** spricht man, wenn entweder das Arbeitsentgelt EUR 450,00 in der Regel nicht übersteigt oder sich die Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens zwei Monate oder 50 Kalendertage beschränkt (kurzfristige Beschäftigung). Für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2018 werden die zeitlichen Grenzen der kurzfristigen Beschäftigung ausgeweitet. Sie liegt dann auch vor, wenn der Beschäftigte bis zu drei Monaten oder 70 Arbeitstage innerhalb eines Kalenderjahres tätig wird.

Bei geringfügig oder kurzfristig Beschäftigten gem. § 8 Abs. 1 SGB IV handelt es sich um Arbeitnehmer. Auch für diese Beschäftigtengruppe gilt daher der gesetzliche Mindestlohn. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu wörtlich:

„Geringfügig beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gehören zu der Gruppe von Beschäftigten, deren Bruttolöhne sich durch den Mindestlohn am stärksten erhöhen werden. Zukünftig ist die Zahl der Arbeitsstunden begrenzt, wenn der Status der geringfügigen Beschäftigung beibehalten werden soll.“⁶

b) Probearbeitsverhältnis

Mitunter wird statt der Vereinbarung einer Probezeit ein sogenanntes **Probearbeitsverhältnis** geschlossen. Dabei wird das Arbeitsverhältnis gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG oder gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG für die Zeitdauer der Erprobung befristet abgeschlossen und endet mit Ablauf der Befristung, ohne dass es einer gesonderten Kündigung bedarf. Als höchstzulässige Befristungsdauer im Rahmen eines solchen Probearbeitsverhältnisses gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG wird üblicherweise eine Dauer von sechs Monaten angenommen.⁷

Auch derjenige, der nur zur Erprobung beschäftigt wird, ist Arbeitnehmer, also mindestlohnberechtigter. Der „Probearbeitnehmer“ unterliegt dem Weisungsrecht des Arbeitgebers und ist daher in die betriebliche Arbeitsorganisation eingegliedert.

c) Nebenarbeitsverhältnis

Von einem **Nebenarbeitsverhältnis** spricht man, wenn eine entgeltliche Tätigkeit neben einem Hauptarbeitsverhältnis ausgeübt wird, welches in zeitlicher Hinsicht den Arbeitnehmer überwiegend in Anspruch nimmt.⁸ Es wäre durchaus denkbar gewesen, solche Nebenarbeitsverhältnisse von dem Anwendungsbereich des MiLoG auszunehmen, da der Arbeitnehmer seinen Lebensunterhalt im Hauptarbeitsverhältnis verdient. Einen solchen Weg ist der Gesetzgeber aber **nicht** gegangen. Auch Nebenarbeitsverhältnisse unterfallen daher dem Anwendungsbereich des gesetzlichen Mindestlohns.

d) Einfühlungsverhältnis

Von einem Probearbeitsverhältnis ist das sogenannte **Einfühlungsverhältnis** zu unterscheiden. Hier geht es den Parteien darum, die Möglichkeit einer Zusammenarbeit zu klären, ohne sich bereits fest durch einen Arbeitsvertrag zu binden. Dementsprechend besteht weder eine Pflicht des potentiellen Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung (!), noch ist der etwaig künftige Arbeitgeber verpflichtet, eine Vergütung zu zahlen. Bei dem Einfühlungsverhältnis handelt es sich daher nicht um ein Arbeitsverhältnis. Im Rahmen eines solchen Einfühlungsverhältnisses besteht daher kein Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns.⁹

Bei der Begründung und Umsetzung eines Einfühlungsverhältnisses ist allerdings sorgfältig darauf zu achten, dass gerade kein Arbeitsverhältnis begründet wird, also kein Anspruch des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung und kein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers entsteht. Der potentielle Arbeitnehmer darf aufgrund der vertraglichen Vereinbarung auch nicht dem Direktionsrecht des potentiellen Arbeitgebers hinsichtlich Art, Ort und Zeit der geschuldeten Leistung unterworfen werden. Zudem ist das Einfühlungsverhältnis auf eine kurze Zeitdauer von höchstens einer Woche zu begrenzen.

⁶ BT-Drucksache 18/1558, S. 41; zu vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten im Einzelnen unter XI.

⁷ Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, § 14 TzBfG Rn. 49 a m. w. N.

⁸ BAG, Urteil vom 14.01.1982, 2 AZR 154/81.

⁹ Berndt, DStR 2014, 1878, 1879.

e) Aushilfsarbeitsverhältnis

Auch Arbeitnehmer, die im Rahmen eines **Aushilfsarbeitsverhältnisses** beschäftigt werden, haben Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Ein Aushilfsarbeitsverhältnis liegt dann vor, wenn bereits bei Abschluss

des Vertrages feststeht, dass der Arbeitnehmer lediglich zur Absicherung eines vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs beschäftigt wird. Unzweifelhaft handelt es sich dabei um ein Arbeitsverhältnis, so dass auch der gesetzliche Mindestlohnanspruch zugunsten des Arbeitnehmers besteht.

3. SONDERREGELUNGEN ZUM PERSÖNLICHEN ANWENDUNGSBEREICH

a) Praktikanten

Wie bereits ausgeführt, ist das MiLoG grundsätzlich nur auf Arbeitnehmer anzuwenden. Für Praktikanten im Sinne des § 26 BBiG ordnet § 22 Abs. 1 Satz 2 MiLoG ausdrücklich an, dass sie **als Arbeitnehmer** im Sinne des MiLoG **gelten** und damit grundsätzlich auch Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn haben. Im Wege einer Rückausnahme werden sodann bestimmte Praktikantenverhältnisse wieder vom Anwendungsbereich des MiLoG ausgenommen.

aa) Das MiLoG definiert in § 22 Abs. 1 Satz 3 erstmalig den Begriff eines Praktikanten. Als Praktikant ist danach – unabhängig von der Bezeichnung des Rechtsverhältnisses – anzusehen, wer sich nach der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses für eine begrenzte Dauer zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit zur Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit unterzieht, ohne dass es sich dabei um eine Berufsausbildung im Sinne des Berufsbildungsgesetzes oder um eine damit vergleichbare praktische Ausbildung handelt.

Ein Praktikum ist also vom Arbeitsverhältnis dahingehend abzugrenzen, dass der Ausbildungsaspekt deutlich überwiegt. Gemäß § 26 BBiG zielt die Beschäftigung von Praktikanten darauf ab, berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben.

Auf der anderen Seite sind Praktikanten von „echten“ Auszubildenden abzugrenzen, die in einer strukturierten Berufsausbildung stehen und deren Ziel es ist, einen Berufsabschluss zu erwerben. Für diese „echten“ Auszubildenden gilt das MiLoG nicht.

bb) Nach der bisherigen Rechtsprechung war es zulässig, Praktikanten, bei denen der Ausbildungsaspekt im Vordergrund stand, eine erheblich geringere Vergütung (Aufwandsentschädigung) zu zahlen.¹⁰ Sogenannte „Scheinpraktikanten“, bei denen nicht die Ausbildung im Vordergrund stand, sondern die Erledigung „normaler“ Arbeitsaufgaben, wurden aber auch bisher schon als Arbeitnehmer angesehen. Sie hatten Anspruch auf eine Vergütung, die sich an der üblichen Vergütung für derartige Tätigkeiten orientierte. So wurde beispielsweise einer „Praktikantin“, welche für die Dauer nahezu eines Jahres als Altenpflegerin für einen Arbeitgeber tätig war, eine zusätzliche Vergütung in Höhe von ca. EUR 10.500 zugesprochen, da die vertraglich vereinbarte Vergütung in Höhe von EUR 200 pro Monat angesichts der von der „Praktikantin“ erledigten üblichen Arbeitsaufgaben sittenwidrig war.¹¹ Auf der anderen Seite scheiterte eine Praktikantin vor dem Landesarbeitsgericht Hamm mit einer Vergütungsklage¹²: Sie hatte sich zunächst bei dem späteren Beklagten um einen Ausbildungsplatz als Verkäuferin beworben und bereit erklärt, ein Praktikum zu absolvieren. Die Parteien verständigten sich zunächst über die Durchführung eines einmonatigen Praktikums. Der Praktikumsvertrag wurde in der Folgezeit mehrfach verlängert. Zuletzt war die Praktikantin gut neun Monate für den späteren Beklagten tätig. Während der Dauer des Praktikums erhielt sie von der Bundesagentur für Arbeit eine sogenannte Berufsausbildungsbeihilfe. Zudem stand sie noch in einem Rechtsverhältnis zu einem Trägerverein, der während der Praktikumszeit Qualifizierungsmaßnahmen für sie anbot und auch durchführte. Von diesem Trägerverein erhielt sie während des Praktikums eine kostenlose Monatskarte für den öffentlichen Personennahverkehr. Während die erste Instanz (Arbeitsgericht Bochum) der Klage der Praktikantin stattgegeben hatte und den Beklagten ver-

¹⁰ BAG, Urteil vom 13.03.2003, 6 AZR 564/01; LAG Köln, Urteil vom 31.05.2006, 3 Sa 225/06; LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 08.02.2008, 5 Sa 45/07.

¹¹ ArbG Kiel, Urteil vom 19.11.2008, 4 Ca 1187 D/08.

¹² LAG Hamm, Urteil vom 17.10.2014, 1 Sa 664/14.

urteilte, gut EUR 17.000 zu zahlen, wies das Landesarbeitsgericht Hamm als Berufungsgericht die Klage ab. Das Landesarbeitsgericht stützt sich dabei maßgeblich darauf, dass die von der Praktikantin unstreitig geleisteten „normalen“ Arbeitsaufgaben Bestandteil des Praktikums waren. Sie habe eine berufsvorbereitende Maßnahme der Bundesagentur für Arbeit absolviert und von der Bundesagentur auch Zahlungen erhalten.

In den Anwendungsbereich des MiLoG werden nicht nur die bisherigen „Scheinpraktikanten“, die ohnehin als Arbeitnehmer anzusehen sind, einbezogen, sondern durch den Verweis in § 22 Abs. 1 Satz 2 MiLoG auf § 26 BBiG ausdrücklich auch die Praktikanten, bei denen der Ausbildungszweck im Vordergrund steht.

Seit 01.01.2015 haben also Praktikanten, die zur Ausbildung beschäftigt werden, ohne dass es sich um eine Berufsausbildung handelt, grundsätzlich Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns. In der Gesetzesbegründung zum MiLoG heißt es hierzu wörtlich:

„Die Regelung hat zum Ziel, den Missbrauch des sinnvollen Instruments des Praktikums einzuschränken. Erfasst werden nur solche Praktikumsverhältnisse im Sinne des § 26 BBiG. Die Praktikantin oder der Praktikant muss also eingestellt sein, um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben, ohne dass es sich um eine systematische Berufsausbildung handelt.“

cc) Von dem Grundsatz, dass zur Ausbildung beschäftigte Praktikanten in den Anwendungsbereich des MiLoG einbezogen sind, wurden allerdings in § 22 Abs. 1 Satz 2 MiLoG Rückausnahmen geregelt. Praktikanten, die unter die Rückausnahmen fallen, haben also keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn.

(1) Ausgenommen von der Anwendung des MiLoG sind Praktika, welche im Rahmen einer Schul-, Ausbildungs- oder Studienordnung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie verpflichtend zu leisten sind (sog. Pflichtpraktika).

Dazu gehören beispielsweise die in vielen Studienordnungen vorgesehenen Praxissemester oder auch das im Rahmen eines Medizinstudiums zu absolvierende praktische Jahr.¹³

Ebenfalls nicht mindestlohnpflichtig sollen die Praxisphasen im Rahmen dualer Studiengänge sein.¹⁴ Die Stellungnahme des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ist hierzu allerdings weniger eindeutig. In der Beschlussempfehlung des Ausschusses heißt es wörtlich:

„Ein Praktikum wird ebenso verpflichtend aufgrund einer hochschulrechtlichen Bestimmung geleistet, wenn es im Rahmen von Kooperationsverträgen zwischen Hochschulen und Unternehmen erfolgt. Damit können insbesondere auch Praktika, die im Rahmen von dualen Studiengängen absolviert werden, vom Anwendungsbereich des Mindestlohns ausgenommen sein.“

Mit dieser Formulierung bleibt unklar, ob die Praxisphasen von der Anwendung des Mindestlohns bereits dann ausgenommen sind, wenn es eine entsprechende Kooperationsvereinbarung zwischen Hochschule und Unternehmen gibt oder ob darüber hinaus auf die konkrete Ausgestaltung der Tätigkeit des Studenten in der Praxisphase bei dem jeweiligen Unternehmen ergänzend abzustellen ist. Zum Teil wird angenommen, dass die Studenten für die Zeit der Praxisphasen in einem Arbeitsverhältnis mit dem Unternehmen stehen.¹⁵ Wenn aber die Studenten während der Praxisphasen in einem Arbeitsverhältnis zu dem Unternehmen stehen, kann sich der Arbeitgeber nicht auf die Ausnahmeregelung in § 22 Abs. 1 MiLoG stützen, wonach Praktika, die im Rahmen einer hochschulrechtlichen Bestimmung verpflichtend zu leisten sind, nicht dem Anwendungsbereich des MiLoG unterfallen. Es handelt sich dann nicht um ein Praktikum, sondern um ein Arbeitsverhältnis, auf das das MiLoG ohne eine hier einschlägige Ausnahme anzuwenden ist. Betroffene Einrichtungen und Unternehmen sollten den Status entsprechender Personen nach den konkreten Umständen des Einzelfalles sachkundig prüfen lassen und dies dokumentieren.

¹³ Picker/Sausmikat, NZA 2014, 942, 946.

¹⁴ Erfurter Kommentar/Franzen, § 22 MiLoG, Rn. 10 unter Verweis auf den Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit und Soziales, BT-Drucksache 18/2010 S. 25.

¹⁵ Brecht/Heitzmann, AuR 2009, 389; differenzierend: Rosentreter/Koch-Rust, NJW 2009, 3005, 3007.

(2) Nicht unter den Anwendungsbereich des MiLoG fallen außerdem Praktika, die für eine Dauer von bis zu drei Monaten der Orientierung für eine Berufsausbildung oder der Aufnahme eines Studiums dienen (sog. **Orientierungspraktika**). Anders als bei der nachfolgend dargestellten Ausnahmeregelung gibt es **hier keine Einschränkungen zu der Frage, ob bei den Unternehmen**

bereits zuvor ein vergleichbares Praktikum absolviert wurde. Nach dem Gesetzeswortlaut sind daher auch mehrmalige Orientierungspraktika bei demselben Unternehmen zulässig. Vorauszusetzen ist allerdings, dass bei mehrfachen Praktika die Orientierung jeweils einem anderen Berufs- oder Studienwunsch dient.

Beispiel:

A absolviert in einem Maschinenbau-Unternehmen ein zweimonatiges Orientierungspraktikum im kaufmännischen Bereich, danach (vom Kaufmannsberuf nicht überzeugt) ein zweimonatiges technisches Praktikum in der Abteilung Forschung und Entwicklung.

Vorsicht ist allerdings bei Gestaltungen geboten, bei denen sich der Inhalt der vom Praktikanten zu erledigenden Aufgaben nicht ändert und das Praktikum lediglich formal der Orientierung auf ein anderes Studium oder eine andere Ausbildung dienen soll. In solchen Konstellationen dürfte in der Regel eine Mindestlohnpflicht des zweiten Praktikums anzunehmen sein.

(3) Ebenfalls nicht erfasst sind sogenannte **freiwillige** oder **ausbildungsbegleitende Praktika**, die für eine Dauer von bis zu drei Monaten begleitend zu einer Berufs- oder Hochschulausbildung abgeleistet werden, **wenn nicht zuvor bereits ein Praktikumsverhältnis mit demselben Auszubildenden bestanden hat**. Nach dem

Gesetzeswortlaut ist unklar, ob ein vorheriges Praktikumsverhältnis bei demselben Unternehmen ohne weiteres schädlich ist oder ob das MiLoG dann nicht anzuwenden ist, wenn das vorherige und aktuelle Praktikumsverhältnis zusammengerechnet nicht die Dauer von drei Monaten übersteigen.

Beispiel:

Praktikant P hat bei dem Unternehmen U bereits in den zurückliegenden Sommerferien ein zweimonatiges Praktikum absolviert. In den kommenden Winterferien möchte er ein weiteres Praktikum bei dem Unternehmen U von einmonatiger Dauer absolvieren.

Nach der gesetzlichen Regelung in § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 MiLoG sind nur solche Praktikumsverhältnisse von der Anwendung des gesetzlichen Mindestlohns freigestellt, bei denen vorher kein Praktikumsverhältnis bestanden hat. Nach dem Gesetzeswortlaut würde daher das in den Sommerferien absolvierte Praktikum dazu führen, dass für das in den Winterferien beabsichtigte Praktikum der Mindestlohn zu zahlen ist. Denkbar ist aber auch die Argumentation, dass die in der gesetzlichen Regelung vorgesehene Gesamtpraktikumsdauer von max. drei Monaten erst bei Zusammenrechnung der beiden Praktika erreicht wird und der Gesetzgeber mit der 3-Monats-Regelung zu erkennen gegeben hat, dass er für diesen Zeitraum eine Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des MiLoG billigt. Der Mindestlohn würde nach dieser Argumentation auch für das beabsichtigte Praktikum in den Winterferien nicht gelten.

Der Gesetzesbegründung lässt sich zu dieser Fragestellung nichts entnehmen. Nach unserer Einschätzung sollte, solange von der Rechtsprechung keine Klarheit

geschaffen wurde, der Arbeitgeber – angesichts der drohenden Sanktionen – auf das Praktikum verzichten oder Mindestlohn zahlen.

Praxishinweis:

1. Dauern die Orientierungspraktika oder die freiwilligen Praktika länger als drei Monate, so besteht der Mindestlohnanspruch vom ersten Tag des Praktikumsverhältnisses an.

Möchte ein Unternehmen einen Praktikanten über einen längeren Zeitraum binden, sollte demgemäß – wenn die Voraussetzungen vorliegen – zunächst ein Orientierungspraktikum oder ein freiwilliges Praktikum begründet werden und erst nach Ablauf dieses Praktikumsverhältnisses ein neuer Praktikumsvertrag abgeschlossen werden. Dieses zweite Praktikum ist mindestlohnpflichtig. Das erste Praktikum dürfte demgegenüber, wenn die Voraussetzungen gemäß (2.) oder (3.) vorliegen, mindestlohnfrei sein.

2. Mit Inkrafttreten des Tarifautonomiestärkungsgesetzes hat der Gesetzgeber auch das Nachweisgesetz geändert. Gemäß § 2 Abs. 1 a NachwG sind nunmehr auch für Praktikumsverhältnisse die wesentlichen Vertragsbedingungen **vor Beginn** des Praktikums schriftlich niederzulegen, vom Unternehmen zu unterzeichnen und an den Praktikanten auszuhändigen. Es empfiehlt sich für Unternehmen, in dem Nachweis auch klarzustellen, ob eine der Ausnahmeregelungen gemäß § 22 Abs. 1 Satz 3 MiLoG (bejahendenfalls welche) einschlägig ist. Diese Niederschrift sollte nicht nur vom Unternehmen unterzeichnet werden, sondern auch vom Praktikanten. So kann das Unternehmen jedenfalls das Risiko reduzieren, vom Praktikanten später auf Zahlung des Mindestlohns in Anspruch genommen zu werden.

(4) Das MiLoG ist nicht auf Personen anzuwenden, die an einer Einstiegsqualifizierung gemäß § 54 a SGB III oder an einer Berufsausbildungsvorbereitung gemäß §§ 68 ff. BBiG teilnehmen. Mit dieser Ausnahmeregelung sollen Eingliederungsprogramme, wie es sie beispielsweise in der chemischen Industrie oder in der Metall- und Elektroindustrie gibt, privilegiert werden.¹⁶

(5) Sogenannte **Diplomandenverträge** unterfallen jedenfalls dann nicht dem Anwendungsbereich des MiLoG, wenn der Student hauptsächlich mit der Anfertigung der Diplomarbeit beschäftigt ist. Sollte der Student hingegen auch zur Arbeitsleistung verpflichtet sein oder sollte es sich um ein Praktikumsverhältnis handeln, bei dem der Ausbildungsaspekt im Vordergrund steht, so ist grundsätzlich der Anwendungsbereich des MiLoG eröffnet. Eine Rückausnahme besteht nur dann, wenn der Praktikumsvertrag nicht länger als drei Monate läuft und mit dem ausbildenden Betrieb zuvor kein Praktikumsverhältnis bestanden hat.

Vom Anwendungsbereich des MiLoG ausgenommen sind Rechtsverhältnisse, die auf eine praktische Ausbildung abzielen, welche mit der Berufsausbildung im Sinne des Berufsausbildungsgesetzes vergleichbar ist. Der Hauptanwendungsfall für diese Ausnahmeregelung

sind **Volontariate**. In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales heißt es hierzu wörtlich:

„Damit fallen etwa Volontariate nicht unter den Anwendungsbereich des Gesetzes.“¹⁷

Allerdings wird man auch bei diesen Volontariaten fordern müssen, dass sie ähnlich wie eine Berufsausbildung strukturierte Ausbildungsinhalte aufweisen. Zudem wird sich die Dauer der (mindestlohnfreien) Volontariate an der dreijährigen Dauer einer Berufsausbildung orientieren müssen.

Keine Sonderregelung besteht für **Werkstudenten**. Sie sind in der Regel als Arbeitnehmer anzusehen und haben daher auch Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns.

Auch für Trainee-Programme gibt es im MiLoG keine Sonderregelung. Zwar werden **Trainees** während ihrer Tätigkeit aus- und weitergebildet. Im Vordergrund steht aber doch die Erbringung der Arbeitsleistung. Trainees sind daher in aller Regel als Arbeitnehmer anzusehen, mit der Folge, dass für sie der gesetzliche Mindestlohn zu zahlen ist.

¹⁶ Bayreuther, NZA 2014, 865, 872.

¹⁷ BT-Drucksache 18/2010 (neu), S. 24.

b) Kinder und Jugendliche

Der gesetzliche Mindestlohn ist gemäß § 22 Abs. 2 MiLoG nicht auf **Kinder und Jugendliche** im Sinne des Jugendarbeitsschutzgesetzes ohne abgeschlossene Berufsausbildung anzuwenden. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass sich Kinder (bis 14. Lebensjahr) oder Jugendliche (15. bis 17. Lebensjahr) ohne abgeschlossene Berufsausbildung verleitet sehen, die Ausbildung aufzugeben und stattdessen einen mit dem gesetzlichen Mindestlohn vergüteten Arbeitsvertrag einzugehen.¹⁸

Es spricht viel dafür, diese Ausnahme (also die Versagung des Mindestlohns für Kinder und Jugendliche ohne Berufsausbildung) als verfassungswidrig (Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz gemäß Art. 3 GG) und europarechtswidrig einzustufen (Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung gemäß Art 2 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG): Weshalb wird „ungelernten“ 17-Jährigen, nicht jedoch „ungelernten“ 18-Jährigen der Mindestlohn versagt? Die gesetzliche Regelung ist dennoch (bis zu anderslautenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts oder des Europäischen Gerichtshofs) wirksam.

Praxishinweis:

Bei Einstellung und Beschäftigung von Kindern oder Jugendlichen ist mit einer Vergütung unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns zu beachten, dass **spätestens mit dem 18. Geburtstag** die Vergütung auf den gesetzlichen Mindestlohn angehoben werden muss. Es empfiehlt sich, dies durch entsprechende Vorkehrungen (z. B. in der Software zur Lohnabrechnung) sicherzustellen.

c) Auszubildende

Nicht vom Anwendungsbereich des MiLoG erfasst sind **zur Berufsausbildung Beschäftigte** (§ 22 Abs. 3 MiLoG).

d) Ehrenamtlich Tätige

Ausgenommen sind ebenfalls **ehrenamtlich Tätige**. Von einem Ehrenamt spricht man, wenn die fragliche Tätigkeit im Allgemeinen nebenberuflich, unvergütet und regelmäßig vorübergehend oder zeitlich befristet ausgeübt wird.¹⁹ Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung zwischen einer ehrenamtlichen Tätigkeit und einem Arbeitsverhältnis war bislang, ob die betreffende Person eine Vergütung für ihre Tätigkeit erwartet. (Mit der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses ist typischerweise die berechnete Erwartung einer angemessenen Vergütung für die versprochenen Dienste verbunden.²⁰ Der ehrenamtlich Tätige erwartet hingegen keine Vergü-

zung.) Dieses bislang geläufige Abgrenzungskriterium kann mit Inkrafttreten des MiLoG allerdings nicht mehr angewendet werden. Nach § 3 MiLoG soll es künftig gerade nicht mehr darauf ankommen, ob eine Vergütung erwartet oder hierauf verzichtet wird. Das MiLoG schreibt **zwingend** für jede im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses verrichtete Tätigkeit die Zahlung einer Vergütung in Höhe von mindestens EUR 8,50 brutto je Stunde vor.

Welches Abgrenzungskriterium künftig an die Stelle der Vergütungserwartung treten wird, ist bislang noch unklar. Fest steht aber auch, dass der Gesetzgeber die ehrenamtliche Tätigkeit nicht dem Mindestlohn unterwerfen wollte (vgl. ausdrücklich § 22 Abs. 3 MiLoG). Das heißt, auch künftig wird es im Ehrenamt ausgeübte Tätigkeiten geben, die nicht dem gesetzlichen Mindestlohn unterfallen.

¹⁸ BT-Drucksache 18/1558, S. 88; verfassungsrechtliche Bedenken bei Preis/Ulber, Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, Gutachten, abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf/gf_gutachten_preis_2014_04.pdf.

¹⁹ BSG, Urteil vom 27.01.2010, B 12 KR 3/09 R; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 21.01.2013, 1 Sa 74/12.

²⁰ BAG, Urteil vom 29.08.2012, 10 AZR 499/11.

Praxishinweis:

1. Bis zur Klärung neuer Abgrenzungskriterien zwischen dem Arbeitsverhältnis und der ehrenamtlichen Tätigkeit sollten jedenfalls die bisher praktizierten Vergütungsstrukturen genau geprüft werden. Dabei sind zeitbezogene „Aufwandspauschalen“ dringend zu vermeiden und durch Pauschalen, die sich am tatsächlich entstandenen Aufwand orientieren, zu ersetzen.²¹
2. Vor allem in Vereinen wirft der Mindestlohn erhebliche Probleme auf. Möchte man hier bspw. Übungsleiter oder Amateursportler von den Mindestlohnvorgaben ausnehmen, bietet sich u. U. eine gesellschaftsrechtliche Lösung an. Denkbar ist, bereits in der Satzung des Vereins festzuhalten, dass z. B. Übungsleiter oder Amateursportler ihren Vereinsbeitrag in Sachleistungen (bspw. Abhalten von Trainingseinheiten) erbringen. Der Leistungsaustausch, z. B. zwischen Verein und Trainer, erfolgt dann auf vereinsrechtlicher (Verein/Mitglied), nicht arbeitsrechtlicher (Arbeitgeber/Arbeitnehmer) Grundlage. Anforderungen und Umsetzungen sind im Einzelfall sorgfältig zu prüfen.

Am 23.02.2015 erklärte die Bundesministerin für Arbeit und Soziales, dass Vertragsamateure im Bereich des Breitensports nicht dem gesetzlichen Mindestlohn unterfallen. Dies solle auch dann gelten, wenn Vertragsamateure als geringfügig Beschäftigte angemeldet sind. Begründet wird dies von Seiten des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales damit, dass bei Vertragsamateuren der „Spaß am Sport und die Förderung des Vereinszwecks“ im Vordergrund stünden und nicht die finanzielle Gegenleistung im Rahmen des (geringfügigen) Beschäftigungsverhältnisses. Ob sich diese Auffassung des BMAS tatsächlich durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. In möglichen Gerichtsverfahren entfaltet die Stellungnahme des BMAS keine „Bindungswirkung“. Die Gerichte sind verpflichtet, unabhängig und allein am Gesetz ausgerichtet, den Einzelfall zu entscheiden. Das MiLoG stützt nach Wortlaut und Gesetzeszweck die Äußerungen des BMAS nicht. Die Stellungnahme des BMAS dürfte demgemäß in arbeitsgerichtlichen Verfahren nur eine untergeordnete Rolle spielen (Bsp.: Vertragsamateur erhebt Mindestlohnansprüche gegen den Verein). In Ermittlungsverfahren (Ordnungswidrigkeit aufgrund der Nichtzahlung des Mindestlohns) dürften die Ausführungen des BMAS dagegen den Fahrlässigkeits- oder Vorsatzvorwurf entfallen lassen. Unklar ist, ob die vom BMAS befürwortete Ausnahme auch auf andere geringfügige Beschäftigungsverhältnisse in Vereinen jenseits des Vertragsamateurbereiches ausgedehnt werden kann (bspw. geringfügig Beschäftigte in Kulturvereinen).

Für die übrigen Beschäftigten in Sportvereinen empfiehlt das BMAS, die Anzahl geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse zurückzuführen und stattdessen Aufwandsentschädigungen oder Auslagenersatz zu zahlen. Auch für diese geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse jenseits der Vertragsamateure (Platzwarte, Übungsleiter) befindet sich die Position des BMAS im Widerspruch zum Gesetz.

e) Freiwilligendienst

Keinen Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohnes haben zudem **Personen**, die einen **freiwilligen Dienst** im Sinne des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 d EstG ableisten.²² Hierzu zählen:

- ▶ ein freiwilliges soziales Jahr oder ein freiwilliges ökologisches Jahr im Sinne des Jugendfreiwilligendienstgesetzes,
- ▶ ein Freiwilligendienst im Rahmen des „Erasmus Plus“-Programms,
- ▶ ein anderer Dienst im Ausland im Sinne von § 5 Bundesfreiwilligendienstgesetz (BFDG),
- ▶ ein entwicklungspolitischer Freiwilligendienst,
- ▶ ein Freiwilligendienst aller Generationen gemäß § 2 Abs. 1 a SGB VII,
- ▶ ein internationaler Jugendfreiwilligendienst,
- ▶ oder ein Bundesfreiwilligendienst im Sinne des BFDG.

²¹ Vgl. dazu LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 21.01.2013, 1 Sa 74/12.

²² BT-Drucksache 18/1558, S. 43.

f) Langzeitarbeitslose

Vom Anwendungsbereich des gesetzlichen Mindestlohns sind weiter **Langzeitarbeitslose** im Sinne des § 18 Abs. 1 SGB III ausgenommen. Dies gilt allerdings nur für die ersten sechs Monate einer neuen Beschäftigung. Langzeitarbeitslos ist gemäß § 18 Abs. 1 SGB III,

wer mindestens ein Jahr arbeitslos ist. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass Langzeitarbeitslose aufgrund dieser Regelung lediglich vom gesetzlichen Mindestlohn ausgenommen sind. Andere etwaige Lohnuntergrenzen, wie bspw. tarifvertraglich festgelegte Vergütungen oder Mindestvergütungen aufgrund einer nach dem AEntG erlassenen Rechtsverordnung bleiben zu beachten.

Praxishinweis:

§ 22 Abs. 4 MiLoG, in dem die Ausnahmeregelung für Langzeitarbeitslose vom Anwendungsbereich des MiLoG geregelt ist, dürfte nach unserer Einschätzung und ersten Äußerungen der Zollbehörde bei europarechtskonformer Auslegung auch auf Langzeitarbeitslose aus anderen EU-Staaten anzuwenden sein. Hier wird sich in der Praxis die Frage stellen, ob auch Arbeitslosigkeitszeiten, die in anderen EU-Staaten zurückgelegt worden sind, zu berücksichtigen sind und in welcher Form diese in anderen EU-Staaten zurückgelegten Zeiten nachgewiesen werden können.

Die Zollbehörde sieht den Arbeitgeber zunächst in der Verantwortung, die vorherige Langzeitarbeitslosigkeit des Arbeitnehmers durch ein (u. U. im Heimatstaat des Arbeitnehmers) ausgestelltes Dokument nachweisen zu können. Wie die Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen dann durch den Zoll erfolgen soll (Zusammenarbeit mit den ausländischen Behörden), ist bislang noch nicht im Einzelnen geklärt.

g) Abschließende Ausnahmen vom persönlichen Anwendungsbereich

Die Ausnahmen vom persönlichen Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes sind in § 22 MiLoG **abschließend** definiert. Weitere Ausnahmen zugunsten bestimmter Personengruppen (abgesehen von den

unten dargestellten Übergangsregelungen) bestehen also **nicht**. Das heißt, dass z. B. auch **Rentner** und **Saisonarbeitskräfte**, sofern sie als Arbeitnehmer anzusehen sind und nicht unter die vorstehend aufgeführten Ausnahmeregelungen fallen, Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn haben.

Praxishinweis:

Neben dem gesetzlichen Mindestlohn (besonders wichtig: bei Ausnahmen vom MiLoG) existieren weitere rechtliche Vorgaben zur Vergütungshöhe, z. B. Tarifverträge über Ausbildungsvergütung und – gewissermaßen als Auffangregelung – die Grenze der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB. Nach der Rechtsprechung des BAG sind Vergütungen unter 2/3 des regional- und branchenbezogen üblichen Tariflohns sittenwidrig (Abweichungen nach oben und unten sind je nach Umständen des Einzelfalls möglich, insbesondere bei einer unterhalb der 2/3-Grenze liegenden branchenüblichen Vergütung; anders formuliert: bei branchenunüblich hohem Tarifniveau.²³). Mit Einführung des gesetzlichen Mindestlohns liegt es nahe, die 2/3-Grenze der bisherigen Rechtsprechung dort, wo einschlägige Tarifverträge fehlen, auf das MiLoG zu beziehen. Dann ergäbe sich (vorbehaltlich Einzelfallprüfung) eine Sittenwidrigkeitsgrenze bei etwa EUR 5,70 je Stunde (2/3 aus EUR 8,50). Die Entwicklung der Rechtsprechung hierzu bleibt abzuwarten.²⁴ Die „neue“ Sittenwidrigkeitsgrenze könnte bspw. bei Langzeitarbeitslosen in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung oder unter 18-jährigen ungelerten Arbeitnehmern relevant werden.

²³ Vgl. dazu BAG, Urteil vom 22.04.2009, 5 AZR 436/08 m. w. N.

²⁴ Bei sittenwidrig niedriger Vergütung ergeben sich für den Arbeitgeber Konsequenzen im Zivilrecht (Anspruch des Arbeitnehmers auf die übliche Vergütung, nicht nur Vergütung in „gerade noch sittengemäßer“ Höhe) und im Strafrecht (Wuchertatbestand gemäß § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB).

II. HÖHE DES GESETZLICHEN MINDESTLOHNS UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER UNTERSCHIEDLICHEN VERGÜTUNGSMODELLE

1. ANFÄNGLICHE HÖHE DES MINDESTLOHNS

Der gesetzliche Mindestlohn beträgt seit dem 01.01.2015 EUR 8,50 brutto je Zeitstunde. Erste Änderungen sind zum 01.01.2017 möglich, die Mindestlohnkommission beschließt hierüber bis 30.06.2016 und dann im zweijährigen Abstand (§ 9 Abs. 1 MiLoG).

Damit stellt sich die Frage, was als **mindestlohnpflichtige Arbeitszeit** anzusehen ist.

2. MINDESTLOHNPFLICHTIGE ARBEITSZEIT

a) Allgemeines

Der Begriff „Arbeitszeit“ wird in verschiedenen Zusammenhängen auch mit unterschiedlicher Bedeutung gebraucht. So regelt das Arbeitszeitgesetz lediglich die **arbeitschutzrechtliche** Dimension der Arbeitszeit. Der Rechtsanwender muss also jeweils genau darauf achten, ob bspw. ein Urteil zu Arbeitszeitfragen auf den von ihm zu beurteilenden Sachverhalt auch übertragbar ist. Für die hier interessierende **vergütungsrechtliche** Dimension der Arbeitszeit gibt es keine einheitliche und alle Abgrenzungsprobleme in der Praxis lösende Definition der Arbeitszeit.

Bisher waren Vergütungspflichten vertraglich (nicht gesetzlich) geregelt. War unsicher, ob bestimmte Zeiten als vergütungspflichtige Arbeitszeit betrachtet werden müssen, konnten dies die Parteien durch Festlegung untereinander klären. In typischen „Randbereichen“ (z. B. Umkleide- und Waschzeiten, Fahrtzeiten, Bereitschaftszeiten) entstanden häufiger Streitigkeiten, bei deren Lösung die Arbeitsgerichte jeweils prüften, ob (1) die in der strittigen Zeit verrichtete Tätigkeit selbst zur geschuldeten Arbeitsleistung gehörte oder (2) die Vergütungspflicht vertraglich (ggf. stillschweigend, durch betriebliche Übung etc.) vereinbart war. Nur in diesen beiden Fällen existierte ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers.

Zur mindestlohnpflichtigen Arbeitszeit gehören dabei nach unserer Einschätzung zunächst die Zeiten, in denen die vertraglich geschuldete Tätigkeit durch den Arbeitnehmer erbracht wird.

Vorsicht ist bei der Abgrenzung der Arbeitszeiten im Rahmen **gesetzlicher** Mindestlohnpflicht in der zweiten Fallgruppe (vertragliche, ggf. stillschweigende Erweiterungen der vergütungspflichtigen Arbeitszeit, z. B. durch Vereinbarung einer Vergütung für Wasch- und Umkleidezeiten) geboten. Wegen des zwingenden Charakters der Regelung zum gesetzlichen Mindestlohn kann es nicht den Parteien anheimgestellt sein, zu bestimmen, welche Tätigkeiten als mindestlohnpflichtige Arbeitszeit betrachtet werden. **Nach hiesiger Auffassung ist „Arbeitszeit“ im Sinne des MiLoG diejenige Zeit, in der Arbeitnehmer ausschließlich oder ganz vorrangig Arbeit für den Arbeitgeber verrichtet.** (Bei dieser „Arbeit“ kann es sich auch darum handeln, sich für Arbeitsanfall bereitzuhalten, vgl. die nachfolgenden Ausführungen zu Bereitschaftszeiten und Rufbereitschaftszeiten.)

Rechtsprechung, die zum Arbeitszeitbegriff außerhalb des Mindestlohngesetzes ergangen ist, kann nur noch im Ausnahmefall und nach Einzelfallprüfung zur Orientierung weiter verwendet werden.

In Zweifelsfällen, insbesondere wenn die nicht sicher zuordnungsfähigen Zeiten erheblichen Umfang besitzen (Beispiel: Vertriebsunternehmen mit zahlreichen Außendienstmitarbeitern, Arbeitsverhältnis mit wechselnden Einsatzorten) muss eine konkrete Prüfung für die betroffenen Arbeitsverhältnisse **zügig** erfolgen.

Zur beispielhaften Orientierung, gleichzeitig auch zur Verdeutlichung von Unwägbarkeiten:

b) Fallgruppen

Der **Arbeitsweg (Wohnung – Arbeitsstätte – Wohnung)** stellt grundsätzlich keine vergütungspflichtige Arbeitszeit dar und muss daher auch nicht mit dem Mindestlohn vergütet werden. Ausnahmen (und damit Mindestlohnpflichten) können sich z. B. ergeben, wenn:

- ▶ Arbeitsaufgaben auf dem Weg zur Arbeitsstätte erledigt werden (Aktenbearbeitung, Telefonate o. ä.),
- ▶ Arbeit am eigenen Wohnsitz verrichtet wird und bestimmungsgemäß von dort aus Kunden angefahren werden (Beispiel: Softwareentwickler im Home Office mit Projektbesprechungen beim Kunden).

In diesen Fällen könnte nach bisheriger Rechtsprechung die Vergütungspflicht fehlen, wenn der Arbeitnehmer öffentliche Verkehrsmittel oder Mitfahrgelegenheiten nutzen kann und in der Reisezeit keine Arbeitsaufgaben erledigen muss.²⁵ Erspart der Arbeitnehmer mit der direkten Fahrt zum Kunden eine sonst notwendige Fahrt in das Unternehmen (die nicht als vergütungspflichtige Arbeitszeit bewertet würde), soll nach der Rechtsprechung die fiktive Wegezeit Wohnung – Unternehmen von der vergütungspflichtigen Zeit abzuziehen sein.²⁶

Dienstreisezeiten sind grundsätzlich nur dann vergütungspflichtig, wenn Dienstreisen zur eigentlich geschuldeten Tätigkeit des Arbeitnehmers zwingend gehören (wie bspw. bei Vertriebsmitarbeitern), während der regelmäßigen Arbeitszeit durchgeführt werden oder wenn während der Dienstreise gearbeitet wird (Bearbeitung von Akten).

Be- und Entladezeiten, bspw. im Transport- oder Speditionsgewerbe, bei denen sich der Arbeitnehmer jedenfalls zur sofortigen Arbeitsaufnahme bereithalten muss, stellen ebenfalls vergütungspflichtige Arbeitszeit dar, und zwar während der gesamten Wartezeit und nicht nur nach der etwaig erfolgten Arbeitsaufnahme durch den Arbeitnehmer.

Wasch- oder Umkleidezeiten zählen grundsätzlich nicht zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit. Eine Ausnahme

gilt für Umkleidezeiten z.B. dann, wenn die Arbeitskleidung zwingend im Unternehmen anzulegen ist und aus arbeitsschutzrechtlichen Gründen getragen werden muss.

Rufbereitschaftszeiten sind, abgesehen von der tatsächlichen Arbeitsleistung, keine vergütungspflichtige Arbeitszeit. Eine Rufbereitschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer bei entsprechendem Bedarf jederzeit die Arbeit innerhalb eines bestimmten (nicht zu knappen) Zeitraums aufnehmen muss²⁷, seinen Aufenthaltsort aber selbst festlegen kann.

Bereitschaftsdienstzeiten zählen dagegen in ihrer Gesamtheit (also nicht nur die Zeiten der tatsächlichen Arbeitsleistung) zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit. Bei einem Bereitschaftsdienst ist der Arbeitnehmer ebenfalls verpflichtet, bei einem entsprechenden Bedarf die Arbeitsleistung aufzunehmen. Der Arbeitgeber gibt aber, anders als beim Rufbereitschaftsdienst, einen konkreten Aufenthaltsort für den Arbeitnehmer vor. Einer solchen konkreten Festlegung des Aufenthaltsortes sind auch kurze Vorgabezeiten für die Arbeitsaufnahme gleichzusetzen.

Für **Überstunden** gilt:

Grundsätzlich **nicht** vergütungspflichtig ist die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeitszeit, die über die vertraglich vereinbarte hinausgeht. Der Arbeitgeber muss sich nicht Arbeitszeiten des Arbeitnehmers „aufdrängen“ lassen. Ein Anspruch auf Vergütung entsteht nur dann, wenn der Arbeitgeber die Überstunden veranlasst oder sie ihm zumindest zuzurechnen sind. Das Bundesarbeitsgericht hat in ständiger Rechtsprechung verschiedene Kategorien der „Veranlassung oder Zurechnung“ herausgearbeitet.

Überstunden sind danach zunächst dann zu vergüten, wenn sie vom Arbeitgeber **ausdrücklich angeordnet** worden sind. Im Streitfall muss der Arbeitnehmer, der seinen Vergütungsanspruch durchsetzen möchte, darlegen, wer, wann und auf welche Weise die Überstunden angeordnet hat.²⁸

²⁵ Vgl. im Einzelnen: Loritz NZA 1997, 1188, 1192 ff.

²⁶ BAG, Urteil vom 08.12.1960, 5 AZR 304/58.

²⁷ Feste zeitliche Grenzen sind weder gesetzlich vorgegeben, noch von der Rechtsprechung entwickelt worden. Nach hiesiger Auffassung ist jedenfalls bei Reaktionszeiten von unter 20 min (Abruf/Einsatz) keine Rufbereitschaft, sondern Bereitschaftsdienst anzunehmen, weil die (arbeitgeberseitig veranlasste) Einsatzbereitschaft in diesen Fällen Möglichkeiten des Arbeitnehmers zu privaten Freizeitaktivitäten deutlich überwiegt (keine nennenswerte räumliche Entfernung vom Arbeitsort zulässig; nur Tätigkeiten durchführbar, die bei Abruf innerhalb weniger Minuten abgebrochen werden können).

²⁸ BAG, Urteil vom 10.04.2013, 5 AZR 122/12.

Überstunden können aber auch **stillschweigend angeordnet** werden, beispielsweise dann, wenn dem Arbeitnehmer Arbeitsaufgaben zugewiesen werden, die er im Rahmen seines persönlichen Leistungsvermögens nur durch Überstunden erledigen kann oder dann, wenn der Arbeitgeber bestimmte Fertigstellungstermine vorgibt, die ebenfalls nur durch zusätzliche Arbeit gewahrt werden können. Das Bundesarbeitsgerichts hat jüngst – entgegen einer anderslautenden Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg – klargestellt, dass die bloße Anwesenheit des Arbeitnehmers im Betrieb keine Vermutung dafür begründet, dass die Überstunden tatsächlich zur Erledigung der Arbeitsaufgaben erforderlich waren.²⁹ Der Arbeitnehmer muss vielmehr darlegen, dass die übertragenen Arbeitsaufgaben in der normalen Arbeitszeit nicht zu erledigen waren.

Der Arbeitgeber kann auch **nachträglich** bereits geleistete Überstunden **billigen**, mit der Folge, dass diese Zeiten vergütungspflichtig werden. Die bloße Entgegennahme der Arbeitszeitaufzeichnungen des Arbeitnehmers genügt hierfür aber nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass der Arbeitgeber (oder ein zuständiger Vorgesetzter des Arbeitnehmers) zu erkennen gegeben hat, die bereits abgeleiteten Überstunden als (vergütungspflichtige) Arbeitszeit zu akzeptieren, beispielsweise, indem er die Stundenaufzeichnungen des Arbeitnehmers abzeichnet und dem Arbeitnehmer wieder aushän-

digt. Die bloße Übernahme handschriftlich gefertigter Aufzeichnungen des Arbeitnehmers in Excel-Tabellen genügt für eine solche Billigung nicht.³⁰

Vergütungspflichtige Überstunden können schließlich dadurch entstehen, dass sie vom Arbeitgeber **geduldet** werden und er keine Vorkehrungen trifft, das künftige Entstehen von Überstunden zu unterbinden. Voraussetzung ist hier allerdings, dass der Arbeitgeber zunächst Kenntnis von einem (dauerhaften, „strukturellen“) Überstundenanfall erhält. Erst ab Kenntniserlangung können überhaupt vergütungspflichtige Überstunden entstehen. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Arbeitgeber nicht gegen das Entstehen einschreiten. Nur wenn der Arbeitgeber in dieser Kenntnis die Überstunden weiter entgegennimmt und Vergütungspflicht nicht ausschließt, können die dann geleisteten Arbeitszeiten vergütungspflichtig werden. Im Streitfall muss der Arbeitnehmer darlegen, wann der Arbeitgeber Kenntnis von den Überstunden erlangt hat und dass es im Anschluss daran zu weiteren Überstunden gekommen ist.

Sind die vorgenannten Voraussetzungen (ausdrückliche oder stillschweigende Anordnung, Billigung oder Duldung) nicht erfüllt, besteht auch kein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers für Arbeitszeiten, die über die vertraglich vereinbarte hinausgehen.

Praxishinweis:

Angesichts der gesetzlichen Mindestlohnspflicht für dem Arbeitgeber zurechenbarer Überstunden und der bei Gesetzesverletzung drohenden Sanktionen sollten Arbeitgeber jeden Zweifel dazu vermeiden, ob und in welchem Umfang vergütungspflichtige Überstunden entstehen können. Es empfiehlt sich deshalb, betrieblich einheitlich zu regeln und sämtlichen Arbeitnehmern bekanntzugeben, **wer Überstunden anordnen darf und in welcher Form dies zu geschehen hat**. Unter dem Aspekt der Dokumentation und späteren Prüfbarkeit ist anzuraten, zumindest Textform für die Anordnung von Überstunden vorzusehen.

c) Entgeltfortzahlung

Die gesetzliche Mindestlohnspflicht besteht nur für Zeiten **tatsächlich geleisteter Arbeit**, also **nicht** für Zeiten der Entgeltfortzahlung, z. B. infolge Krankheit oder Urlaub des Arbeitnehmers sowie bei Annahmeverzug des Arbeitgebers.

Der gesetzliche Mindestlohn wirkt sich für die Entgeltfortzahlung mittelbar aus, indem die fortzahlenden Beträge (in Höhe des Arbeitslohnes, der ohne den Arbeitsausfall geschuldet gewesen wäre) nun mindestens EUR 8,50 je Stunde betragen müssen. Die Nichtzahlung oder verspätete Zahlung dieser Beträge stellt aber keine Verletzung des Mindestlohngesetzes dar und ist folglich nicht nach dem MiLoG sanktionsbedroht.

²⁹ BAG, Urteil vom 10.04.2013, 5 AZR 122/12.

³⁰ BAG, Urteil vom 10.04.2013, 5 AZR 122/12.

Praxishinweis:

1. Die Urlaubsvergütung und (im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses) die Urlaubsabgeltung ist grundsätzlich auf Basis des Durchschnittsverdienstes der vergangenen 13 Wochen vor Antritt des Urlaubs bzw. Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu berechnen. Mit Wirksamwerden des gesetzlichen Mindestlohns ab 01.01.2015 kann nun die Konstellation eintreten, dass bis 31.12.2014 eine geringere Vergütung gezahlt wurde und dann ab 01.01.2015 der höhere gesetzliche Mindestlohn. Für die Berechnung der Urlaubsvergütung und der Urlaubsabgeltung in den ersten 13 Wochen des Jahres 2015 ist jedoch dennoch ausschließlich vom höheren Verdienst (gesetzlichen Mindestlohn) auszugehen. Gemäß § 11 Satz 2 BUrlG ist bei Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur, die während des 13-Wochen-Zeitraums eintreten, von diesem erhöhten Verdienst auszugehen. Dies gilt auch für Resturlaubsansprüche aus vergangenen Jahren.
2. Bei Zeiten der Entgeltfortzahlung (Krankheit oder Feiertage) ergeben sich mit Inkrafttreten des gesetzlichen Mindestlohns keine Besonderheiten. Hier sind die Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes anzuwenden. Berechnungsgrundlage ist dann der gesetzliche Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50 brutto je Stunde.

3. ZEITLOHN (GEHALT, STUNDENLOHN)**a) Stundenlohn**

Wird der Arbeitnehmer auf Grundlage eines Stundenlohns vergütet, so bereitet die Feststellung, wie hoch der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers für einen bestimmten Zeitraum auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns ist, in der Regel keine Probleme. Wird der Arbeitnehmer nur für die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden vergütet, so sind diese mit dem gesetzlichen Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50 zu multiplizieren. Ist zwar ein Stundenlohn ausgewiesen, gleichzeitig aber eine bestimmte Arbeitszeit vereinbart, so beträgt der gesetzliche Mindestlohnanspruch das Produkt aus EUR 8,50 und der in dem jeweiligen Abrechnungszeitraum (meist wird dies ein Monat sein) tatsächlich geleisteten Arbeitszeit. Der gesetzliche Mindestlohn kann nach unserer Einschätzung also nicht „fiktiv“ auf Grundlage der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit berechnet werden. Maßgeblich ist vielmehr die im jeweiligen Abrechnungszeitraum geleistete tatsächliche Arbeitszeit. Für Zeiten, die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgehen, hält das MiLoG Sonderregelungen für die Frage bereit, bis zu welchem Zeitpunkt diese Über- oder Mehrarbeit abzugelten ist. Auf die Sonderregelungen wird unten unter III. ausführlich eingegangen. Dass auf

die tatsächlich geleistete Arbeitszeit abzustellen ist, ergibt sich nach unserer Einschätzung aus dem Grundsatz, dass jede **geleistete** Arbeitsstunde mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten ist. Das Gesetz stellt ausdrücklich auf die tatsächlich geleistete Arbeitszeit und nicht auf die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit ab. Allerdings folgt aus dem Zusammenspiel von Arbeitsvertrag und gesetzlichem Mindestlohn künftig unter Umständen ein Anspruch auf Mindestlohnvergütung für nichtabgerufene Arbeitszeiten (unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges).³¹ Diese Beträge sind aber nicht bußgeldbewehrt.

In der Praxis tritt zuweilen die Frage auf, ob eine **stundenübergreifende Verrechnung** in ein- und demselben Abrechnungsmonat zulässig ist.

Gemeint ist folgende Konstellation:

Von 160 in einem Monat geleisteten Arbeitsstunden entfallen je 80 Stunden auf Büro- und Außentätigkeit. Die Bürotätigkeit wird mit EUR 8,00 je Stunde, die Außentätigkeit mit EUR 9,00 je Stunde vergütet. Der Arbeitnehmer erhält folglich in Summe EUR 1.360,00 brutto. Dies entspricht auch genau dem gesetzlichen

³¹ Zur daraus folgenden Empfehlung zugunsten einer Arbeitszeitflexibilisierung, vgl. unter XI.

Mindestlohn für den betrachteten Monat, jedoch lag die vertraglich vereinbarte Vergütung für Bürotätigkeit je Stunde 0,50 EUR unter dem gesetzlichen Mindestniveau. Kann also der Arbeitnehmer verlangen, die 80 Stunden Außentätigkeit mit je EUR 9,00 pro Stunde und die Bürotätigkeit mit je EUR 8,50 je Stunde (Mindestlohn) vergütet zu erhalten (in Summe dann EUR 1.400,00)?

Folgende Gründe sprechen für die Zulässigkeit einer stundenübergreifenden Verrechnung:

- ▶ Klar ist zunächst, dass der Gesetzgeber für jeden Fälligkeitszeitpunkt dem Arbeitnehmer in Summe eine Vergütung sichern will, die stundenbezogen EUR 8,50 entspricht. Hätte der Arbeitnehmer im o. g. Beispielsmonat 100 Stunden Bürotätigkeit und nur 60 Stunden Außentätigkeit verrichtet, läge der vertragliche Vergütungsanspruch (EUR 1.340,00) unter dem Mindestlohn. Der Arbeitgeber hätte die entsprechende Differenz EUR 20,00 brutto zusätzlich zu zahlen. Das Mindestlohngesetz schreibt jedoch nicht vor, dass der Mindestlohnanspruch auch durch eine stundenbezogene **Vertragsvergütung** erfüllt werden muss.
- ▶ Der gesetzliche Mindestlohnanspruch wirkt nicht vertragsändernd (z. B. im Wege einer selektiven Verdrängung bisher vertraglich geregelter niedrigerer Stundensätze), sondern begründet unabhängig vom (also neben dem) Arbeitsvertrag Mindestvergütungsansprüche des Arbeitnehmers.

- ▶ Nach den Verlautbarungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales sowie der Zollverwaltung soll bei Gehaltszahlungen sogar eine Jahresdurchschnittsbetrachtung zulässig sein (dazu sogleich unter b). Dann muss es erst recht zulässig sein, innerhalb eines Kalendermonats „stundenübergreifende Verrechnungen“ vorzunehmen und im Beispielsfall die höhere Vergütung für die Außentätigkeit für die Erfüllung des Mindestlohnanspruchs in dem Beispielsmonat zu berücksichtigen.

b) Gehalt

Auch bei Gehaltsempfängern, die also ein in Monatsbeträgen verstetigtes Arbeitsentgelt erhalten, ist nach dem Gesetzeswortlaut der Mindestlohnanspruch auf Grundlage der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit zu ermitteln. Dies hätte zur Folge, dass für jeden Kalendermonat geprüft werden müsste, ob die Gehaltszahlung genügt, um den auf Grundlage der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit ermittelten Mindestlohnanspruch zu erfüllen. Hier liegt das Problem nicht in etwaig in den einzelnen Kalendermonaten abgeleiteten Überstunden (dafür hält das MiLoG eine Sonderregelung zu Arbeitszeitkonten bereit), sondern in der unterschiedlichen Anzahl an Arbeitstagen je Kalendermonat. Bereits aus dieser Schwankung der Anzahl der Arbeitstage können sich also unterschiedliche Mindestlohnansprüche ergeben.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer bezieht ein vertraglich vereinbartes Gehalt in Höhe von EUR 1.400,00 brutto pro Monat.

Im Monat Januar arbeitet der Arbeitnehmer tatsächlich 162 Stunden. Dies ergibt einen gesetzlichen Mindestlohnanspruch bezogen auf den Abrechnungszeitraum (Monat) in Höhe von EUR 1.377,00 brutto (162 Std. x EUR 8,50 = EUR 1.377,00). In diesem Monat hat das vom Arbeitgeber gezahlte Gehalt in Höhe von EUR 1.400,00 brutto den gesetzlichen Mindestlohnanspruch also vollständig erfüllt.

Wenn der Arbeitnehmer nun in einem anderen Monat 170 Stunden arbeitet, steht ihm ein gesetzlicher Mindestlohnanspruch in Höhe von EUR 1.445,00 brutto zu (170 Std. x EUR 8,50 = EUR 1.445,00). In diesem Monat hätte das vom Arbeitgeber gezahlte Gehalt den Mindestlohnanspruch also nicht erfüllt.

Nach einer uns vorliegenden nicht offiziellen Verlautbarung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales soll allerdings bei Gehaltszahlungen eine Jahresdurchschnittsbetrachtung zulässig sein. Das heißt, der gesetzliche Mindestlohnanspruch könnte nach Auffassung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales auf Grundlage einer verstetigten Monatsarbeitszeit von 173,33 Stunden (bei einer 40-Stunden-Arbeitswoche) berechnet werden. Monatlich müssten dann mindestens EUR 1.473,33 (173,33 Stunden x EUR 8,50 = EUR 1.473,33) gezahlt werden. Auch eine zuständige Behörde der Zollverwaltung hat auf unsere Nachfrage hin bestätigt, dass bei den anstehenden Kontrollen zunächst eine solche Jahresdurchschnittsbetrachtung als zulässig angesehen wird.

Obwohl diese Auffassung weder im Gesetz noch im Gesetzgebungsverfahren ihren Niederschlag gefunden hat, wird die Kontrollpraxis der Zollbehörden aller Voraussicht nach zunächst eine monatsübergreifende Betrachtung nicht beanstanden. Die über den Mindestlohnanspruch hinaus gezahlte Vergütung in Monaten mit wenigen Arbeitstagen kann also auf offene Mindestlohnansprüche des Arbeitnehmers in Monaten mit vielen Arbeitstagen innerhalb eines Kalenderjahres verrechnet werden. Ob diese Auffassung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (und der Zollverwaltung) Bestand haben wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls dürfte, wenn ein Arbeitgeber im **Jahresdurchschnitt** den Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50 brutto je Stunde gewährt, kein Ordnungswidrigkeitstatbestand vorliegen.

Ob (in Konsequenz aus der eben dargestellten, arbeitgeberfreundlichen Gesetzesauslegung) nun auch Einmalzahlungen, wie bspw. Weihnachts- oder Urlaubsgeld, bei der Berechnung der Mindestlohnansprüche **jahresbezogen** zu berücksichtigen sind, ist offen. Wenn tatsächlich eine Jahresdurchschnittsbetrachtung zulässig sein soll, gibt es nach unserer Einschätzung kein Argument mehr gegen solch eine Einbeziehung der Einmalzahlungen.

c) Leistungs- und ergebnisabhängige Vergütungsmodelle

aa) Da der gesetzliche Mindestlohn als Stundenvergütung ausgewiesen ist, stellt sich die Frage, wie mit leistungs-

abhängigen Vergütungsmodellen, z. B. Stück- oder Akkordlöhnen umzugehen ist. Zunächst ist festzuhalten, dass mit der Vereinbarung derartiger Vergütungsmodelle der gesetzliche Mindestlohn nicht umgangen werden kann. Die Gesetzesbegründung hält hierzu ausdrücklich fest:

„Die Vereinbarung von Stücklöhnen und Akkordlöhnen bleibt auch nach Einführung des Mindestlohns zulässig, wenn gewährleistet ist, dass der Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden erreicht wird.“³²

Der gesetzliche Mindestlohn schafft im Rahmen der leistungsabhängigen Vergütung damit eine Lohngarantie, die den bisherigen tarifvertraglich vereinbarten Verdienstsicherungsklauseln entspricht. Bereits in der bisherigen Rechtsprechung wurden Formulierungen in Tarifverträgen, wie etwa:

„Im Durchschnitt des Lohnabrechnungszeitraums muss der einzelne Akkordarbeiter mindestens den Akkordrichtsatz pro Stunde erzielen. Insofern ist der Akkordrichtsatz für die Beschäftigten ein Akkordmindestlohn.“

als Mindestlohngarantie in Höhe des jeweiligen Akkordrichtsatzes verstanden.³³ Sofern die bisherigen tarifvertraglich vereinbarten Mindestlöhne im Bereich der Akkord- oder Stücklohnarbeit unterhalb EUR 8,50 je Stunde liegen, ist seit dem 01.01.2015 der gesetzliche Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50 zu gewähren. Wurden bislang in den dem Akkord- oder Stücklöhnen zugrunde liegenden Vereinbarungen keine Mindestlohngarantien ausgesprochen, so greift jedenfalls seit 01.01.2015 für jede tatsächlich gearbeitete Stunde der gesetzliche Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50.

bb) Ähnliche Probleme wie bei leistungsabhängigen Vergütungsformen stellen sich bei ergebnisabhängigen Vergütungen. So können Arbeitnehmer beispielsweise auf **Provisionsbasis** vergütet werden. Bei einer Provision handelt es sich um die meist als Prozentsatz ausgedrückte Beteiligung des Arbeitnehmers am Wert von Geschäften, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind.³⁴ Die Vergütung des Arbeitnehmers kann dabei als **reine** Provisionsvereinbarung ausgestaltet sein, d.h., der Arbeitnehmer erhält als Vergütung lediglich die von ihm verdiente Provision. Derartige Vergütungsmodelle

³² BT-Drucksache 18/1558, S. 34.

³³ BAG, Urteil vom 20.01.1988, 4 AZR 487/87.

³⁴ Moll/Boudon, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, 2012, § 20 Rn. 36.

waren bspw. bei angestellten Taxifahrern bis 31.12.2014 nicht selten. Möglich ist aber auch, eine Grundvergütung zu vereinbaren, auf die dann eine Provisionsvereinbarung aufgesetzt wird. Dabei kann diese Grundvergütung entweder als (unantastbares) Fixum gewährt werden oder mit den in einem bestimmten Zeitraum verdienten Provisionen verrechnet werden. Auch bei solchen Ver-

gütungsmodellen ist der gesetzliche Mindestlohnanspruch auf Grundlage der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit multipliziert mit dem Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50 brutto je Zeistunde zu berechnen und innerhalb der Fälligkeit **endgültig** (ohne Rückforderungsvorbehalt) dem Arbeitnehmer bereitzustellen.

4. ANRECHENBARE ENTGELTBESTANDTEILE

Der Arbeitnehmer hat für „geleistete“ Arbeitszeit (gemäß den vorstehenden Ausführungen) gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, welche Leistungen des Arbeitgebers auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch angerechnet werden können, diesen also erfüllen. Letztlich geht es darum, ob und wann der Arbeitnehmer trotz vom Arbeitge-

ber gewährter Leistungen noch einen weitergehenden Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns hat. Der gemäß § 1 Abs. 1 und 2 MiLoG geschuldete gesetzliche Mindestlohn greift nur dann effektiv ein, wenn nicht bereits aufgrund der regulären Vergütung und der sonstigen auf arbeitsvertraglicher oder tarifvertraglicher Grundlage gezahlten Leistungen des Arbeitgebers ein höherer Stundenlohn erreicht wird.

Beispiel:

Der Arbeitgeber zahlt lediglich einen Stundenlohn in Höhe von EUR 7,56. Zusätzlich erhalten die Arbeitnehmer noch eine pauschale Schichtzulage von EUR 0,90 je Stunde Schichtarbeit sowie ein Urlaubsgeld und ein Weihnachtsgeld in Höhe von je EUR 400,00 jährlich. Können diese sonstigen Zahlungen auf den Mindestlohnanspruch angerechnet werden oder hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50 je Stunde und kann zusätzlich noch die Zulage sowie das Urlaubs- und Weihnachtsgeld verlangen?

a) Grundvergütung

Zunächst erfüllt die jeweils gezahlte Grundvergütung den gesetzlichen Mindestlohnanspruch. Wird diese nicht als Stundenvergütung ausgewiesen, so ist der gesetzliche Mindestlohnanspruch zunächst (auf den jeweiligen Abrechnungszeitraum bezogen) zu ermitteln und danach die vom Arbeitgeber für diesen Abrechnungszeitraum gezahlte Vergütung anzurechnen.

b) Anrechnung sonstiger Leistungen

Die Anrechnung der sonstigen Leistungen des Arbeitgebers auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch ist im MiLoG selbst nicht geregelt.

aa) Es geht hier um die Frage, ob, wenn die Grundvergütung nicht ausreicht, um den gesetzlichen Mindestlohnanspruch zu erfüllen, der Arbeitgeber geltend machen kann, dass er mit weiteren Leistungen den

Mindestlohnanspruch bereits erfüllt hat – beispielsweise durch Jahressonderzahlungen, Zulagen, Zuschlägen, Sachbezügen etc. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts hat sich in den vergangenen Jahren mit der Frage, welche Leistungen eines Arbeitgebers **tarifvertragliche** Mindestlohnansprüche erfüllen, auseinandergesetzt. Nach unserer Einschätzung kann auf die hierzu ergangene Rechtsprechung auch für die Frage der Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs zurückgegriffen werden.

bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Frage, ob Mindestlohnansprüche durch sonstige Leistungen des Arbeitgebers erfüllt werden können, nach dem Prinzip der funktionalen Gleichwertigkeit zu beantworten. Danach ist zunächst die „Funktion“ (Zielrichtung) der tatsächlichen Leistung des Arbeitgebers zu bestimmen. Dem ist gegenüberzustellen, ob sich die Funktion/Zielrichtung auf Arbeit bezieht, die mit dem

gesetzlichen Mindestlohn abgegolten sein soll. Entscheidend für die Bestimmung der Zielrichtung der Leistung des Arbeitgebers ist die Regelung, die der tatsächlich gewährten Leistung zugrunde liegt.³⁵ Das BAG führt zur Frage der Anrechenbarkeit aus:

„Soweit die vom Arbeitgeber danach angewandte Regelung etwa die Arbeitsleistung als besonders schwierig oder unter erschwerten Bedingungen geleistet ansieht, und hierfür in den Entgeltabrechnungen einen gesondert ausgewiesenen Zuschlag an den Arbeitnehmer zahlt, ist dieser gleichwohl auf den Mindestentgeltanspruch anzurechnen, wenn der betreffende Mindestlohnvertrag diese Tätigkeit gerade nicht als zuschlagspflichtig ansieht, sondern sie als im Rahmen der mit dem Grundentgelt abzugeltenden „Normaltätigkeit“ bewertet.“³⁶

Im Ergebnis abweichend von dieser Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geht der Ausschuss für Arbeit und Soziales im Rahmen seiner Beschlussempfehlung für das Mindestlohngesetz zwar zunächst davon aus, dass für die Anrechnung sonstiger Leistungen auch der Grundsatz der funktionalen Gleichwertigkeit der zu vergleichenden Leistungen gilt, behauptet aber ausdrücklich, dass bei Anwendung dieses Grundsatzes zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers dann **nicht** auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch anzurechnen sind, wenn sie ein Mehr an Arbeit oder die Arbeitsleistung unter erschwerten Bedingungen abgelten sollen. Der Ausschuss für Arbeit und Soziales führt hierzu in der Gesetzesbegründung wörtlich aus:

„Hiernach [gemeint ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Anmerkung der Verfasser] seien solche Zahlungen des Arbeitgebers als Bestandteile des Mindestlohns anzuerkennen, die nicht das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung verändern (funktionale Gleichwertigkeit der zu vergleichenden Leistungen). Zahlungen, die eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer als Ausgleich für zusätzliche Leistungen erhalte, wenn sie oder er auf Verlangen ein Mehr an Arbeit oder Arbeitsstunden unter besonderen Bedingungen leistete (Sonntags-, Feiertags-, Nachtarbeits-, Schichtarbeits-,

Überstundenzuschläge), seien nach diesen Kriterien nicht berücksichtigungsfähig.“

Anders als das Bundesarbeitsgericht erteilt also der Ausschuss für Arbeit und Soziales einer Anrechnung von Leistungen, die erschwerte Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne abgelten sollen, eine Absage.

Es bleibt abzuwarten, wie das Bundesarbeitsgericht mit dem Missverständnis des Gesetzgebers umgeht und die Anrechenbarkeit von Zuschlägen etc. beim gesetzlichen Mindestlohn beurteilt. Eine erste – bei Redaktionsschluss nur als Pressemitteilung vorliegende – Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin vom 04.03.2015 ist bestens geeignet, um für weitere Verwirrung zu sorgen: Nach Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin³⁷ war im Arbeitsverhältnis eine Grundvergütung von EUR 6,44 je Stunde zuzüglich Leistungszulage und Schichtzuschlägen, ein zusätzliches Urlaubsgeld sowie eine Jahressonderzahlung vereinbart. Der Arbeitgeber kündigte und bot einen neuen Arbeitsvertrag an mit Stundenlohn von EUR 8,50 bei Wegfall von Leistungszulage, Urlaubsgeld und Jahressonderzahlung. Das Arbeitsgericht hält die Änderungskündigung für unwirksam, weil „der gesetzliche Mindestlohn (...) unmittelbar die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers entgelten“ solle und der Arbeitgeber „daher Leistungen, die – wie das zusätzliche Urlaubsgeld und die Jahressonderzahlung – nicht zu diesem Zweck dienen, nicht auf den Mindestlohn anrechnen“ dürfe. „Eine Änderungskündigung, mit der diese unzulässige Anrechnung erreicht werden solle, sei unzulässig.“³⁸ Alle derzeit veröffentlichten Kommentare zur Entscheidung beziehen sich letztlich auf die Pressemitteilung des Arbeitsgerichts. In der Pressemitteilung wiederum sind leider – anders als man es bei einem aktuellen und wichtigen Thema erwarten dürfte – nicht alle relevanten Umstände mitgeteilt. Für Kleinbetriebe (bis 10 Arbeitnehmer nach der Zählung in § 23 KSchG) ist die Entscheidung sicher nicht anwendbar. Bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes sind Details zu den früher vereinbarten Zuschlägen und Sonderzahlungen wichtig. Die Pressemitteilung des Arbeitsgerichts Berlin provoziert den Irrtum, die Entscheidung sei umfassend auf alle Arbeitsverhältnisse übertragbar. Es ist zu hoffen, dass die Entscheidung im Instanzenzug korrigiert wird.

³⁵ BAG, Urteil vom 16.04.2014, 4 AZR 802/11.

³⁶ BAG, Urteil vom 16.04.2014, 4 AZR 802/11.

³⁷ ArbG Berlin, Urteil vom 04.03.2015, 54 Ca 14420/14, nicht rechtskräftig.

³⁸ Pressemitteilung Nr. 5/15 des Arbeitsgerichts Berlin vom 05.03.2015, <http://www.berlin.de/gerichte/arbeitsgericht/presse/archiv/20150305.0825.401310.html>.

cc) **Einigkeit** besteht dahingehend, dass alle Zahlungen, welche der Arbeitgeber nicht zur Vergütung der geleisteten Arbeit, sondern zur **Abgeltung eines beim Arbeitnehmer entstandenen Aufwands** erbringt (Erstattung tatsächlicher Fahrgelder, Auslöse³⁹ für auswärtige Unterbringung, Verpflegungsmehraufwand etc.), **keine** Gegenleistungen für erbrachte Arbeitsleistungen und deshalb nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn anrechenbar sind.

Ebenfalls nicht anrechenbar sind **Nachtarbeitszuschläge**. Gemäß § 6 Abs. 5 **ArbZG** besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Zahlung eines angemessenen Zuschlags (oder Gewährung zusätzlicher freier Tage) für Nachtarbeit. Dies ist nach der gesetzlichen Definition der Zeitraum zwischen 23.00 Uhr und 06.00 Uhr bzw. in Bäckereien und Konditoreien der Zeitraum zwischen 22.00 Uhr und 05.00 Uhr.

Da also angemessene Nachtarbeitszuschläge von Gesetzes wegen neben der sonst geschuldeten Vergütung, damit zusätzlich zu ihr, gezahlt werden müssen, können sie nicht in den gesetzlichen Mindestlohn eingerechnet werden. Wenn der Arbeitnehmer bereits von

Gesetzes wegen einen stundenbezogenen Vergütungsanspruch von mindestens EUR 8,50 brutto hat, ist der **angemessene** Zuschlag für Nachtarbeit nicht in diesem Betrag enthalten, sondern muss addiert werden.

Auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind **Zulagen und Zuschläge**, die vom Arbeitgeber als Gegenleistung für Arbeit unter „besonderen Bedingungen“ (wie z. B. Erschwerniszuschläge, Gefahrenzulagen, Überstundenzuschläge, Spätschichtzulagen etc.) auf den gesetzlichen Mindestlohn **anrechnungsfähig**. Der Mindestlohn soll gewährleisten, dass die Zeiteinheit in einem Vergütungssockelbetrag gesichert ist, unabhängig davon, ob es sich bei dieser geleisteten Arbeitszeit um gefährliche, ermüdende, verantwortungsvolle oder (wie auch immer definiert) „normale“ Arbeit handelt. Für alle auf erbrachte Arbeitsleistungen (also nicht auf entstandenen Aufwand) erfolgte Zahlungen mit Ausnahme des Nachtarbeitszuschlags ist deshalb prinzipiell von einer **Anrechenbarkeit** auf den Mindestlohnanspruch auszugehen. Dies betrifft bspw. Sonntags-, Feiertags- und Gefahrenzulagen, Schicht- und Schmutzzulagen, Überstundenzulagen, Urlaubs- und Weihnachtsgelder.

Praxishinweis:

Nach den Veröffentlichungen der für die Kontrolle des Mindestlohngesetzes zuständigen Behörden der Zollverwaltung werden diese allerdings bei den anstehenden Kontrollen von einer grundsätzlichen **Nicht-anrechenbarkeit** von Zulagen und Zuschlägen ausgehen. Lediglich bestimmte Zulagen und Zuschläge, wie die Bauzulage oder Betriebstreue- bzw. Kinderzulagen, sollen auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch anrechenbar sein. Einzelheiten hierzu hat der Zoll unter www.zoll.de veröffentlicht.

Die Anrechenbarkeit von Zulagen und Zuschlägen, insbesondere aber von Einmalzahlungen, setzt weiter voraus, dass die entsprechende Vergütung im Fälligkeitszeitpunkt dem Arbeitnehmer **endgültig und unwiderruflich zur freien Verfügung** steht. Eine Weihnachtsgeld-

zahlung im November 2015 kann danach grundsätzlich nur auf die Mindestlohnansprüche für Oktober und November 2015 angerechnet werden, nicht jedoch auf Mindestlohnansprüche für frühere Zeiträume.

Praxishinweis:

Bei Gehaltszahlungen soll nach Stellungnahme des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (vgl. dazu II. 3. b) entscheiden, ob der Mindestlohnanspruch (auf Grundlage der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit) im Jahresdurchschnitt erreicht bzw. erfüllt wird. Folgt man dieser Auffassung, besteht kein Grund mehr, Einmalzahlungen, wie z. B. Weihnachts- oder Urlaubsgelder, nicht für das gesamte Kalenderjahr auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch anzurechnen. Wenn eine Jahresdurchschnittsbetrachtung tatsächlich zulässig sein soll (wie vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales befürwortet), dann müssen in diese Jahresdurchschnittsbetrachtung auch unstrittig dem Grunde nach anrechenbare Leistungen, wie eben die Weihnachts- oder Urlaubsgelder einzubeziehen sein.

³⁹ BayObLG, Urteil vom 27.11.2002, 3 OB OWi 93/2002.

In jedem Fall muss für wirksame Mindestlohnzahlungen aber auf Rückforderungen verzichtet werden. Weihnachtsgelder sind z. B. dann nicht als Mindestlohn anrechenbar, wenn sie, wie gelegentlich, unter dem Vorbehalt stehen, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis bspw. 31.03. des Folgejahres ganz oder anteilig zurückgefordert werden zu können. Für den Arbeitgeber kann es sinnvoll sein, auf solche – in ihrem wirtschaftlichen Wert ohnehin zweifelhaften – Rückforderungsvorbehalte zu verzichten, um so jedenfalls zu einer Anrechenbarkeit der Weihnachtsgelder zu gelangen.

Sachbezüge sind nach den vorstehenden Kriterien auf den Mindestlohn anrechenbar, wenn sie als Gegenleistung für erbrachte Arbeit gewährt werden. Zu beachten ist jedoch § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO, dessen Vorgaben bisher häufig ignoriert wurden und im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Mindestlohn künftig eventuell extrem gesteigerte Bedeutung erhalten: Der unpfänd-

bare Teil des Arbeitseinkommens (der nach Vergütungshöhe, Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers etc. differierende Betrag bis zur Pfändungsfreigrenze gemäß § 850 c ZPO bzw. der jeweils geltenden Pfändungsfreigrenzenbekanntmachung) **ist zwingend in Geld auszuzahlen**. Erst oberhalb der Pfändungsfreigrenze ist die Gewährung von Sachbezügen eine wirksame Vergütungsleistung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer. Werden Arbeitslöhne unterhalb der Pfändungsfreigrenze ganz oder teilweise durch Sachbezüge bedient, sind die Lohnansprüche des Arbeitnehmers insoweit nicht erfüllt. Nur wenn der Mindestlohnanspruch eines Arbeitnehmers über seinem persönlichen Pfändungsfreibetrag liegt, kann dieser Anspruch (und zwar nur für den Nettobetrag oberhalb der Pfändungsfreigrenze) wirksam durch Sachbezüge erfüllt werden. Erbringt der Arbeitgeber auf Mindestlohnansprüche des Arbeitnehmers unterhalb der Pfändungsfreigrenze Sachbezüge, so hat er den Mindestlohnanspruch nicht erfüllt (und steht im Risiko der hierfür vorgesehenen Sanktionen).

Praxishinweis:

1. Die eben dargestellten Grundsätze für Sachbezüge gelten nach unserer Einschätzung auch dann, wenn Zahlungen an den Arbeitnehmer mit einer bestimmten vom Arbeitgeber vorgegebenen Zweckbestimmung erfolgen. Zu nennen ist hier bspw. der Kindergartenzuschuss. Auch dieser kann also nur dann (zu einem geringen Teil) auf den Mindestlohn angerechnet werden, wenn das pfändungsfreie Einkommen dem Arbeitnehmer in Euro und **ohne** eine solche **Zweckbindung** ausgezahlt worden ist.
2. Die vorstehend dargestellte Regelung zu der Anrechenbarkeit von Sachbezügen gilt auch für Minijobber. Wenn diese über kein anderweitiges Einkommen verfügen, können an Minijobber „mindestlohnwirksam“ keine Sachbezüge gewährt werden.

Eine Anrechnung **vermögenswirksamer Leistungen** auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch soll nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht zulässig sein.⁴⁰ Vermögenswirksame Leistungen dienen der Bildung von Vermögen, in dessen Genuss der Arbeitnehmer erst nach Ablauf einer mehr oder weniger langen Frist kommen wird. Mit ihnen soll daher eher ein sozialpolitisch erwünschtes Ziel erreicht werden.⁴¹

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu vermögenswirksamen Leistungen sollen nunmehr auch Beiträge, welche der Arbeitgeber zu Systemen der **betrieblichen Altersversorgung** leistet, nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet werden.⁴² Jedenfalls für den Bereich der

Entgeltumwandlung kann dieser Auffassung u. E. nicht zugestimmt werden. Gemäß § 1a Abs. 1 BetrAVG kann der Arbeitnehmer verlangen, dass Teile seines regelmäßigen Entgelts für die betriebliche Altersversorgung verwendet werden (sogenannte Entgeltumwandlung). Bei einer Entgeltumwandlung werden künftige Entgeltansprüche des Arbeitnehmers in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umgewandelt. Nach der Gesetzesbegründung sollen Vereinbarungen zur Entgeltumwandlung nach dem Betriebsrentengesetz weiterhin möglich sein. Solche Vereinbarungen führen nicht zu einer Unterschreitung oder Beschränkung des Mindestlohnanspruchs.⁴³ Die für eine **Entgeltumwandlung** eingesetzten Beträge können daher **auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch angerechnet** werden.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 14.04.2005, C-341/02.

⁴¹ EUGH, Urteil vom 07.11.2013, C-522/12.

⁴² Ulber, RdA 2014, S. 176, 178.

⁴³ BT-Drucksache 18/1558, S. 35.

Praxishinweis:

Eine abweichende Praxis hierzu besteht bislang im Bereich der Bauwirtschaft. Dort führt die Entgeltumwandlung zu einer „Minderung“ des Stundenlohns. Hieran ändert sich durch das Mindestlohngesetz und die Gesetzesbegründung nichts. In § 17 Abs. 5 BetrAVG ist geregelt, dass, wenn Vergütungsansprüche auf einem Tarifvertrag beruhen, eine Entgeltumwandlung nur dann vorgenommen werden kann, wenn dies im Tarifvertrag selbst ausdrücklich zugelassen ist. In § 2 Abs. 6 des Tarifvertrages über eine Zusatzrente im Baugewerbe ist ausdrücklich geregelt, dass eine Entgeltumwandlung in Bezug auf Mindestlohnansprüche ausgeschlossen ist. Diese tarifvertragliche Regelung geht den gesetzlichen Regelungen im Mindestlohngesetz vor.

Bei den übrigen Durchführungswegen der betrieblichen Altersversorgung dürfte jedoch in der Tat eine Anrechnung auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch auszuschließen sein. Zwar werden bereits die vom Arbeitgeber gezahlten Beiträge zur betrieblichen Altersversorgung und nicht erst die bei Eintritt des Versorgungsfalls tatsächlich zu zahlenden Renten als Vergütung angesehen.⁴⁴ Auch hier dürfte in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zu vermögenswirksamen Leistungen jedoch eher das sozialpolitische Ziel der Sicherstellung einer ausreichenden Altersversorgung im Vordergrund stehen als die Abgeltung der „normalen“ Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers.

Trinkgelder sind nach der bislang wohl überwiegend vertretenen Auffassung nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn anzurechnen.⁴⁵ Dies ist sicherlich dann richtig, wenn die Trinkgelder unmittelbar von dem Dritten (Gast) an den Arbeitnehmer gezahlt werden. Dann handelt es sich in der Tat bei den Trinkgeldern nicht um eine Leistung des Arbeitgebers, sondern um die Leistung eines Dritten. Bereits deshalb scheidet die Anrechnung von Trinkgeldern in diesem Fall auf den gesetzlichen Mindestlohn aus. Es stellt sich die Frage, ob eine Anrechnung der Trinkgelder nicht (mittelbar) dadurch erreicht werden kann, dass die Arbeitnehmer vertraglich verpflichtet werden, die vereinnahmten Trinkgelder an den Arbeitgeber abzuliefern (auszuhändigen) und der Arbeitgeber dafür den gesetzlichen Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50 pro Stunde leistet. Das Bundesarbeitsgericht hat in einem Urteil aus dem Jahr 1995⁴⁶ entschieden, dass eine Anerkennung der Trinkgelder als Arbeitsentgelt **bei Fehlen einer besonderen vertraglichen Vereinbarung** nicht möglich ist. Es hat aber offen gelassen, ob, sollte eine solche vertragliche Ver-

einbarung bestehen, die Trinkgelder doch als Arbeitsentgelt anerkannt werden können. Das Arbeitsgericht Gelsenkirchen hat demgegenüber entschieden, dass Trinkgelder, auch wenn sie zunächst vom Arbeitgeber vereinnahmt werden, den Arbeitnehmern als unmittelbare Zuwendung des Dritten (Gastes) zustehen.⁴⁷ In dem vom Arbeitsgericht Gelsenkirchen entschiedenen Fall fehlte allerdings eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die den Arbeitnehmer verpflichtet hätte, die vereinnahmten Trinkgelder an den Arbeitgeber abzuliefern. Eine vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers, erhaltene Trinkgelder an den Arbeitgeber herauszugeben, kann nach unserer Auffassung rechtswirksam begründet werden. Bereits bisher schon ist beispielsweise in dem für die Beschäftigten der Bundesverwaltung geltenden *Rundschreiben zum Verbot der Annahme von Belohnungen oder Geschenken in der Bundesverwaltung vom 08.11.2004* eine ausdrückliche Verpflichtung des Arbeitnehmers statuiert, erhaltene Geschenke unter bestimmten Voraussetzungen an den Arbeitgeber herauszugeben. Eine entsprechende vertragliche Vereinbarung wäre in den meisten Fällen an § 307 Abs. 1 und 2 BGB zu messen. Danach ist eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (bei Arbeitsverträgen handelt es sich in der Regel um Allgemeine Geschäftsbedingungen) unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Nach unserer Einschätzung liegt eine solche unangemessene Benachteiligung nicht vor, da der Arbeitnehmer auf der einen Seite zwar verpflichtet wird, die erhaltenen Trinkgelder herauszugeben, auf der anderen Seite der Arbeitgeber aber den gesetzlichen Mindestlohn, der in den meisten Fällen erheblich über den vor allem in der Gastronomie bislang gezahlten

⁴⁴ BGH, Urteil vom 07.07.1998, VI ZR 241/97.

⁴⁵ Ulber, RdA 2014, S. 176, 182; Berndt DStR 2014, 1878, 1881; Schaub/Linck, § 68 Rn. 9 zur Anrechnung auf den Tariflohn.

⁴⁶ BAG, Urteil vom 28.06.1995, 7 AZR 1001/94.

⁴⁷ ArbG Gelsenkirchen, Teilurteil vom 21.01.2014, 1 Ca 1603/13.

Grundvergütungen liegt, leisten muss. Der Verlust der Trinkgeldeinnahmen wird beim Arbeitnehmer also durch die Zahlung des höheren verstetigten Mindestlohns kompensiert.⁴⁸ Nach unserer Einschätzung sind daher vertragliche Vereinbarungen, in denen sich der Arbeitnehmer verpflichtet, erhaltene Trinkgelder an den Arbeitgeber herauszugeben, zulässig. Damit ließe sich zumindest die für den Arbeitgeber aus der Anwendung des MiLoG entstehende wirtschaftliche Mehrbelastung teilweise kompensieren.

Vergütungen, welche aufgrund von **Provisionsabreden** an den Arbeitnehmer gezahlt werden, sind auf den gesetzlichen Mindestlohn anzurechnen. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes

zu Einmalzahlungen ist allerdings auch bei den Provisionsvergütungen für eine Anrechenbarkeit zu fordern, dass sie regelmäßig, anteilig, **unwiderruflich** und tatsächlich zu den jeweiligen Fälligkeitszeitpunkten an den Arbeitnehmer ausgezahlt werden. Mit anderen Worten: Eine Anrechnung einer kalenderjährlich abgerechneten Provision für das gesamte Kalenderjahr ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht zulässig.⁴⁹ Wenn allerdings die Provision spätestens bis zum Ablauf des auf die Arbeitsleistung folgenden Monats abgerechnet und ausbezahlt wird, so spricht nichts gegen eine Anrechnung auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch. Bei jährlicher Abrechnung muss der Mindestlohn monatlich bezahlt werden; Vorschusszahlungen sind hierfür **nicht** ausreichend.⁵⁰

Praxishinweis:

Zulässig sind Vereinbarungen, mit denen die Provisionszahlungen bis zur Höhe des gesetzlichen Mindestlohns endgültig (also gerade nicht als Vorschuss) gezahlt werden. Damit kann eine Anrechnung auf den Mindestlohn erreicht werden. Arbeitnehmer A arbeitet 173 Stunden je Monat und erhält dafür eine Grundvergütung von EUR 1.000,00 brutto monatlich sowie zusätzlich einen Provisionsvorschuss von weiteren EUR 1.000,00 je Monat. Über den Provisionsvorschuss wird nach Abschluss des Kalenderjahres abgerechnet. Eine Anrechnung des Provisionsvorschusses auf den gesetzlichen Mindestlohn ist nicht möglich, da die Vorschüsse nicht endgültig gewährt werden. Der Arbeitnehmer hat daher einen ausstehenden monatlichen Mindestlohnanspruch in Höhe von EUR 470,50 (173 Stunden * EUR 8,50 = EUR 1.470,50 – EUR 1.000,00 Grundvergütung = EUR 470,50).

Anders wäre es, wenn ein Teil des Provisionsvorschusses in Höhe von EUR 470,50 endgültig und unabhängig von der kalenderjährlichen Abrechnung gezahlt würde.

Eine Anrechnung von **variablen Vergütungsbestandteilen**, die an den Arbeitnehmer aufgrund einer Zielvereinbarung oder einer Zielvorgabe gezahlt werden, wird in der Regel an den langen Abrechnungszeiträumen scheitern.⁵¹ Auch hier ist wieder auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zurückzugreifen, wonach eine Anrechnung grundsätzlich nur dann möglich ist, wenn die Zahlung anteilig zu den jeweiligen Fälligkeitszeitpunkten des Abrechnungszeitraums erfolgt. Zielvereinbarungen oder Zielvorgaben werden aber naturgemäß erst nach Ablauf längerer Zeiträume abgerechnet und ausbezahlt. Aus diesem Grund kommt nach der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen

Gerichtshofs eine Anrechnung auf den gesetzlichen Mindestlohn (wiederum: nach dem Gesetzeswortlaut) **nicht** in Betracht.

Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn bereits monatlich Vorauszahlungen auf die zu erwartende Zielerreichungsprämie geleistet werden. Diese monatlichen Vorschüsse werden bei der Endabrechnung von der verdienten variablen Vergütung wieder in Abzug gebracht. Die Vorschüsse stehen dem Arbeitnehmer also nicht endgültig zu. Mit anderen Worten: **Vorschusszahlungen** erfüllen den Mindestlohnanspruch erst mit Wegfall des Vorschusscharakters, also mit **Rückforderungsverzicht**.

⁴⁸ Dabei wird nicht verkannt, dass Arbeitnehmer wegen der Steuer- und SV-Freiheit von Trinkgeldern u. U. Nettoeinbußen erleiden. Vertragliche Vereinbarungen sind dennoch möglich.

⁴⁹ Vgl. jedoch oben unter II. 3. b.

⁵⁰ Zur abweichenden Auffassung des BMAS vgl. wiederum II. 3. b.

⁵¹ Vgl. jedoch hierzu oben unter II. 3. b.

III. FÄLLIGKEIT DES MINDESTLOHNS

1. GRUNDSÄTZE

Die Fälligkeit des gesetzlichen Mindestlohns ist in § 2 MiLoG geregelt. Danach haben Arbeitgeber den Mindestlohn grundsätzlich zum Zeitpunkt der vereinbarten Fälligkeit, spätestens jedoch am letzten Bankarbeitstag

des Monats in Frankfurt am Main, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, zu zahlen.

Beispiel:

Die im Januar 2015 entstandenen Mindestlohnansprüche sind spätestens zum 27.02.2015 zu bezahlen. Der 28.02.2015 fällt auf einen Samstag; es handelt sich also nicht um einen Bankarbeitstag. Damit tritt die Fälligkeit spätestens zum vorhergehenden Bankarbeitstag, hier also am 27.02.2015, ein.

Bei früherer vertraglicher Fälligkeit (z. B. „Letzter des Monats“ oder „Fünfzehnten des Folgemonats“) gilt die vertragliche Regelung. Auch dann wird aber nur der

Verstoß gegen die [gesetzliche Fälligkeitsregelung](#) des MiLoG als [Ordnungswidrigkeit](#) geahndet.

2. AUSNAHME FÜR ÜBERSTUNDEN

Mit dem gesetzlichen Mindestlohn sind bei Fälligkeit grundsätzlich alle geleisteten Arbeitsstunden abzugelten.

Eine Ausnahme regelt allerdings § 2 Abs. 2 MiLoG. Danach können die Arbeitsstunden, welche über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgehen, auf ein [schriftlich vereinbartes](#) Arbeitszeitkonto eingestellt werden. Der Ausgleich dieser Mehrarbeitsstunden hat dann innerhalb von zwölf Monaten nach Anfall der Stunden

zu erfolgen. Voraussetzung ist also zunächst, dass zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine schriftliche Vereinbarung über das Führen eines Arbeitszeitkontos besteht. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, kann von dem längeren Ausgleichszeitraum für die Mehrarbeitsstunden kein Gebrauch gemacht werden. Zudem dürfen auf dem Arbeitszeitkonto lediglich 50 % der vertraglich vereinbarten Arbeitszeiten je Kalendermonat gebucht werden.

Beispiel:

Beträgt die monatliche Arbeitszeit 80 Stunden, so können dem Arbeitszeitkonto kalendermonatlich 40 Mehrarbeitsstunden gutgeschrieben werden. In der Gesetzesbegründung ist ausdrücklich festgehalten, dass monatlich jeweils nicht mehr als 50 % der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit auf das Arbeitszeitkonto gebucht werden dürfen.⁵² Eine Obergrenze für die auf dem Arbeitszeitkonto höchstens anzusammelnden Arbeitsstunden enthält das MiLoG nicht. Fallen in einem Kalendermonat mehr als 50 % der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit als Überstunden an, so sind diese „überschießenden“ Stunden bis zum letzten Bankarbeitstag des Folgemonats dem Arbeitnehmer mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten.

Ein längerer Ausgleichszeitraum als die zwölf Monate ist nur dann zulässig, wenn der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn für sämtliche geleistete Arbeitsstun-

den bereits durch das regulär gezahlte Gehalt abgegolten ist.

⁵² BT-Drucksache 18/1558, S. 35

Beispiel:

Die vertraglich (oder tarifvertraglich) vereinbarte Arbeitszeit beläuft sich auf 160 Stunden/Monat. Hierfür ist eine monatliche Vergütung vom Arbeitgeber in Höhe von EUR 1.800,00 brutto zu zahlen. Nun werden in einem Kalendermonat 20 Mehrarbeitsstunden geleistet. Für die Frage, innerhalb welchen Zeitraums die 20 Stunden auszugleichen sind (entweder durch bezahlte Freizeitgewährung oder durch Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns) ist entscheidend, ob der gesetzliche Mindestlohn für die gesamten Arbeitsstunden bereits durch die gezahlte Vergütung erfüllt wird. Konkret: 180 Arbeitsstunden (reguläre Arbeitszeit + Mehrarbeitsstunden) x EUR 8,50 = EUR 1.530,00 brutto. Die vertraglich vereinbarte und gezahlte Monatsvergütung in Höhe von EUR 1.800,00 liegt also über dem „Gesamtmindestlohn“. Aus diesem Grund ist für die 20 Stunden weiterer gesetzlicher Mindestlohn nicht geschuldet. Sollte vertraglich zusätzlich Überstundenvergütung vereinbart sein, können auch längere Fälligkeitsfristen vorgesehen werden; das MiLoG gilt hierfür **nicht**.

Anders wäre es in folgendem Fall:

Die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit beläuft sich auf 160 Stunden pro Monat. Hierfür wird eine Vergütung in Höhe von EUR 1.400,00 vom Arbeitgeber geschuldet und gezahlt. Werden nun in einem Monat 20 Überstunden geleistet, so liegt der „Gesamtmindestlohn“ weiterhin bei EUR 1.530,00. Die tatsächlich gezahlte Monatsvergütung (EUR 1.400,00 brutto) erreicht diesen „Gesamtmindestlohn“ nicht. Es ist daher nur ein Ausgleichszeitraum von 12 Monaten für die 20 Mehrarbeitsstunden zulässig.

Bei dem in § 2 Abs. 2 MiLoG geregelten Ausgleichszeitraum für Mehrarbeitsstunden handelt es sich um eine zwingende gesetzliche Regelung, d. h., auch wenn bislang arbeitsvertraglich oder in Kollektivvereinbarungen (Betriebs-/Dienstvereinbarungen oder Tarifverträgen) etwas anderes geregelt ist, gilt im Hinblick auf die Erfüllung des gesetzlichen **Mindestlohnanspruchs** die Regelung in § 2 Abs. 2 MiLoG.

Da Berechnungsgrundlage für den monatlichen Gesamtmindestlohnanspruch immer die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden⁵³ in dem jeweiligen Monat sind, können auch Arbeitnehmer von den Auswirkungen des MiLoG betroffen sein, deren monatliche Vergütung unter Berücksichtigung der regelmäßigen oder vertraglich vereinbarten Arbeitszeit den Mindestlohn überschreitet. Ein solches „Ausgreifen“ des MiLoG droht dann, wenn Arbeitnehmer eine Vielzahl von Überstunden ableisten.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer erhält eine monatliche Bruttovergütung in Höhe von EUR 1.700,00. Er hat dafür auf Grundlage des Arbeitsvertrages 40 h pro Woche bzw. 173 h pro Monat zu arbeiten. Würde der Arbeitnehmer nur die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit (40 h/ 173 h pro Monat) ableisten, so läge seine monatliche Vergütung über dem gesetzlichen Mindestlohn. Der Mindestlohnanspruch pro Monat liegt, wenn der Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit ableistet, bei EUR 1.470,50 pro Monat.

Wenn der Arbeitnehmer in einem Monat 40 Überstunden ableistet und diese nicht vergütet werden, greift plötzlich der gesetzliche Mindestlohn. Der Arbeitnehmer hätte dann einen gesetzlichen Mindestlohnanspruch für diesen Monat in Höhe von EUR 1.810,50 (213 Arbeitsstunden x EUR 8,50 = EUR 1.810,50). Der Arbeitgeber muss in diesem Fall entweder die Überstunden zumindest mit dem gesetzlichen Mindestlohn vergüten oder ein schriftlich vereinbartes Arbeitszeitkonto führen, das es erlaubt, die angefallenen Überstunden innerhalb von 12 Kalendermonaten auszugleichen.

⁵³ Vgl. hierzu jedoch oben unter II. 3. b.

Praxishinweis:

Vorgaben, wie das Arbeitszeitkonto zu führen ist, enthält das Mindestlohngesetz nicht. Häufig werden Arbeitszeitkonten als Excel-Tabellen oder auf speziellen Formularen geführt. Möglich ist aber auch eine handschriftliche Erfassung oder das Führen des Arbeitszeitkontos bspw. auf dem Dienstplan.

Wichtig ist, dass (abgesehen von den Ausnahmeregelungen) Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit und der Übertrag (also Plus- oder Minusstunden) erfasst werden. Bei einem Ausgleich der Überstunden (Freizeitgewährung, Vergütung oder Verrechnung mit angefallenen Minusstunden) sollte vermerkt werden, welche Plus- bzw. Überstunden damit abgegolten werden, so dass nachvollzogen werden kann, dass der in § 2 MiLoG vorgegebene Ausgleichszeitraum von zwölf Kalendermonaten eingehalten wird.

Generell empfiehlt sich in mindestlohnnahe Arbeitsverhältnissen aus Arbeitgebersicht, die monatlich tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten zu dokumentieren und die Richtigkeit des Aufschriebs durch Unterschrift des Arbeitnehmers bestätigen zu lassen.

Von den Regelungen des MiLoG unberührt bleiben die Vereinbarungen über Wertguthaben im Sinne der §§ 7 b ff. SGB IV. Ein solches Wertguthaben ermöglicht es dem Arbeitnehmer, Teile seiner Vergütung einem solchen Wertguthaben gutschreiben zu lassen, um sie sodann bei der Inanspruchnahme von Arbeitszeitreduzierungen auszahlen zu lassen. Allerdings sind in § 7 c Abs. 1 SGB IV die Fälle, in denen ein Guthaben in Anspruch genommen werden kann, abschließend

festgelegt. Zulässig ist danach die Inanspruchnahme lediglich für die Fälle einer Pflegezeit, der Betreuung und Erziehung eines Kindes, des gesetzlichen Anspruchs auf Reduzierung der Arbeitszeit oder der Reduzierung der Arbeitszeit unmittelbar vor Rentenbezug. Für andere Gründe sind die Wertguthabenvereinbarungen gerade nicht eröffnet. Unzulässig ist daher eine Inanspruchnahme der Wertguthaben beispielsweise für Fälle des Auftragsrückgangs.

IV. ZWINGENDE GELTUNG DES MINDESTLOHNS, VERBOT DER UMGEHUNG

§ 3 MiLoG ordnet ausdrücklich an, dass Vereinbarungen, welche den Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns ausschließen oder beschränken, **insoweit** unwirksam sind. Die Unwirksamkeit betrifft beispielsweise folgende Vereinbarungen:

- ▶ arbeitsvertragliche Vergütungsabreden, mit denen der gesetzliche Mindestlohn unterschritten wird, z. B.

- Vereinbarung eines geringeren Stundenlohns als EUR 8,50,
- Vereinbarungen, wonach Überstunden mit der Grundvergütung abgegolten sind, wenn dadurch der gesetzliche Mindestlohn unterschritten wird,
- Vereinbarungen, dass nur ein bestimmter Teil der Arbeitszeit vergütet wird.

Praxishinweis:

Vergütungsabreden, die den Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50 brutto je Stunde unterschreiten, sind nur **insoweit** unwirksam. Das heißt, nach unserer Einschätzung ist jeweils der gesetzliche Mindestlohn der arbeitsvertraglichen Regelung gegenüberzustellen und zu prüfen, ob tatsächlich eine Unterschreitung des Mindestlohns vorliegt. Wenn also bspw. für verschiedene Tätigkeiten Stundenvergütungen in unterschiedlicher Höhe gezahlt werden (für Bürotätigkeiten bspw. EUR 8,00 je Stunde und für Außendiensttätigkeiten EUR 9,00 je Stunde), dann ist die vertragliche Vergütungsregelung nur insoweit unwirksam, als in dem jeweiligen Kalendermonat auf Grundlage der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit der gesetzliche Mindestlohnanspruch nicht erreicht wird. In nachfolgenden Kalendermonaten, in denen die arbeitsvertragliche Regelung zu einer höheren Vergütung als dem gesetzlichen Mindestlohnanspruch führt, kann sich also der Arbeitnehmer wieder auf die Regelung im Arbeitsvertrag berufen.

Beispiel:

In einem Kalendermonat arbeitet der Arbeitnehmer 50 Stunden in der Außentätigkeit und 100 Stunden im Bürodienst. Sein vertraglicher Vergütungsanspruch beläuft sich in dem Beispiel lediglich auf EUR 1.250,00 brutto. Hier hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns in Höhe von EUR 1.275,00 brutto (150 Stunden x EUR 8,50 = EUR 1.275,00). Leistet der Arbeitnehmer in einem anderen Monat 100 Stunden im Außendienst und nur 50 Stunden in Bürotätigkeit, so bleibt ihm der vertragliche Vergütungsanspruch in Höhe von EUR 1.300,00 brutto (also oberhalb des Mindestlohns) erhalten (EUR 8,00 x 50 Stunden + 100 Stunden x EUR 9,00 = EUR 1.300,00).

- ▶ Regelungen, mit denen die Fälligkeit des Mindestlohns über den letzten Bankarbeitstag des Folge-monats hinausgeschoben wird,
- ▶ Vereinbarungen von Verfall- oder Ausschlussfristen, die kürzer als die gesetzliche Verjährungsfrist sind,
- ▶ Vereinbarungen, wonach der Arbeitnehmer auf eine klageweise Geltendmachung seiner Ansprüche verzichtet.

Die Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn unterliegen auch nicht arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Verfallfristen⁵⁴. Sie verjähren in der normalen gesetzlichen Frist von drei Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt am Schluss des Kalenderjahres zu laufen, in dem die Ansprüche entstanden sind. Vereinbarungen, mit denen der gesetzliche Mindestlohnanspruch beschränkt wird oder in denen Arbeitnehmer auf die Erfüllung der gesetzlichen Mindestlohnansprüche verzichten, sind lediglich im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs zulässig.⁵⁵

⁵⁴ Erfurter Kommentar/Franzen, § 3 MiLoG Rn. 2.

⁵⁵ Teils wird angenommen, dass nur ein vom Gericht vorgeschlagener Vergleich Verzichtswirkung entfalten kann (also ein von den Parteien zur gerichtlichen Protokollierung eingereichter Vergleich keinen Verzicht auf Mindestlohn regeln darf), vgl. z. B. Hilgenstock, Mindestlohngesetz, S. 53 f. Diese Auffassung ist im Gesetzeswortlaut nicht angedeutet und deshalb nach hiesiger Auffassung unzutreffend. Gleichwohl wird es sich – bis zur gerichtlichen Klärung solcher Fragen – empfehlen, einen entsprechenden Vergleichsvorschlag des Gerichts herbeizuführen.

V. DOKUMENTATIONSPFLICHTEN

§ 17 MiLoG regelt die Verpflichtungen des Arbeitgebers, bestimmte Dokumentationen zur Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs zu erstellen und

der zuständigen Zollverwaltung als Kontrollbehörde zur Einsicht bereitzuhalten.

1. ERSTELLUNG VON UNTERLAGEN

a) Grundsätze

Eine gesetzliche Verpflichtung, die Arbeitszeiten zu dokumentieren, besteht zunächst für sogenannte Mini-

jobber im Sinne des § 8 Abs. 1 SGB IV. Davon sind Arbeitnehmer betroffen, deren Arbeitsentgelt im Monat EUR 450,00 nicht übersteigt oder die lediglich kurzfristig beschäftigt werden.

Praxishinweis:

Die Dokumentationspflicht knüpft nur an das Vorliegen einer geringfügigen Beschäftigung an. Auch wenn der Stundenlohn des geringfügig Beschäftigten über EUR 8,50 brutto je Stunde (bspw. bei EUR 10,00 brutto je Stunde) liegt, gilt also die Dokumentationspflicht.

Die Dokumentationspflicht trifft **nicht** geringfügig Beschäftigte in Privathaushalten gemäß § 8 a SGB IV. Für diese Arbeitnehmer besteht also **keine** gesetzliche Verpflichtung, die Arbeitszeiten zu erfassen.

Darüber hinaus besteht die Dokumentationspflicht für Arbeitnehmer in den folgenden Branchen:

- ▶ Baugewerbe,
- ▶ Gaststätten und Beherbergungsgewerbe,
- ▶ Personenbeförderungsgewerbe,
- ▶ Speditions-, Transport- und damit verbundenes Logistikgewerbe,
- ▶ Schaustellergewerbe,
- ▶ Forstwirtschaft,
- ▶ Gebäudereinigungsgewerbe,
- ▶ Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen,
- ▶ Fleischwirtschaft.

Arbeitgeber, die Arbeitnehmer in vorstehend aufgeführten Branchen beschäftigen, haben Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit spätestens bis zum Ablauf des 7. auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre (gerechnet ab Aufzeichnung) aufzubewahren. Eine entsprechende Verpflichtung trifft den Entleiher, der Leiharbeitnehmer in einer der aufgeführten Branchen einsetzt.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Dokumentationspflicht (anders, als in der betrieblichen Praxis vermutet werden könnte) nicht auf den jeweilig gewerblichen Arbeitnehmer beschränkt. Es empfiehlt sich deshalb (zumindest bis zur gerichtlichen Klärung der Frage) für sämtliche Arbeitnehmer in vorgenannten Branchen (also auch z. B. Arbeitnehmer in Verwaltungsbereichen) die Arbeitszeiten zu dokumentieren.

Praxishinweis:

1. Nach unserer Einschätzung ist es zulässig, dass der Arbeitgeber die ihm obliegenden Dokumentationspflichten auf die betroffenen Arbeitnehmer delegiert. Eine solche Delegation der Aufzeichnungspflichten war bislang im Rahmen des § 16 Abs. 2 ArbZG ohne weiteres anerkannt. Nach unserer Einschätzung ist kein Grund ersichtlich, hiervon im Rahmen des MiLoG abzuweichen.
2. Nach Mitteilung einer zuständigen Behörde der Zollverwaltung werden auch bei den anstehenden Kontrollen keine weitergehenden Arbeitszeitdokumentationen, wie z. B. im Hinblick auf Urlaubstage oder Zeiten der Arbeitsunfähigkeit gefordert. Die von einigen Dienstleistern zur Verfügung gestellten Arbeitszeiterfassungsbelege, die auch solche Angaben beinhalten, sind also zu weitgehend und damit datenschutzrechtlich problematisch.
3. Nicht ausreichend für die Erfüllung der Dokumentationspflichten sind dagegen etwaig im Arbeitsvertrag angegebene „Soll“-Arbeitszeiten. Gerade bei geringfügig Beschäftigten werden nach der bisherigen Praxis häufig die Arbeitszeiten sehr konkret für die einzelnen Wochentage vorgegeben. Zu dokumentieren sind aber nicht diese „Soll“-Arbeitszeiten, sondern vielmehr die vom Arbeitnehmer tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten. (Ebenso wenig genügt als Dokumentation z. B. der Verweis auf Öffnungszeiten, Küchenarbeitszeiten etc. In all diesen Fällen handelt es sich um Planungen/„Soll“, nicht um Dokumentation/„Ist“.)
4. Obwohl der Gesetzgeber lediglich eine Aufbewahrungsfrist von zwei Jahren (beginnend ab Aufzeichnung) vorgibt, empfiehlt es sich für den Arbeitgeber, die Arbeitszeitdokumentationen jedenfalls bis zum Ablauf der Verjährungsfrist für die Mindestlohnansprüche aufzubewahren. Die Mindestlohnansprüche verjähren nach Ablauf von drei Jahren (beginnend mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Ansprüche entstanden sind). Für diesen Zeitraum sollte der Arbeitgeber die Arbeitszeitdokumentationen auch aufbewahren, damit er etwaigen Mindestlohnansprüchen seiner Arbeitnehmer entgegentreten kann.
5. Arbeitsverhältnisse in der sogenannten Gleitzone sind nicht als geringfügige Beschäftigungsverhältnisse anzusehen und unterfallen daher nur der Dokumentationspflicht, wenn sie in den o. g. Branchen eingesetzt werden.

b) Einschränkungen der Dokumentationspflicht

Die dem Arbeitgeber gemäß § 17 Abs. 1 MiLoG treffende Dokumentationspflicht wurde durch zwei Rechtsverordnungen eingeschränkt.

Zum einen ist am 01.01.2015 die sogenannte **Mindestlohndokumentationspflichtenverordnung** in Kraft getreten. Danach gilt die Pflicht zum Erstellen und Bereithalten (dazu sogleich) der Arbeitszeitdokumentation nicht für Arbeitnehmer, die mehr als EUR 2.958,00 brutto monatlich verdienen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass es sich bei der genannten Vergütung um ein verstetigtes Einkommen handelt (es darf also nicht auf einmaligen Effekten, wie Sonderzahlungen, beruhen). Zu berücksichtigen sind aber alle **regelmäßigen** monatlichen Zahlungen des Arbeitgebers. Zudem muss der

Arbeitgeber die Verpflichtungen gemäß § 16 Abs. 2 ArbZG (Dokumentation der über acht Stunden hinausgehenden sowie an Sonn- und Feiertagen geleisteten Arbeitszeit, dazu sogleich unter c) erfüllen.

Zum anderen wurde die Dokumentationspflicht durch die sogenannte **Mindestlohnaufzeichnungsverordnung** eingeschränkt. Danach ist für Arbeitnehmer lediglich die Dauer der täglichen Arbeitszeit (und nicht auch Beginn und Ende) aufzuzeichnen, wenn

- ▶ die Arbeitnehmer **ausschließlich** mit mobilen Tätigkeiten beschäftigt werden,
- ▶ die Arbeitnehmer **keinen** Vorgaben zur konkreten täglichen Arbeitszeit (Beginn und Ende) unterliegen und
- ▶ die Arbeitnehmer sich ihre tägliche Arbeitszeit **eigenverantwortlich** einteilen können.

Eine ausschließlich mobile Tätigkeit soll insbesondere bei der Zustellung von Briefen, Paketen und Druckerzeugnissen, der Abfallsammlung, der Straßenreinigung, dem Winterdienst, dem Gütertransport und der Personenbeförderung vorliegen. Die vorgenannte, aus der Rechtsverordnung übernommene Aufzählung ist nicht abschließend.

c) Dokumentationspflicht gemäß § 16 Abs. 2 ArbZG

Alle Arbeitgeber sind gem. § 16 Abs. 2 ArbZG verpflichtet, die **über die werktägliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit** der Arbeitnehmer zu dokumentieren.

Dies betrifft alle Arbeitszeiten, die **über die werktägliche Arbeitszeit** von acht Stunden hinausgehen. Auch bei Teilzeitbeschäftigten, die regelmäßig weniger als acht Stunden je Arbeitstag arbeiten, setzt die Dokumentationspflicht also erst dann ein, wenn die Grenze von acht Stunden überschritten wird. Der Samstag gilt im Arbeitszeitrecht als Werktag. Auch am Samstag geleistete Arbeitszeiten sind also nur zu erfassen, wenn sie über acht Stunden hinausgehen. An Sonn- und Feier-

tagen ist jede Arbeitszeit („ab der ersten Minute“) zu dokumentieren, weil sie außerhalb der Werktage liegt.

Die isolierte Erfüllung der gesetzlich geregelten Dokumentationspflicht ist allerdings in der Praxis wenig sinnvoll. Werden nur die Überschreitungen der regelmäßigen Arbeitszeit von acht Stunden dokumentiert, so kann der Arbeitgeber nicht nachweisen, dass diese Überstunden ggf. zu einem späteren Zeitpunkt in Freizeit ausgeglichen bzw. vergütet worden sind. Es sollte daher in der Dokumentation jedenfalls auch vermerkt werden, wann etwaige Überschreitungen der werktäglichen Arbeitszeit wieder ausgeglichen bzw. vergütet wurden.

Für die aus dem Arbeitszeitgesetz folgende Pflicht zur Dokumentation der Arbeitszeiten ist weitgehend anerkannt, dass die Dokumentationspflicht nicht durch den Arbeitgeber selbst erfüllt werden muss. Er kann diese Verpflichtung vielmehr im Wege seines Weisungsrechts auf die einzelnen Arbeitnehmer übertragen. Auch dann bleibt er allerdings verpflichtet, sich durch regelmäßige Stichproben von der Erfüllung der Verpflichtung zu überzeugen.⁵⁶

2. BEREITHALTEN VON UNTERLAGEN

Arbeitgeber, die Arbeitnehmer in den eingangs genannten Branchen beschäftigen oder geringfügig Beschäftigte einsetzen, haben die für die Kontrolle der Einhaltung des MiLoG erforderlichen Unterlagen bereitzuhalten. Zu den bereitzuhaltenden Unterlagen zählen zunächst die Dokumentationen über Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit. Weiter sind die Arbeitsverträge einschließlich etwaige Änderungen oder Ergänzungen, die Lohnabrechnungen sowie die entsprechenden Buchungsbelege bereitzuhalten.

Für die konkrete Ausgestaltung der zu erstellenden und bereitzuhaltenden Dokumentation bestehen keine

gesetzlichen Vorgaben. Entscheidend ist, dass sich die genannten Kriterien aus den vorgehaltenen Dokumenten nachvollziehen lassen. Aus datenschutzrechtlichen Gründen (§ 32 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1 BDSG) sollte es vermieden werden, neben den zur Dokumentation der Einhaltung des Mindestlohns erforderlichen Angaben auf den Nachweisen weitere Angaben, wie beispielsweise interne Kalkulationen, gefahrene Kilometer, Zuschläge etc. zu vermerken (und Dritten zu übermitteln).

⁵⁶ Beck OK ArbZG, § 16 Rn. 5 m. w. N.

3. VERZICHT AUF DOKUMENTATION AUSSERHALB DER GESETZLICH ZWINGEND GEREGLTEN FÄLLE/WHISTLEBLOWING

Man könnte erwägen, auf die Dokumentation von Arbeitszeiten jenseits der zwingend gesetzlich geregelten Fälle zu verzichten. Bedacht werden sollte aber, dass – insbesondere, wenn Arbeitnehmer (z. B. bei strittiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses) Forderungen erheben und gegenüber den Behörden Verletzungen des Mindestlohngesetzes behaupten – der Arbeitgeber in „Beweisnot“ geraten könnte. Je nachdem, wie belastbar, glaubwürdig und glaubhaft die Angaben eines Arbeitnehmers sind, werden die Zollbehörden ein Ermittlungsverfahren einleiten. Es wäre dann Sache des Arbeitgebers, die vom Arbeitnehmer behaupteten Verstöße gegen das Mindestlohngesetz auszuräumen. In Abhängigkeit von dem im Betrieb praktizierten Arbeitszeitmodell muss dabei die Arbeitszeitdokumentation unterschiedlich umfangreich sein:

- ▶ Gilt in einem Betrieb ein starres Arbeitszeitregime, wonach in der Regel die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit eingehalten wird und nur in Ausnahmefällen Überstunden anfallen, so genügt die isolierte Erfassung der Überstunden und der Vermerk, wann die Überstunden entweder in Freizeit ausgeglichen worden sind oder vergütet wurden.
- ▶ Bei flexiblen Arbeitszeitmodellen, die monatsübergreifend Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zulassen, sollten für die potentiell vom Mindestlohn betroffenen Arbeitnehmer die Arbeitszeiten (Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit) dokumentiert werden.

VI. AUSSCHLUSS VON DER VERGABE ÖFFENTLICHER AUFTRÄGE

Auch bisher schon war in § 21 AEntG geregelt, dass ein Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden konnte, wenn gegen ihn aufgrund eines Verstoßes gegen das AEntG ein Bußgeld verhängt worden war.

Eine entsprechende Regelung wurde nunmehr auch in § 19 MiLoG eingefügt.

Danach kann ein Arbeitgeber von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden, wenn gegen ihn aufgrund eines Verstoßes gegen das MiLoG eine Geldbuße von mindestens EUR 2.500 verhängt worden ist.

Öffentliche Auftraggeber können dabei entweder eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister beantragen oder eine Erklärung des Arbeitgebers einfordern, wonach gegen ihn keine Bußgelder aufgrund eines Verstoßes gegen das MiLoG verhängt werden. Zulässig ist im Rahmen dieser Auskunft Bußgelder bis EUR 2.500 zu verschweigen, da diese nach dem Willen des Gesetzgebers nicht herangezogen werden dürfen, um Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers/Bewerbers zu ziehen. Übersteigt das Auftragsvolumen EUR 30.000, so ist zwingend eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister vorgesehen. Abgefragt und beauskunftet werden, dürfen jeweils nur Bußgelder ab EUR 2.500.

Praxishinweis:

An das Gewerbezentralregister werden allerdings auch Bußgelder unterhalb der Schwelle von EUR 2.500 (nämlich über EUR 200, § 18 Abs. 3 MiLoG) gemeldet. Es muss also davon ausgegangen werden, dass solche Bußgelder, vor allem dann, wenn sie wiederholt verhängt werden, beispielsweise bei der Beurteilung der gewerblichen Zuverlässigkeit herangezogen werden.

Wurde ein entsprechendes Bußgeld gegen den Arbeitgeber verhängt, so soll der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgen. Eine abweichende Entscheidung des Auftraggebers (Zulassung des Arbeitgebers, gegen den ein Bußgeld verhängt worden ist)

ist nur dann möglich, wenn hierfür gewichtige, vom Regelfall abweichende Anhaltspunkte bestehen oder „eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung“ der Zuverlässigkeit verstrichen ist (§ 19 Abs. 1 MiLoG).

VII. HAFTUNG

1. HAFTUNG DES AUFTRAGGEBERS

a) Zivilrechtliche Haftung

Gemäß § 13 MiLoG findet die Regelung des § 14 AEntG zur Haftung des Auftraggebers für Verstöße des Auftragnehmers gegen die Verpflichtungen zur Zahlung des Mindestlohns entsprechende Anwendung. § 14 AEntG ordnet eine zivilrechtliche Haftung des Auftraggebers für den Fall an, dass der von ihm beauftragte Auftragnehmer Arbeitnehmer unter Verstoß gegen den Mindestlohn beschäftigt. Konkret erstreckt sich die nunmehr in das MiLoG übernommene Haftung des Auftraggebers auf den Nettobetrag aus der Bruttomindestlohnvergütung. Zahlt also ein Auftragnehmer an seine Arbeitnehmer nicht den gesetzlichen Mindestlohn, so können die Arbeitnehmer **direkt** den Auftraggeber auf Zahlung des Nettoentgelts in Anspruch nehmen. Da der Auftraggeber wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorklage verzichtet hat, haftet, sind die Arbeitnehmer

auch **nicht** verpflichtet, ihre Ansprüche zunächst gegen ihren Arbeitgeber (Auftragnehmer) durchzusetzen.

Die Haftung des Auftraggebers erstreckt sich nicht nur auf seinen unmittelbaren Vertragspartner, sondern auch auf weitere Subunternehmer, die von dem Auftragnehmer mit der Erbringung der Leistungen beauftragt worden sind („Sub-Sub“). Auch wenn der Auftragnehmer seinerseits einen Verleiher beauftragt und dieser „Verleiharbeitgeber“ seinen Arbeitnehmern nicht den gesetzlichen Mindestlohn zahlt, kann der Auftraggeber für die Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohns in Anspruch genommen werden.

Die Haftung gilt nur für solche Aufträge, bei denen der Auftraggeber Leistungen im eigenen Tätigkeitsfeld „durchreicht“, also Auftragnehmer einschaltet, um eigenen Umsatz und Gewinn zu erzielen.

Beispiel:

Ein Heizungsinstallateur lässt seine Lohnbuchhaltung extern erledigen und schaltet zur Bewältigung eines größeren Auftrags ein befreundetes Installationsunternehmen als Subauftragnehmer ein. Der Heizungsinstallateur haftet für die Mindestlohnzahlungen des befreundeten (unterbeauftragten) Unternehmers, nicht aber für die Mindestlohnzahlungen des Buchhaltungsbüros.

Bei der Haftung gemäß § 13 MiLoG i. V. m. § 14 AEntG handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung. Das heißt, für die Haftung des Auftraggebers ist nicht entscheidend, ob er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Maßgeblich ist einzig, ob dem Auftragnehmer (oder den weiteren Auftragnehmern) ein Verstoß gegen das MiLoG zur Last gelegt werden kann.

Ein Auftraggeber kann sich gegen solche Inanspruchnahmen nur unzureichend absichern. Häufig wird empfohlen, Einbehalte von der vereinbarten Vergütung vorzunehmen oder Bürgschaften stellen zu lassen. Allerdings muss dem Auftraggeber bewusst sein, dass er auch mit solchen Mitteln das „Mindestlohnrisiko“ nicht vollständig absichern kann. Bei Erteilung des Auftrags ist in vielen Fällen noch gar nicht absehbar, wieviel Arbeitszeit tatsächlich für einen bestimmten Auftrag vom Auftragnehmer aufgewendet werden muss. Das Mindestlohnrisiko kann daher nur in den seltensten Fällen bereits bei Vertragsschluss benannt werden.

Selbst wenn dies möglich ist, dürfte in vielen Fällen das gesamte „Mindestlohnrisiko“ ein solches Volumen annehmen, dass eine vollständige Absicherung bspw. durch Einbehalte von der vereinbarten Vergütung (bis zum Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist) für den Auftragnehmer nicht zu leisten ist.

Nach unserer Einschätzung sollte ein Auftraggeber jedenfalls in langfristige Verträge eine Regelung aufnehmen, wonach der Verstoß gegen das Mindestlohngesetz einen **Grund für die außerordentliche Kündigung des Vertrages** darstellt. Außerdem kann die Erfüllung der Mindestlohnpflichten noch durch eine **Vertragsstrafe** abgesichert werden, die ihrerseits durch Einbehalte von der Vergütung oder durch die Stellung von entsprechenden Bürgschaften abgesichert wird. Bei großvolumigen Aufträgen bleibt für den Auftraggeber auch die Möglichkeit, die gesamte Lohnabrechnung für die beteiligten Auftragnehmer selbst vorzunehmen und so selbst auf die Einhaltung des Mindestlohngesetzes zu achten.

Praxishinweis:

Einige Auftraggeber nehmen derzeit auf Angebots- oder Auftragsbestätigungsschreiben sowie auf Rechnungen eine Klausel auf, wonach der Auftragnehmer für die Einhaltung des Mindestlohngesetzes garantiert. Dem Auftraggeber als Verwender einer solchen Klausel muss klar sein, dass er damit seine Haftung zugunsten der „Sub-Arbeitnehmer“ nicht vermeiden kann. Bei der Haftung des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung, die auch durch solche Erklärungen (oder Garantien) des Auftragnehmers nicht beeinflusst wird.

b) Ordnungswidrigkeiten

Die Beauftragung eines Auftragnehmers mit Werk- oder Dienstleistungen in erheblichen Umfang kann für den Auftraggeber eine Ordnungswidrigkeit darstellen, wenn der Auftragnehmer den Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlt oder seinerseits Nachunternehmer einsetzt, die den Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlen. Ein Bußgeld wird – **anders als bei der zivilrechtlichen Haftung** – aber nur dann verhängt, wenn der Auftraggeber entweder fahrlässig oder gar vorsätzlich gehandelt hat. Für den Ausschluss **dieser Ordnungs-**

widrigkeitenhaftung sind Bestätigungen des Auftragnehmers, dass er sich an die Vorgaben des Mindestlohngesetzes hält, also durchaus sinnvoll. Möglich und bei entsprechenden Auftragsvolumina auch empfehlenswert sind für Auftraggeber weiterhin die Durchführung von regelmäßigen Stichproben, ob der Auftragnehmer auch tatsächlich den Mindestlohn rechtzeitig gewährt oder die (z. B. jährliche) Abforderung von Bescheinigungen aus dem Gewerbezentralregister, dass keine „einschlägigen“ Bußgelder gegen den Auftragnehmer verhängt worden sind.

2. HAFTUNG DES BERATERS

Zunächst ist auf die straf- (und ordnungswidrigkeiten-) rechtliche Haftung des (steuerlichen) Beraters einzugehen:

Wenn der Berater aktiv MiLoG-Verletzungen herbeiführt oder unterstützt, ergibt sich (bei sv-rechtlicher Relevanz) Strafbarkeit als Anstifter oder Gehilfe nach § 266 a StGB (Vorenthalten von Arbeitsentgelt) i. V. m. § 26 StGB (Anstiftung) bzw. § 27 StGB (Beihilfe). Außerdem droht für die Mitwirkung am MiLoG-Verstoß Bußgeld nach § 21 MiLoG i. V. m. § 14 OWiG.

Näher einzugehen ist insoweit auf die sogenannte „psychische Beihilfe“ und die Frage, inwieweit Unterlassungen (also Kenntnis und Duldung des Steuerberaters bei MiLoG-Verstößen des Mandanten) Haftung auslösen.

Als „psychische Beihilfe“ haftungsrelevant sind solche Handlungsweisen des Beraters, die dem Mindestlohnverpflichteten das Gefühl vermitteln, der Berater billige und unterstütze die MiLoG-Verletzung.

Beispiel:

Im Gespräch mit dem Steuerberater legt der Mandant (Arbeitgeber) dar, dass nach seiner Einschätzung der Mindestlohn für das Unternehmen finanziell nicht tragbar sei, er deshalb mit seinen Arbeitnehmern „unbezahlte Überstunden“ verabredet habe, die auch nicht dokumentiert würden. Der Steuerberater antwortet, auch nach seinen Berechnungen sei der Mindestlohn betriebswirtschaftlich für das Unternehmen „nicht durchzuhalten“, andere Unternehmer derselben Branche würden vergleichbar „reagieren“ und das Risiko einer Entdeckung durch den Zoll sei „wahrscheinlich gering“.

Passivität („Unterlassen“) führt zur straf- und bußgeldrechtlichen Verantwortung nur, wenn der Berater „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“ (§ 13 StGB, § 8 OWiG). Entscheidend ist also das Bestehen einer besonderen Einstandspflicht (sog. „Garantenstellung“). Insoweit (wie auch für die zivilrechtliche Haftung, dazu sogleich) ist vor allem entscheidend, welche Pflichten der steuerliche Berater vertraglich übernommen hat. Umfasst das Mandat z. B. die Erstellung und/oder Aufbewahrung von Mindestlohn-Dokumentationen, dann kommen straf- und bußgeldrechtliche Sanktionen gegen den Berater in Betracht, wenn er die Dokumentation vorsätzlich nicht oder falsch anfertigt bzw. nicht korrekt aufbewahrt.

Das Mandat allein zur Lohnbuchhaltung umfasst derartige zusätzliche Pflichten nicht. Solange der Steuerberater von Erweiterungen dieses Mandats absieht, sind die gesetzlichen Pflichten im Zusammenhang mit dem Mindestlohn – also vom Unternehmer (Arbeitgeber) selbst, nicht (auch) von dessen Steuerberater zu erfüllen. Der Steuerberater ist dann nicht Garant für die Erfüllung der MiLoG-Pflichten. Erhält er Kenntnis von MiLoG-Verstößen durch den Mandanten, ist zu unterscheiden:

- ▶ Bei bewussten Gesetzesverstößen des Mandanten besteht keine Hinweis- oder Aufklärungspflicht des Steuerberaters. (Wie oben zum Stichwort „psychische Beihilfe“ ausgeführt, sind andererseits natürlich bestärkende Äußerungen oder Handlungen des Beraters untersagt.)
- Bei versehentlichen Gesetzesverstößen des Mandanten wird man mit Blick auf das zugrundeliegende Mandatsverhältnis differenzieren müssen, ob diese Pflichten generell für alle Mandatsverhältnisse bestehen, unabhängig davon, ob es sich im konkreten Fall um Lohnmandate handelt oder nicht. In der Literatur wird insoweit die Auffassung vertreten, dass Verstöße gegen das Mindestlohngesetz, zumindest soweit es sich nicht um Lohnmandate handelt, in der Regel außerhalb des Mandats liegen und damit keine Hinweispflichten ausgelöst

werden.⁵⁷ Auch im Lohnmandat, bei dem die Frage des Arbeitsentgelts eine zentrale Rolle spielt, wird in der Literatur insoweit keine grundsätzliche Verpflichtung des Steuerberaters angenommen, stets Ermittlungen und Prüfungen darüber anzustellen, ob die vom Mandanten gegebenen Auskünfte richtig seien.⁵⁸ Vielmehr solle sich der Berater darauf verlassen dürfen, dass Angaben nicht manipuliert wurden, insbesondere wenn auch Plausibilitätskontrollen keine Verstöße ergeben hätten.⁵⁹ Anderenfalls müsse der Steuerberater den Mandanten auf Diskrepanzen hinweisen.⁶⁰ Er kann sich dabei auf einen allgemeinen Hinweis und die Empfehlung an den Mandanten beschränken, rechtliche Beratung einzuholen. Bei Nichtbehebung der Verstöße sprechen sich einige Stimmen dafür aus, das Mandat zu kündigen.⁶¹

Besonders darauf hinzuweisen ist, dass der Steuerberater sich an einer vom Arbeitgeber begangenen Straftat oder Ordnungswidrigkeit (Verstoß gegen das MiLoG) nicht beteiligen darf, gleichzeitig aber wegen der beruflichen Verschwiegenheitspflicht diese fremde Tat weder anzeigen muss, noch auch nur darf. Erlangt ein Steuerberater z. B. Kenntnis davon, dass die ihm vom Arbeitgeber zur Lohnabrechnung und Buchhaltung übergebenen Stundenzettel unvollständig sind, so hat er den Arbeitgeber auf den Gesetzesverstoß (tunlichst dokumentiert) hinzuweisen. Bei uneinsichtigem, weiter rechtswidrigem Verhalten des Arbeitgebers kann der Steuerberater sich für die Mandatsbeendigung entscheiden. Er darf jedoch angesichts seiner Schweigepflicht das rechtswidrige (und vielleicht strafbare) Verhalten des Arbeitgebers nicht bei der Zollbehörde anzeigen oder sonst gegenüber Dritten offenbaren (vgl. §§ 138, 139, 203 StGB).

Zivilrechtlich kommt eine Haftung des Beraters bei Beteiligung an MiLoG-Verstößen des Arbeitgebers in Betracht (§§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB).

Voraussetzung für eine Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB ist, dass dem Berater bspw. die Dokumentation der Arbeitszeiten übertragen wurde und der Berater der ihm obliegenden Pflicht vorsätzlich nicht oder nicht

⁵⁷ Binder, Wundertüte für alle? – Das neue Mindestlohngesetz, DATEV-Magazin 02/15, S. 24, 25.

⁵⁸ Steuerberaterkammer Rheinland-Pfalz, Kammerinfo 4/2014, S. 14.

⁵⁹ Steuerberaterkammer Rheinland-Pfalz, Kammerinfo 4/2014, S. 14.

⁶⁰ Steuerberaterkammer Rheinland-Pfalz, Kammerinfo 4/2014, S. 14, 15.

⁶¹ Steuerberaterkammer Rheinland-Pfalz, Kammerinfo 4/2014, S. 14, 15.

richtig nachkommt, bspw. indem er andere als die tatsächlichen Arbeitszeiten dokumentiert oder falsche Abrechnungen erstellt. Ein Schadenersatzanspruch des betroffenen Arbeitnehmers besteht allerdings nur dann, wenn der Verstoß des Beraters gegen die Dokumentationspflichten ursächlich für die fehlende oder nicht rechtzeitige Zahlung des Mindestlohns ist. Der Arbeitnehmer müsste also darlegen können, dass der Arbeitgeber jedenfalls den gesetzlichen Mindestlohn gezahlt hätte, wenn der Berater die Arbeitszeiten korrekt dokumentiert oder die Abrechnungen zutreffend erstellt hätte.

Für eine Haftung gemäß § 830 Abs. 2 BGB genügt bereits die Beteiligung an einer unerlaubten Handlung des Arbeitgebers. Als unerlaubte Handlung kommt ein Verstoß gegen die Pflicht zur rechtzeitigen und vollständigen Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns in Betracht, als Beteiligungshandlung des Beraters z. B. die psychische Unterstützung des Arbeitgebers. Ausreichend sind insofern Äußerungen des (steuerlichen) Beraters, die die Verstöße gegen das MiLoG verharmlosen und so vom Arbeitgeber als Billigung oder Bestärkung empfunden werden können.

VIII. KONTROLLEN DER ZOLLVERWALTUNG

Für die Prüfung der Einhaltung des MiLoG sind die Behörden der Zollverwaltung zuständig. Ihnen stehen im Wesentlichen die im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz eingeräumten Befugnisse zu.

Beschäftigte

- ▶ im Baugewerbe,
- ▶ im Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe,
- ▶ im Personenbeförderungsgewerbe,
- ▶ im Speditions-, Transport- und verbundenen Logistikgewerbe,
- ▶ im Schaustellergewerbe,

Außerdem haftet der Berater zivilrechtlich (nach den auch sonst für die steuerliche Beratung geltenden Grundsätzen) gegenüber dem Mandanten (Arbeitgeber) für die vollständige und rechtzeitige Auftrags Erfüllung. Insofern gelten im Bereich des MiLoG keine Besonderheiten gegenüber den allgemein geltenden Empfehlungen: Der Steuerberater sollte den Umfang des ihm erteilten Mandats klären und dokumentieren, erkennbar darüber hinausgehende Beratungserwartungen des Mandanten offen korrigieren und den Mandanten für Aufgaben, die der Steuerberater nicht übernehmen will oder kann, auf anderweitige (insbesondere Rechts-)Beratung verweisen. Unbedingt vermieden werden müssen z. B. Mandatsumschreibungen oder –erweiterungen des Inhalts „MiLoG-Analyse“ oder „MiLoG-Umsetzung“. Seinen Hinweispflichten genügt der Steuerberater, indem er den Mandanten mit dem Gesetzestext bekannt macht. Zweifelhafte Subsumtionsfragen (z. B., ob konkrete Tätigkeiten eines Arbeitnehmers beim Mandanten als Bereitschaft oder Rufbereitschaft einzuordnen und mindestlohnpflichtig sind) muss und darf der Steuerberater nicht lösen. Dies obliegt dem Arbeitgeber, ggf. unter rechtlicher Beratung.

- ▶ bei Unternehmen der Forstwirtschaft,
- ▶ im Gebäudereinigungsgewerbe,
- ▶ bei Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen beteiligen,
- ▶ in der Fleischwirtschaft

sind daher zunächst verpflichtet, bei der Arbeitsleistung ihren Ausweis oder Pass mitzuführen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die bei ihm in diesen Branchen Beschäftigten auf die diesbezügliche Verpflichtung hinzuweisen und diesen Hinweis **schriftlich zu dokumentieren**. (Nachrichten per E-Mail oder Telefax genügen **nicht** der Schriftform.)

Praxishinweis:

Es empfiehlt sich, einen entsprechenden Hinweis textlich hervorgehoben (z. B. durch Unterstreichung oder Fettdruck) in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, der von beiden Vertragsparteien im Original unterzeichnet wird und in einem Originalexemplar beim Arbeitgeber verbleibt.

Die Behörden der Zollverwaltung sind befugt, die bei einer Kontrolle angetroffenen Arbeitnehmer zu ihrem Arbeitsverhältnis zu befragen und Einsicht in Unterlagen zu nehmen, die die Arbeitnehmer mit sich führen und aus denen sich Anhaltspunkte für die Einhaltung des MiLoG ergeben können.

Die Behörden der Zollverwaltung dürfen Geschäftsräume und Grundstücke des Arbeitgebers während der Geschäftszeit betreten und dort Einsicht in die

- ▶ Lohn- und Meldeunterlagen,
- ▶ Bücher und anderen Geschäftsunterlagen,
- ▶ Niederschriften gemäß § 2 NachwG sowie
- ▶ andere Geschäftsunterlagen, aus denen mittelbar oder unmittelbar auf die Einhaltung des Mindestlohns geschlossen werden kann,

nehmen.

Arbeitgeber haben die Prüfungen zu dulden und an ihnen mitzuwirken; sie sind allerdings befugt, Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, bei deren Beantwortung sie sich der Verfolgung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit aussetzen könnten.

Werden Informationen elektronisch gespeichert, so können die Behörden der Zollverwaltung verlangen, dass sie vom Arbeitgeber auf einen gesonderten Datenträger kopiert werden oder in ausgedruckter Form als Listen zur Verfügung gestellt werden.

Praxishinweis:

Sollten Mitarbeiter der Zollbehörde – z. B. nach entsprechender Instruktion durch den Arbeitgeber – das mit Lohnbuchhaltungsarbeiten betraute Steuerbüro aufsuchen und dort Auskünfte oder Unterlagen anfordern, ist zu beachten:

- ▶ Der Steuerberater ist angesichts der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht zunächst nicht befugt, den Zollbehörden Auskünfte zu erteilen.
- ▶ Erst bei einer vom Mandanten erklärten (zu Dokumentationszwecken sinnvoller Weise schriftlich gehaltenen) Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht dürfen der Zollbehörde Auskünfte erteilt werden.
- ▶ Dabei ist die Reichweite der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht genau zu beachten. Regelmäßig wird davon auszugehen sein, dass der Mandant/Arbeitgeber dem Steuerberater nur gestattet, die nach Mindestlohngesetz ihm (dem Arbeitgeber) auferlegte Mitwirkungspflicht zu erfüllen. Weitergehende Informationen (durch mündliche Auskunft oder Herausgabe von Unterlagen) sind nicht veranlasst, im Zweifel von der Verschwiegenheitsentbindung nicht umfasst und wären deshalb als Bruch des Mandatsgeheimnisses strafbar.

IX. ORDNUNGSWIDRIGKEITEN, STRAFTATEN

1. ORDNUNGSWIDRIGKEITEN

§ 21 MiLoG enthält einen ausführlichen Ordnungswidrigkeitenkatalog.

Danach handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig,

(1) eine Prüfung nicht duldet oder bei einer Prüfung nicht mitwirkt,

Die Verpflichtung trifft neben dem Arbeitgeber auch Arbeitnehmer, Auftraggeber, Entleiher und Dritte, die bei einer Prüfung angetroffen werden. Gemäß der Verweisung auf § 5 Abs. 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz haben die Verpflichteten auch für die Prüfung erhebliche Auskünfte zu erteilen. Soweit sie sich durch die Erteilung der Auskünfte allerdings der Gefahr einer Strafverfolgung oder einer Verfolgung wegen einer Ordnungswidrigkeit aussetzen, können sie die Aussage verweigern. In diesem Fall kann auch kein Bußgeld aufgrund der fehlenden Mitwirkung an der Prüfung verhängt werden.

(2) das Betreten des Grundstücks oder der Geschäftsräumlichkeiten aus Anlass einer Kontrolle durch die Behörden der Zollverwaltung nicht duldet,

(3) gespeicherte Daten nicht ausgesondert und den Behörden der Zollverwaltung auf deren Verlangen auf automatisiert verarbeitbaren Datenträgern oder in Listen übermittelt,

Diese Pflicht trifft nicht nur den Arbeitgeber, sondern auch Auftraggeber oder Entleiher.

(4) als Arbeitgeber mit Sitz im Ausland gegen seine Meldepflichtung verstößt,

Die Meldepflicht trifft auch einen **Entleiher**, dem ein Verleiher mit Sitz im Ausland einen Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen hat. In diesem Fall muss der **Entleiher** der Zollverwaltung vor Beginn jeder Werk- oder Dienstleistung eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache mit den persönlichen Daten des Arbeitnehmers, dem Beginn und der Dauer der Überlassung, dem Ort der Beschäftigung, dem Ort im Inland, an dem die Unter-

lagen zur Arbeitszeitdokumentation bereitgehalten werden und einen in Deutschland ansässigen Zustellbevollmächtigten des Verleihers sowie Namen oder Firma des Verleihers mitteilen. Die Meldepflicht gilt nicht für Arbeitnehmer, die ein verstetigtes regelmäßiges Monatsentgelt von mehr als EUR 2.958,00 brutto erzielen.⁶²

(5) als Arbeitgeber mit Sitz im Ausland oder als Entleiher eine Versicherung, dass die Verpflichtungen nach dem Mindestlohngesetz erfüllt werden, nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig der Anmeldung beifügt,

(6) eine nach dem MiLoG zu erstellende Dokumentation über die Arbeitszeiten nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstellt oder nicht mindestens zwei Jahre aufbewahrt,

(7) nach dem MiLoG bereitzuhaltende Unterlagen nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht in der vorgeschriebenen Weise bereithält,

(8) den Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlt.

Die unter (1) und (3) bis (7) genannten Verpflichtungen kann der Arbeitgeber nach unserer Einschätzung auch anderen Personen zur Erledigung und Erfüllung übertragen. Voraussetzung ist allerdings, dass eine **ausdrückliche** Beauftragung zur eigenverantwortlichen Erledigung erfolgt. Eine bestimmte Form ist für die Beauftragung nicht vorgeschrieben.⁶³ Es empfiehlt sich aber, zur Entlastung des verantwortlichen Arbeitgebers die Beauftragung schriftlich vorzunehmen. Zudem müssen die Personen, denen die entsprechenden Aufgaben übertragen werden, zuverlässig sein und über die notwendige Sachkunde verfügen, um die Aufgaben zu erledigen. Der Arbeitgeber muss sich nach erfolgter Aufgabenübertragung zumindest stichprobenartig von der Zuverlässigkeit der handelnden Personen überzeugen und die Erfüllung der übertragenen Verpflichtungen stichprobenartig kontrollieren. Erkennt der Arbeitgeber, dass der Beauftragte nicht in der Lage ist, die übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen, so muss dieser wieder entpflichtet werden.

⁶² Vgl. hierzu oben unter V. 2.

⁶³ Göhler, OWiG, 12. Aufl., § 9 Rn. 29.

Für die Arbeitszeitdokumentation können auch die Arbeitnehmer selbst eingeschaltet werden.

Ist die Übertragung der eigentlich den Arbeitgeber treffenden Verpflichtungen nach den vorstehenden Grundsätzen zulässig und kommt der Arbeitgeber seiner Überwachungspflicht nach, so haftet der Arbeitgeber nicht mehr für etwaige Pflichtenverstöße der von ihm eingeschalteten Mitarbeiter oder Berater. In Betracht

kommt allerdings dann eine Haftung der Mitarbeiter oder Berater selbst.

Zudem handelt ordnungswidrig, wer Werk- oder Dienstleistungen in erheblichen Umfang ausführen lässt, obwohl er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass der Auftragnehmer oder ein von diesem eingeschalteter Subunternehmer den gesetzlichen Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlt.

Praxishinweis:

Für die Frage, ob ein Auftraggeber in der zuletzt genannten Konstellation zumindest fahrlässig gehandelt hat, soll es nach Ansicht des Amtsgerichts München⁶⁴ entscheidend darauf ankommen, ob die vom Auftragnehmer vorgelegte Kalkulation eine Erfüllung der Mindestlohnverpflichtungen zumindest möglich erscheinen lässt. In dem vom Amtsgericht München entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob den in einem Hotel von einem Auftragnehmer eingesetzten „Zimmermädchen“ der Mindestlohn gezahlt wurde. Der Auftragnehmer (Reinigungsunternehmen) hatte im Rahmen der Auftragserteilung dem Auftraggeber (Hotelbetreiber) eine Kalkulation vorgelegt, aus der ersichtlich war, dass für die Reinigung eines Zimmers 30 Minuten benötigt würden. Vereinbart wurde schließlich ein Zimmerpreis von EUR 7,90. Damit wäre (rechnerisch) eine Stundenvergütung in Höhe von EUR 15,80 zu erzielen, mit der die Mindestlohnverpflichtungen auch hätten erfüllt werden können. Der Auftraggeber (Hotelbetreiber) wurde in dieser Konstellation von dem Vorwurf eines fahrlässigen Verstoßes gegen das AEntG freigesprochen. Nach Auffassung des AG München war dabei auch unerheblich, dass die Zimmermädchen zu Beginn ihrer Tätigkeit möglicherweise mehr Zeit als die kalkulierten 30 Minuten pro Zimmer für die Reinigung benötigten.

Verstöße gegen die Verpflichtung, den gesetzlichen Mindestlohn rechtzeitig zu zahlen, sind mit einem Bußgeld von bis zu EUR 500.000 bewehrt; die übrigen Bußgeldtatbestände mit einem Bußgeld von bis zu EUR 30.000.

Gemäß § 17 Abs. 2 OWiG gelten die genannten Höchstbeträge für das festzusetzende Bußgeld grundsätzlich nur für vorsätzliches Verhalten. Bei einer fahrlässigen Verletzung eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes kann daher ein Bußgeld grundsätzlich (zu den Ausnahmen sogleich) in Höhe von 50 % des ausgewiesenen Höchstbetrages (hier also bei EUR 250.000 bzw. EUR 15.000) verhängt werden.

Bei der Bemessung des Bußgeldes soll aber gemäß § 17 Abs. 4 OWiG zudem der wirtschaftliche Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, berücksichtigt werden. Die zu verhängende Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen. Wenn der Maximalbetrag des gesetzlich festgesetzten Bußgeldes hierfür nicht ausreicht, kann auch ein höheres Bußgeld fest-

gesetzt werden. § 17 Abs. 4 OWiG kann nach unserer Einschätzung insbesondere bei der Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns relevant werden. In diesen Fällen ist es für die Zollverwaltung häufig ohne großen Aufwand ohne weiteres möglich, den wirtschaftlichen Vorteil, den der Arbeitgeber aus der Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns erzielt hat, zu ermitteln. Dieser Betrag kann daher bei der Bemessung des Bußgeldes berücksichtigt werden, auch um den – politisch gewollten – Abschreckungseffekt für die Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns zu erzielen.

Wenn die bußgeldbewehrten Verpflichtungen auf einen Mitarbeiter oder sonstigen Dritten übertragen worden sind, hat der Täter (Mitarbeiter oder Dritter) in der Regel keinen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, so dass dieser auch bei der Bemessung des Bußgeldes nicht berücksichtigt werden kann. Allerdings eröffnet § 29 a Abs. 2 OWiG die Möglichkeit, auch in diesen Konstellationen den beim Arbeitgeber eingetretenen wirtschaftlichen Vorteil abzuschöpfen, indem der Ver-

⁶⁴ AG München, Urteil vom 30.12.2010, 11 12 OWi 298 Js 35029/10.

fall eines Geldbetrages angeordnet wird. Die Höhe des zum Verfall gestellten Geldbetrages kann dabei dem Wert des wirtschaftlichen Vorteils entsprechen, so dass die Zahlungsverpflichtung den eigentlich wirtschaftlich Begünstigten, hier den Arbeitgeber, trifft.

Die Verfolgung der genannten Ordnungswidrigkeiten verjährt nach Ablauf von drei Jahren gemäß § 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG. Für die Parallelregelung des AEntG ist anerkannt, dass die Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginnt, wenn die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung des Mindestlohns weggefallen ist. Die Zahlungsverpflichtung endet aber erst dann, wenn der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers verjährt und daher nicht mehr durchsetzbar ist.⁶⁵ Für den Fall der nicht oder nicht rechtzeitigen Zahlung des Mindestlohns beginnt die Verjährung des Ordnungswidrigkeitstatbestandes daher erst dann zu laufen, wenn der Mindestlohnanspruch seinerseits

verjährt ist. Die Verjährung des Mindestlohnanspruchs tritt nach Ablauf von drei Jahren, beginnend am Schluss des Kalenderjahres, in dem der Anspruch entstanden ist, ein.

Für die Beteiligung des (steuerlichen) Beraters an einer der vorgenannten Ordnungswidrigkeiten reicht es aus, wenn der Berater von den Verstößen des Mandanten (Arbeitgeber) weiß und einen eigenen Tatbeitrag leistet.⁶⁶ Als eigener Tatbeitrag genügt dabei die (psychische) Unterstützung des Arbeitgebers bei dessen Verstößen gegen das MiLoG.⁶⁷

Das festgesetzte Bußgeld ist von der Restschuldbefreiung im Rahmen eines sogenannten Privatinsolvenzverfahrens desjenigen, gegen den das Bußgeld verhängt wurde, ausgenommen. Es kann daher auch nach Ablauf der Wohlverhaltensphase noch vollstreckt werden.

2. STRAFTAT GEMÄSS § 266 a StGB

Wird der gesetzliche Mindestlohn unterschritten, so kann dies gemäß § 266 a StGB strafbar sein. In § 266 a StGB wird das Vorenthalten oder Veruntreuen von Arbeitnehmeranteilen zu Sozialversicherungsbeiträgen unter Strafe gestellt. Für die Frage, in welcher Höhe Sozialversicherungsbeiträge geschuldet werden, ist allein das Sozialversicherungsrecht maßgeblich. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmen sich die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge aber nicht nach der Höhe des **tatsächlich gezahlten** Arbeitsentgelts, wenn dieses unterhalb eines **verbindlichen (gesetzlichen)** Mindestlohns liegt. Dann seien die Sozialversicherungsbeiträge auf **Grundlage des Mindestlohns geschuldet**.⁶⁸ Wird nun der gesetzliche Mindestlohn unterschritten, so werden auch die Sozialversicherungsbeiträge nur in entsprechender (geringerer) Höhe an die Einzugsstellen/Krankenkassen abgeführt. Geschuldet aber sind die Sozialversicherungsbeiträge zumindest auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns. Der Arbeitgeber würde sich daher gemäß § 266 a StGB strafbar machen, sofern nicht (ausnahmsweise) die Mindestlohnverkürzung sozialversicherungsfreie Beträge betrifft.

Gleiches gilt für den Fall, dass der gesetzliche Mindestlohn nicht rechtzeitig (bis zum Ende des auf die Arbeitsleistung folgenden Monats) gezahlt wird.

Im Rahmen des § 266 a StGB kommt eine „eigene“ Strafbarkeit des (steuerlichen) Beraters als Anstiftung oder Beihilfe zum Vorenthalten oder Veruntreuen von Arbeitsentgelt in Betracht.

Für eine Anstiftung ist erforderlich, dass der Berater bei dem Täter (Arbeitgeber) den Tatentschluss für die vorsätzliche Verwirklichung des Tatbestandes des § 266 a StGB hervorruft. Diese Voraussetzungen werden regelmäßig nicht erfüllt sein. Für eine (psychische) Beihilfe genügt es hingegen, wenn der Berater den Tatentschluss des Arbeitgebers bestärkt. Hierzu kann es nach der Rechtsprechung bereits ausreichen, wenn der Gehilfe (Berater) den bereits tatentschlossenen Arbeitgeber in Sicherheit wiegt oder ihn in seinem Vorhaben bestärkt („(..) *das machen wirklich alle so.*“).

⁶⁵ OLG Saarbrücken, Beschluss vom 23.07.2010, Ss (B) 50/10, 82/10; OLG Jena, Beschluss vom 02.02.2006, 1 Ss 97/05.

⁶⁶ vgl. Göhler, OWiG, 16. Aufl., 2012, § 14 Rn. 5.

⁶⁷ vgl. Göhler, OWiG, 16. Aufl., 2012, § 14 Rn. 6.

⁶⁸ BGH, Beschluss vom 12.09.2012, 5 StR 363/12.

X. ÜBERGANGSREGELUNGEN

§ 24 MiLoG sieht befristete Übergangsregelungen für bundesweit geltende Rechtsverordnungen auf Grundlage des AEntG sowie für Zeitungszusteller vor.

1. RECHTSVERORDNUNGEN AUF GRUNDLAGE DES AEntG

a) Grundsatz

Bis zum 31.12.2017 sind Abweichungen vom gesetzlichen Mindestlohn aufgrund eines Tarifvertrages zulässig. Allerdings muss es sich bei dem Tarifvertrag um einen von repräsentativen Tarifvertragsparteien abgeschlossenen handeln. Zudem müssen Arbeitgeber unabhängig von ihrem Sitz im In- oder Ausland unter den Anwendungsbereich des Tarifvertrages fallen, wenn sie Arbeitnehmer im Inland einsetzen. Eine solche zwingende Wirkung eines Tarifvertrages auf den Arbeitgeber mit Sitz im Ausland wird nur durch tarifliche Regelungen, [welche in eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7 und 7 a AEntG übernommen worden sind](#), erreicht.

b) Einzelfälle

Rechtsverordnungen, die Vergütungen unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns vorsehen, bestehen derzeit noch in folgenden Branchen:

- ▶ Arbeitnehmerüberlassung (Tarifgebiet Ost einschließlich Berlin):
Mindestlohn EUR 7,86 vom 01.01.2015 bis 31.03.2015 und Mindestlohn EUR 8,20 vom 01.04.2015 bis 31.05.2016
- ▶ Fleischwirtschaft: Mindestlohn EUR 8,00 vom 01.01.2015 bis 30.09.2015
- ▶ Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft (Tarifgebiet Ost einschließlich Berlin): Mindestlohn EUR 8,00 vom 01.01.2015 bis 30.06.2016
- ▶ Textil- und Bekleidungsindustrie (Tarifgebiet Ost einschließlich Berlin-Ost):
Mindestlohn EUR 7,50 vom 01.01.2015 bis 31.12.2015 und Mindestlohn EUR 8,25 vom 01.01.2016 bis 31.10.2016

- ▶ Land- und Forstwirtschaft sowie Gartenbau (Tarifgebiet West):
Mindestlohn EUR 7,40 vom 01.01.2015 bis 31.12.2015 und Mindestlohn EUR 8,00 vom 01.01.2016 bis 31.12.2016 sowie Tarifgebiet Ost einschließlich Berlin: Mindestlohn EUR 7,20 vom 01.01.2015 bis 31.12.2015 und Mindestlohn EUR 7,90 ab 01.01.2016
- ▶ Friseurhandwerk (Tarifgebiet West): Mindestlohn EUR 8,00 vom 01.01.2015 bis 31.07.2015 und Tarifgebiet Ost einschließlich Berlin: Mindestlohn EUR 7,50 vom 01.01.2015 bis 31.07.2015

c) Allgemeinverbindlicherklärung?

Die bloße Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gemäß § 5 TVG genügt **nicht**, um eine Abweichung vom gesetzlichen Mindestlohn im Sinne des § 24 Abs. 1 MiLoG zu begründen.⁶⁹ Die Allgemeinverbindlicherklärung betrifft lediglich Arbeitsverhältnisse, auf die deutsches Arbeitsrecht anzuwenden ist. Werden also Arbeitnehmer von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland vorübergehend zur Arbeitsleistung nach Deutschland entsandt, gelten die nur allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge für diese Arbeitsverhältnisse nicht zwingend. Genau diese zwingende Geltung auch für Arbeitsverhältnisse von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland bei von ihnen beschäftigten und in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmern ist aber Voraussetzung für die Anwendung der Ausnahmeregelung in § 24 Abs. 1 MiLoG.

⁶⁹ Gleiches gilt für sonstige Tarifverträge.

2. ZEITUNGZUSTELLER

Eine weitere Ausnahme ist für **Zeitungszusteller** in § 24 Abs. 2 MiLoG geregelt.⁷⁰ Für Zeitungszusteller beträgt der gesetzliche Mindestlohn im Zeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2015 75 % des gesetzlichen Mindestlohnes und ab dem 01.01.2016 bis zum 31.12.2016 85 % des Mindestlohnes, mithin EUR 6,38 bzw. EUR 7,23. Ab 01.01.2017 gilt dann der bisherige gesetzliche Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50. Der Begriff des „Zeitungszustellers“ ist in § 24 Abs. 2 MiLoG definiert. Danach sind Zeitungszusteller

Personen, die **ausschließlich** periodisch erscheinende Zeitungen und Zeitschriften zustellen. Den genannten Presseerzeugnissen sind Anzeigenblätter mit redaktionellem Inhalt gleichgestellt. Entscheidend ist aber, dass die Zusteller nur die aufgeführten Presseerzeugnisse zustellen dürfen, um von der Sonderregelung zu profitieren. Tragen die Zusteller also auch Prospekte etc. aus, so fallen sie nicht in den Anwendungsbereich der Übergangsregelung.

Praxishinweis:

Sind die Prospekte dagegen Bestandteil der Tagespresse (Beilage), kann an die Zeitungszusteller der abgesenkte Mindestlohn gemäß § 24 Abs. 2 MiLoG gezahlt werden.

XI. GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN

Ziel des MiLoG ist es, möglichst jedem Arbeitnehmer den gesetzlich vorgesehenen Mindestlohn in Höhe von EUR 8,50 brutto zukommen zu lassen. Aus diesem Grund wurde ein umfassender Regelungsansatz gewählt. Im Gesetz selbst sind nur wenige Ausnahmeregelungen vorgesehen, auf die oben bereits eingegangen wurde. § 3 MiLoG enthält zudem ein umfassendes Umgehungsverbot. Einige der nach dem

Gesetzeswortlaut offenen Fragen werden zudem erst ihre Beantwortung durch die Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit und (für den OWi-Bereich) Strafgerichtsbarkeit finden. Vor diesem Hintergrund sollte bei etwaigen Gestaltungsoptionen unbedingt das Risiko eines (bußgeldbewehrten) Verstoßes gegen die Mindestlohnvorschriften gegen etwaige Vorteile aus der Gestaltung abgewogen werden.

1. SELBSTÄNDIGE (FREIE MITARBEITER)/WERKVERTRAGSNEHMER

Wie eingangs bereits dargestellt, gilt der gesetzliche Mindestlohn ausschließlich für Arbeitnehmer. Auf Selbstständige oder Werkvertragsnehmer ist der gesetzliche Mindestlohn daher nicht anzuwenden.

a) Selbstständige Tätigkeit

Es ist nur derjenige selbstständig, der im Wesentlichen frei über seine Arbeitszeit und die Inhalte seiner Arbeitsleistung bestimmen kann. Ein Selbstständiger steht nicht in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zu dem Auftraggeber. Er ist auch nicht in die

betriebliche Organisation eingegliedert. In der Praxis ist großes Augenmerk darauf zu legen, dass bei einer selbstständigen Tätigkeit die genannten Voraussetzungen erfüllt werden, insbesondere keine Weisungen hinsichtlich Ort, Art und Zeit der Arbeitsleistung von Seiten des Auftraggebers erteilt werden. Zudem sollte vertraglich geregelt werden, dass der Auftragnehmer/Selbstständige für andere Auftraggeber tätig werden und (wenn dies die Art der zu erbringenden Leistung zulässt) auch andere Personen in die Bearbeitung der Aufträge einschalten kann. Regelungen zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder zur bezahlten Freistel-

⁷⁰ Die Ausnahme ist politisch und rechtlich umstritten. Nach einem von Degenhart im Auftrag des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger erstellten Gutachten (abrufbar unter <http://www.newsroom.de/news/detail/810773>) ist sie verfassungsrechtlich zwingend notwendig. Die wohl herrschende Meinung sieht dies anders, vgl. Pieroth/Barczak, Mindestlohnausnahme für Zeitungszusteller?, Gutachten im Auftrag der Gewerkschaft ver.di, abrufbar unter: http://www.verdi-news.de/download/Gutachten_Lang_Pieroth_Milo_Zusteller.pdf.

lung (Urlaub) sind unbedingt zu vermeiden. Die Abgrenzung, ob jemand als Selbständiger anzusehen ist, erfolgt auf Grundlage der Umstände der **tatsächlichen** Arbeitsleistung. Die entsprechenden vertraglichen Regelungen müssen daher unbedingt auch zwischen den Vertragsparteien „gelebt“ werden. Größte Vorsicht ist bei der Umwandlung bestehender Arbeitsverhältnisse in eine selbständige Tätigkeit geboten. Hier ist auf jeden Fall die unveränderte Fortführung der bisherigen Tätigkeit zu vermeiden. Das heißt, der bisherige Arbeitnehmer darf nicht in die betriebliche Arbeitsorganisation eingegliedert bleiben. Dies sollte unmissverständlich im Vertrag selbst zum Ausdruck kommen und dann zwischen den Vertragsparteien auch tatsächlich so umgesetzt werden. Wenn eine Beschäftigung als Selbständiger möglich ist, kann das bisherige Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgehoben werden und sodann mit dem bisherigen Arbeitnehmer ein neuer Vertrag über die selbständige Tätigkeit abgeschlossen werden.

Neben einer (den vorstehend geschilderten Voraussetzungen genügenden) Wandlung von Arbeitsverhältnissen in Auftragsverhältnisse (mit bisherigen Arbeitnehmern, jetzt Selbständigen) kommt auch in Betracht, dass Arbeitsverhältnisse (einvernehmlich oder durch Kündigung) beendet werden, wenn/weil der Arbeit-

geber sich entscheidet, die bisher von Arbeitnehmern verrichteten Tätigkeiten künftig externen Dritten anzuvertrauen.

Die Entscheidung eines Arbeitgebers, bisher durch Arbeitnehmer erledigte Tätigkeiten künftig durch Selbständige ausführen zu lassen und den Arbeitnehmern ein Angebot zu unterbreiten, künftig auf selbständiger Basis beschäftigt zu werden, wurde von der Rechtsprechung bereits als hinreichender Grund für den Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung anerkannt.⁷¹

Ist das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis nicht anwendbar, bedarf es für den Ausspruch einer Kündigung keines rechtfertigenden Grundes. Der Arbeitgeber ist hier in seinem Kündigungsentschluss frei. Er darf die Kündigung nur nicht willkürlich oder aus diskriminierenden Motiven heraus aussprechen. Beides ist jedoch bei der unternehmerischen Entscheidung, künftig bestimmte Arbeitsaufgaben nicht mehr durch Arbeitnehmer, sondern durch Selbständige erledigen zu lassen, nicht der Fall. Die Kündigung muss selbstverständlich darüber hinaus den sonstigen rechtlichen Anforderungen genügen (ggf. Betriebsratsanhörung, Beachtung von Sonderkündigungsschutz, z. B. bei Betriebsräten und Schwerbehinderten).

Praxishinweis:

Bei Abgrenzungsproblemen zwischen Arbeitnehmereigenschaft und selbständiger Tätigkeit ist zu empfehlen, vor der Tätigkeitsaufnahme die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens zu befragen. Nur so lässt sich in Zweifelsfällen eine verbindliche Auskunft zu der Frage, ob jemand als Selbständiger oder als Arbeitnehmer anzusehen ist, erhalten. Sollte ein Arbeitnehmer in unzutreffender Weise als Selbständiger behandelt werden, so sind für diesen Arbeitnehmer für die zurückliegenden vier Jahre die Sozialversicherungsbeiträge nachzuentrichten. Hinzu kommen Säumniszuschläge in Höhe von 1 % des jeweils rückständigen Sozialversicherungsbeitrages pro Monat.

b) Werkverträge

Von einem Werkvertrag spricht man, wenn nicht die Arbeitsleistung oder Dienstleistung als solche geschuldet ist, sondern die Herstellung eines bestimmten Erfolges. Werkverträge unterliegen nicht dem gesetzlichen Mindestlohn. Entscheidend für die Qualifizierung eines Vertragsverhältnisses als Werkvertrag ist, dass der Auftragnehmer (Unternehmer) verpflichtet wird, ein vertraglich festgelegtes, abgrenzbares, als eigene Leistung

zurechenbares und abnahmefähiges Werk (Erfolg) für den Auftraggeber (Besteller) herzustellen. Fehlt es an einem solchen abgrenzbaren Erfolg, kommt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein Werkvertrag kaum in Betracht.⁷² Die Vertragsverhältnisse sind dann wiederum als Arbeitsverträge zu qualifizieren.

Typische Elemente, die für die Einordnung als Werkvertrag sprechen, sind neben den bereits genannten insbesondere:⁷³

⁷¹ BAG, Urteil vom 13.03.2008, 2 AZR 1037/06

⁷² BAG, Urteil vom 25.09.2013, 10 AZR 282/12.

⁷³ Nach BeckOK/Kock/Milenk, § 1 AÜG Rn. 35 ff.

- ▶ eigenverantwortliche Organisation der Leistungserbringung durch den Werkunternehmer,
- ▶ keine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers,
- ▶ Übernahme einer Gewährleistung für das hergestellte Werk,
- ▶ Abrechnung der Vergütung auf Erfolgsbasis (keine zeitabhängige Vergütung).

Die nachfolgend aufgeführten Kriterien sprechen gegen die Einordnung als Werkvertrag:

- ▶ Festlegung von Inhalt, Zeit, Ort und Dauer der Arbeitsleistung bei Auftragsvergabe,
- ▶ Recht des Auftraggebers, vom Auftragnehmer eingesetzte Erfüllungsgehilfen zurückzuweisen,
- ▶ Eingliederung in die Arbeitsabläufe und den Produktionsprozess des Auftraggebers,
- ▶ Weisungsrechts des Auftraggebers hinsichtlich der Arbeitszeit der vom Auftragnehmer eingesetzten Arbeitskräfte.

Wird ein tatsächlich bestehendes Arbeitsverhältnis **unzutreffend** als Werkvertrag abgerechnet, so ist hinsichtlich der Folgen danach zu unterscheiden, ob der Werkvertragsnehmer (Auftragnehmer) weitere Mitarbeiter zur Erledigung des Auftrags eingesetzt hat.

Wenn dies nicht der Fall ist, der Werkvertragsnehmer allein und ohne Einschaltung weiterer Personen den Auftrag abgearbeitet hat, so gilt auch hier das vorstehend zur Selbständigkeit ausgeführte. Der vermeintliche Werkvertragsnehmer ist sozialversicherungs-

2. ARBEITSZEIT

Da mit der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns die pro Stunde zu zahlende Vergütung nunmehr gesetzlich festgelegt ist, wird die Frage an Bedeutung gewinnen (neben dem Kampf um Geltungs- und Ausnahmebereiche), welche Zeiten tatsächlich im vergütungsrechtlichen Sinne als Arbeitszeit anzusehen sind und dementsprechend mit dem gesetzlichen Mindestlohn vergütet werden müssen.

Arbeitgeber sollten zunächst beachten, dass die Arbeitszeitdefinitionen des Arbeitsschutzrechts (Arbeitszeitge-

rechtlich tatsächlich als Arbeitnehmer anzusehen, das heißt, für ihn sind vom „Auftraggeber“ (als Arbeitgeber) die Sozialversicherungsbeiträge für die zurückliegenden vier Jahre zuzüglich eines Säumniszuschlages in Höhe von 1 % pro Monat für die jeweils rückständigen Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten. Ein solches Verhalten erfüllt zudem den Tatbestand des § 266 a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt). Auch hier drohen also für den „Auftraggeber“ (richtig: Arbeitgeber) Strafbarkeiten.

Werden vom Werkvertragsnehmer weitere Beschäftigte zur Erfüllung des Auftrags eingesetzt, so stellt sich dies in der Regel auch als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung dar. Das Risiko einer solchen Gestaltung liegt darin, dass der vermeintliche Werkvertragsnehmer gar kein „Werk“ im Sinne des Werkvertragsrechts herzustellen hatte, sondern vielmehr die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer als „Verleiher“ dem Auftraggeber zur Verfügung gestellt hat. Für eine solche Arbeitnehmerüberlassung benötigt der Verleiher (hier der vermeintliche Werkvertragsnehmer) eine entsprechende Erlaubnis. Verfügt er nicht über diese Erlaubnis (was in dieser Konstellation in der Regel der Fall sein wird, da der vermeintliche Werkvertragsnehmer ja davon ausgeht, einen Werkvertrag zu erfüllen), so handelt es sich um eine illegale Arbeitnehmerüberlassung. Rechtsfolge einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung ist, dass Kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen den beim vermeintlichen Werkvertragsnehmer beschäftigten Arbeitnehmern und dem Auftraggeber zustande kommt.⁷⁴ Das Arbeitsverhältnis zwischen dem vermeintlichen Werkvertragsnehmer und den Arbeitnehmern ist demgegenüber unwirksam.⁷⁵

setz) für die Abgrenzung **vergütungspflichtiger** Arbeitszeiten nicht herangezogen werden können.

Darüber hinaus liegt es im Arbeitgeberinteresse und vermeidet Missverständnisse, vertragliche Erweiterungen der vergütungspflichtigen Arbeitszeit zu vermeiden [Negativbeispiel: „(..) Zeiten der Rufbereitschaft werden mit der hälftigen Vergütung für Normalarbeitszeit verrechnet (...)].

⁷⁴ Selbst eine auf „Vorrat“ bestehende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis soll daran nichts ändern: LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 03.12.2014, 4 Sa 41/14.

⁷⁵ LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 01.08.2013, 2 Sa 6/13; Maschmann, NZA 2013, 1305, 1310.

3. „UMWIDMUNG“ SONSTIGER LEISTUNGEN DES ARBEITGEBERS

Ein weiterer Weg, die gesetzlichen Mindestlohnansprüche zu erfüllen, ist die Umwandlung bereits gewährter sonstiger Leistungen, wie beispielsweise Erschweriszulagen, Überstundenzuschläge, Einmalzahlungen, in reguläres und verstetigtes Arbeitseinkommen. Wie oben bereits dargestellt, ist für bestimmte Zulagen, soweit mit ihnen ein Mehr an Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer abgegolten wird oder zusätzliche, erschwerende Umstände der Arbeitsleistung honoriert werden, die Anrechenbarkeit auf den gesetzlichen Mindestlohn momentan strittig und unsicher. Gleiches gilt für kalenderjährlich gewährte Jahressonderzahlungen oder das Urlaubsgeld. Derartige, auch bisher schon gewährte Leistungen des Arbeitgebers können „gestrichen“ und stattdessen die Stundenvergütung erhöht werden. Voraussetzung hierfür ist allerdings bei allen Zahlungen, auf die ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers besteht, der Abschluss eines Änderungsvertrages zum Arbeitsvertrag. Ist ein Tarifvertrag Rechtsgrundlage für die Gewährung der Zulagen, Zuschläge oder Sonderzahlungen so können diese einzelvertraglich nur dann abbedungen werden, wenn Arbeitgeber oder Arbeitnehmer nicht tarifgebunden sind, oder – wohl eher theoretisch – die Tarifparteien dem zustimmen.

Einseitig können die gewährten Zulagen, Zuschläge, Sonderzahlungen etc. nur durch Ausspruch einer Änderungskündigung umgewidmet werden. Sofern auf das Arbeitsverhältnis das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden ist, ist der Ausspruch einer Änderungskündigung zur Umwidmung der Zulagen, Zuschläge und Sonderzahlungen an den strengen Voraussetzungen, die das Bundesarbeitsgericht an den Ausspruch von Kündigungen zur Entgeltreduzierung stellt, zu messen. Das heißt, eine Änderungskündigung wäre nur dann zulässig, wenn die Entgeltreduzierung den einzigen Weg darstellt, um eine wirtschaftliche Notlage des Unternehmens zu beseitigen. Der Arbeitgeber hat dabei darzulegen, dass er alle anderen Möglichkeiten bereits ausgeschöpft hat. Er muss im Streitfall zudem ein Sanierungskonzept vorlegen, indem die unternehmerische Entscheidung nachvollziehbar dargelegt wird. Im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes werden Änderungskündigungen zur Einbeziehung von Zulagen in die „Normalvergütung“ der gerichtlichen Prüfung regelmäßig nicht standhalten.

Praxishinweis:

Weil – wie erwähnt – derzeit nicht prognostiziert werden kann, ob die Gerichte für diverse Zulagen/Zuschläge (gemäß bisheriger Rechtsprechung) von der Anrechenbarkeit auf den Mindestlohn oder (in Übereinstimmung mit den missverständlichen Äußerungen des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales in den Gesetzgebungsmaterialien) von fehlender Anrechenbarkeit auf den Mindestlohn ausgehen, empfiehlt sich unter Umständen, vertragliche Änderungen (zugunsten des Arbeitgebers) widerrufflich auszugestalten.

4. ARBEITSZEITREDUZIERUNGEN

a) Einvernehmliche Absenkung der Arbeitszeiten

Wird die Arbeitszeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber **einvernehmlich** abgesenkt und dann lediglich diese Arbeitszeit mit dem gesetzlichen Mindestlohn vergütet, so ist dies ohne weiteres zulässig. Es ist darauf zu achten, ob tatsächlich dann lediglich die reduzierte Arbeitszeit „abgerufen“ wird.

b) Sonderproblem geringfügig Beschäftigte

Wie bereits dargestellt, sollen die **geringfügig Beschäftigten** nach dem Willen des Gesetzgebers zu den größten Profiteuren der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns gehören. Mit Inkrafttreten wurden zwar die Regelungen für kurzfristig Beschäftigte etwas gelockert.

Bei geringfügig Beschäftigten wurde die Verdienstobergrenze (EUR 450,00 pro Monat) allerdings nicht angefasst. Unter Zugrundelegung des gesetzlichen Mindestlohns kann daher lediglich ein geringfügig Beschäftigter nur noch maximal 52 Stunden **pro Monat** arbeiten. Ist in den Arbeitsverträgen mit den geringfügig Beschäftigten bislang eine feste Arbeitszeit vorgesehen, so erhöht sich mit Inkrafttreten des gesetzlichen Mindestlohns die monatliche Vergütung der Beschäftigten, so dass diese sodann häufig mehr als die in § 8 SGB IV festgelegten EUR 450,00 pro Monat verdienen. Soll der Status als geringfügig Beschäftigter beibehalten werden, müssen mit den Arbeitnehmern, wenn die Arbeitszeit bislang festgelegt ist, ggf. Änderungsverträge abgeschlossen werden.

5. ERHÖHUNG DER ARBEITSZEITFLEXIBILITÄT

Da die Arbeitszeit für bestimmte Arbeitnehmergruppen mit der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns „teurer“ wird, dürfte absehbar die Flexibilisierung der Arbeitszeiten (und ihre korrekte Erfassung) steigende Bedeutung erlangen. Ein Weg, dieses Ziel zu erreichen, stellt die Einführung oder der Ausbau von **Arbeitszeitkonten** dar. Mit diesen Konten kann auf einen veränderlichen Arbeitsanfall reagiert werden. Wenn daher ein entsprechender Arbeitskräftebedarf vorhanden ist, können die Arbeitnehmer auch über ihre übliche Arbeitszeit hinaus eingesetzt werden. Sinkt dieser Bedarf wieder, sind die **Arbeitszeitguthaben** abzubauen.

Weiter sollte arbeitgeberseitig darauf geachtet werden, dass vertragliche Regelungen zur Anordnung von **Kurzarbeit** getroffen werden. Der Arbeitgeber ist nämlich nur dann berechtigt, Kurzarbeit anzuordnen, wenn ihm dieses Recht arbeitsvertraglich (oder im Rahmen eines Tarifvertrages) vorbehalten wurde. Auch mit der Einführung von Kurzarbeit kann z. B. auf Auftragsschwankungen und einen damit verbundenen veränderlichen Arbeitskräftebedarf reagiert werden.

Schließlich können **Abrufarbeitsmodelle** vereinbart werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist es zulässig, bis zu 25 % der Arbeitszeit variabel auszugestalten. Im Arbeitsvertrag kann zunächst eine

Arbeitszeit von z. B. 30 Stunden festgelegt werden. Diese Arbeitszeit ist jedenfalls mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten. Der Arbeitgeber kann sich dann aber das Recht vorbehalten, bei einem entsprechenden Arbeitsbedarf die vertraglich festgelegte Arbeitszeit um maximal 25 %, bei einer 30-Stunden-Woche also um 7,5 Std., zu erhöhen. Diese 7,5 Std. zusätzliches Arbeitsvolumen stellen keine Überstunden dar. Wenn sie vom Arbeitgeber abgerufen werden (und nur dann), sind sie mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten.

Der Abruf kann auch in „umgekehrter Richtung“ vereinbart werden. Es ist also auch möglich, im Arbeitsvertrag zunächst eine höhere Arbeitszeit, beispielsweise 40 Stunden vorzusehen und dann dem Arbeitgeber das Recht vorzubehalten, die Arbeitszeit entsprechend abzusenken. Bei einer 40-Stunden-Woche können danach acht Stunden variabel ausgestaltet werden, da nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Schwankung, also die 25 %, von der Mindestarbeitszeit ausgehend zu berechnen sind (25 % von 32 Stunden = 8 Stunden). Allerdings sind die Gründe, die den Arbeitgeber zur Ausübung des Anpassungsrechts berechtigen, im Arbeitsvertrag selbst zu definieren.

6. AUSSPRUCH VON BEENDIGUNGSKÜNDIGUNGEN

Die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns wird in vielen Branchen zu steigenden Personalkosten führen. Eine Möglichkeit, diesen Kostenanstieg abzufedern, ist der Ausspruch von Beendigungskündigungen.

Die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Beendigungskündigungen hängen ganz wesentlich davon ab, ob auf das Arbeitsverhältnis das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) Anwendung findet. Dies ist der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate ununterbrochen Bestand hat und der Betrieb entweder mehr als zehn Arbeitnehmer oder mehr als fünf Arbeitnehmer, die mindestens seit dem 31.12.2003 in einem ununterbrochenen Arbeitsverhältnis stehen, beschäftigt. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer zählen bei der Ermittlung der Schwellenwerte nur anteilig, und zwar:

- ▶ wenn sie bis zu 20 Stunden wöchentlich beschäftigt werden zu 0,5,
- ▶ bis zu 30 Stunden zu 0,75,
- ▶ und erst über 30 Stunden zu 1,0.

Wenn danach das KSchG **nicht** anwendbar ist, ist der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung im Wesentlichen frei. Er bedarf für die Kündigung keines rechtfertigenden Grundes und muss grundsätzlich auch keine Sozialauswahl durchführen, sondern hat (lediglich) die allgemeinen Kündigungsanforderungen (insbesondere Schriftform der Kündigung, Kündigungsfristen) und den Sonderkündigungsschutz (z. B. für Schwerbehinderte und Elternzeit Befindliche) zu beachten.

Ist das KSchG dagegen anwendbar, so ist die Kündigung nur rechtmäßig, wenn der Arbeitgeber sie auf einen rechtfertigenden Grund stützen kann. In Betracht kommen hier insbesondere betriebsbedingte Kündigungen, wenn durch unternehmerische Entscheidungen des Arbeitgebers (z. B. Umstrukturierungen, Outsourcing, Verzicht auf Arbeitsabläufe) Arbeitsplätze dauerhaft entfallen. Der Arbeitgeber muss im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung darlegen können, welche unternehmerische Entscheidung er getroffen hat, wie die verbleibenden Arbeitsaufgaben künftig erledigt werden (ohne dass die verbliebenen Arbeitnehmer übermäßig belastet werden) und dass aufgrund der unternehmerischen Entscheidung Beschäftigungsmöglichkeiten entfallen. Sind mehrere vergleichbare Arbeitnehmer vorhanden, von denen aber nicht sämtliche gekündigt werden sollen, muss der Arbeitgeber zudem eine Sozialauswahl vornehmen. Dabei sind für jeden potentiell betroffenen Arbeitnehmer Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und eine etwaige Schwerbehinderung abzuwägen, um so zu ermitteln, welche Arbeitnehmer sozial am wenigsten schutzwürdig sind. Schließlich darf weder im Betrieb noch im Unternehmen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den oder die von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer bestehen. Derartige Schritte sollten stets **vor** ihrer Umsetzung im Einzelfall arbeitsrechtlich geprüft werden.



Deutscher Steuerberaterverband e.V.
Littenstraße 10 · 10179 Berlin
Telefon: 030 27876-2 · Telefax: 030 27876-799
dstv.berlin@dstv.de · www.dstv.de
