



1

Der Mindestlohn kommt! Die wichtigsten Infos

Einleitung

Der Bundestag hat am 3.7.2014 in seiner 46. Sitzung das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG) – auf Grund der Beschlussempfehlung und des Berichts des Ausschusses für Arbeit und Soziales – verabschiedet. Der Bundesrat stimmte in seiner 924. Sitzung am 11.7.2014 dem Gesetzentwurf zu. Das Gesetz sieht – abgesehen von Ausnahmeregelungen – ab 1.1.2015 den Mindestlohnanspruch vor. Das MiLoG ist am 15.8.2015 im Bundesgesetzblatt verkündet worden und am 16.8.2014 in Kraft getreten.

Das Mindestlohngesetz (MiLoG) ist Bestandteil des zwischen CDU/CSU und SPD bereits im Koalitionsvertrag vereinbarten Tarifautonomiestärkungsgesetzes (hier kurz als „TarifAutStG“ bezeichnet). Im weitesten Sinne ist es der Rechtsnachfolger des MiArbG. Bis heute hat es keine einzige Lohnfestsetzung nach § 1 MiArbG gegeben. Es wird durch Art. 14 TarifAutStG aufgehoben.

2

Das Gesetz hat noch vor Inkrafttreten schon erste Auswirkungen: Der Bundesverband der Systemgastronomie (BdS) präsentierte diese Tage zum Start der Tarifverhandlungen ein Angebot für die mehr als 100.000 Beschäftigten: Es soll teils zweistellige Entgeltsteigerungen bis zum Mindestlohniveau geben, was unterm Strich aber Lohneinbußen von einigen hundert oder sogar mehreren tausend Euro pro Jahr bedeuten würde. Der alte Manteltarifvertrag wurde gekündigt und Eckpunkte eines neuen vorgelegt: Demnach sollen Weihnachts- und Urlaubsgeld komplett entfallen, ebenso Zuschläge für Überstunden, Nachtarbeit, Sonn- und Feiertagsdienste sowie auch die Arbeitgeberanteile zu vermögenswirksamen Leistungen.

Die Folge: Allein das Streichen des Urlaubs- und Weihnachtsgeldes sowie der vermögenswirksamen Leistungen führt nach Berechnung der NGG zu Verlusten von 1450 Euro im Jahr. Verrechnet mit den Lohnsteigerungen bleiben jährliche Verluste zwischen 100 und 170 Euro. Hinzu kommen weit höhere Einbußen durch den Wegfall Zuschläge, die bisher an Feiertagen 100 Prozent, in der Nachtarbeit 15 und für Überstunden 25 Prozent ausmachten.

So wird es spannend, wie Arbeitsgerichte zu Einzelfragen dieses Gesetzes entscheiden werden und wie die Tarifparteien mit den Folgen umgehen.

Kernregelungen - Grundsätze

Mit dem MiLoG hat in Deutschland jeder Arbeitnehmer ab dem 1.1.2015 einen Anspruch auf ein Mindestentgelt von **8,50 Euro brutto je Arbeitszeitstunde**.

Das Mindestlohngesetz kommt **uneingeschränkt für alle Arbeitsverhältnisse** zur Anwendung, soweit der Mindestlohnanteil von 8,50 € pro Zeitstunde betroffen ist.

Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG gilt das Mindestlohngesetz für alle „*Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer*“ – und im definierten Geltungsbereich auch für Praktikanten – und somit **auch für Lohnempfänger oberhalb des Mindestlohns**.

Die Nichtzahlung des Mindestlohns ist, wie im AEntG auch (§ 23 Nr. 1 AEntG), **bußgeldbewehrt** (§§ 20, 21 Absatz 1 Nr. 9 MiLoG).

Die Höhe des Mindestlohns kann auf Vorschlag einer Mindestlohnkommission (§§ 4 ff. MiLoG) durch Rechtsverordnung der Bundesregierung geändert werden (§§ 1 Absatz 2 Satz 2, 11 MiLoG). Diese hat erstmals bis zum 30.6.2016 über eine Änderung (und damit im Ergebnis eine Anhebung) des Mindestlohns mit Wirkung zum 1.1.2017 zu entscheiden (§ 9 Absatz 1 Satz 1 MiLoG). Nach diesem Zeitpunkt hat die Kommission alle zwei Jahre über eine Anpassung der Höhe des Mindestlohns zu beschließen (§ 9 Absatz 2 2 MiLoG).

3

Allgemeiner Grundlohn

Das MiLoG gibt einen **allgemeinen Grundlohn** vor, der als solcher die unterste Grenze für die Entlohnung von Arbeitnehmern in Deutschland bildet.

Abreden, die den Mindestlohn unterschreiten, sind nach § 3 S. 1 MiLoG unwirksam.

Selbstverständlich bleibt der Arbeitsvertrag im Übrigen wirksam, § 139 BGB greift im vorliegenden Kontext nicht (§ 3 S. 1 MiLoG: „insoweit“). Mindestlohnwidrige Vergütungsvereinbarungen werden dabei nicht etwa „geltungserhaltend“ auf den Mindestlohn „angehoben.“ Vielmehr tritt an Stelle der unwirksamen Vergütungsvereinbarung die Vergütungsregelung des § 612 BGB. Der Arbeitgeber schuldet damit nicht mehr alleine den Mindestlohn, sondern vielmehr die Vergütung, die im Wirtschaftsgebiet üblicherweise für eine vergleichbare Tätigkeit bezahlt wird, was häufig der in einem fachlich und räumlich einschlägigen Tarifvertrag vorgesehene Arbeitslohn sein wird. Für die Vertragsgestaltung folgt daraus, dass die vertraglich vereinbarte Vergütung den Mindestlohn erreichen oder überschreiten muss.

Verzicht auf Mindestlohn nicht zulässig

Der Arbeitnehmer kann auf den entstandenen Mindestlohnanspruch **nur durch gerichtlichen Vergleich verzichten**; im Übrigen ist ein Verzicht ausgeschlossen (§ 3 S. 2 MiLoG). Das hat zur Folge, dass arbeitsvertragliche oder tarifvertragliche Ausschluss- oder Verfallfristen keine Anwendung finden, soweit es um den Mindestlohnanspruch geht. Anwendung findet lediglich die dreijährige Verjährungsfrist (§§ 195, 199 BGB).

Nach der Gesetzesbegründung soll eine Entgeltumwandlung nach dem Betriebsrentengesetz möglich bleiben. Vereinbarungen nach § 1 a BetrAVG seien keine Vereinbarungen, die zu einer Unterschreitung oder Beschränkung des Mindestlohnanspruchs führen (BT-Drs. 18/1558, 42).

Ausschluss und Beschränkung des Anspruchs unzulässig

4

Darüber hinaus kann der Mindestlohnanspruch nach § 3 S. 1 MiLoG weder beschränkt noch ausgeschlossen werden. Angesprochen sind damit, wie bei § 4 Absatz 4 Satz 2 TVG u. § 9 S. 2 Hs. 1 AEntG Ausschlussklauseln. Ausschlussfristen, die den Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers nicht ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbereich ausnehmen („... *sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen ...*“), sind nicht insgesamt unwirksam! Vielmehr ermöglicht § 3 S. 1 MiLoG eine geltungserhaltende Reduktion vollumfänglicher Ausschlussklauseln, da mindestlohnwidrige Abreden ausweislich des Gesetzeswortlauts nur „*insoweit*“ unwirksam sind, als sie den Anspruch auf den Mindestlohn auch tatsächlich beschränken.

Akkord- und Stücklöhne bleiben zulässig

Der Mindestlohn ist „**je Zeitstunde**“ geschuldet. Die Vereinbarung eines **Akkord- oder Stücklohns** ist damit nicht ausgeschlossen, allerdings muss gewährleistet sein, dass der Mindestlohn pro tatsächlich geleisteter Arbeitsstunde mindestens gezahlt wird. Dasselbe gilt in den Fällen, in denen keine konkrete Arbeitszeit und/oder ein festes Monatsgehalt vereinbart ist. Die Monatsvergütung ist unter Berücksichtigung der tatsächlichen Arbeitszeit in den effektiven Bruttostundenlohn umzurechnen und darf nicht niedriger sein als der Mindestlohn.

Minijobs erhalten wieder Zeitgrenze

Das gilt auch für **geringfügige Beschäftigungen („Minijobs“)**. Wird z. B. ein Pauschalbetrag von 450 Euro vereinbart, ohne einen Stundensatz oder eine konkrete Arbeitszeit zu vereinbaren, sind unter Beachtung des Mindeststundenlohns von 8,50 Euro maximal 53 Arbeitsstunden im Monat geschuldet. Werden mehr Stunden tatsächlich geleistet, sind diese zusätzlich mit dem Mindestlohn zu vergüten.

Für die geringfügig Beschäftigten wird damit durch das MiLoG eine mit der Gesetzesänderung zum 1.4.2003 abgeschaffene Höchstarbeitszeit also wieder eingeführt, wenn der sozialversicherungsrechtliche Status nicht gefährdet werden soll. Diese Regelungen gehen weit über die in § 16 Absatz 2 ArbZG geregelten Arbeitgeberpflichten hinaus. Interessant wird diese Regelung insbesondere in den Branchen, in denen geringfügig Beschäftigte im Leistungslohn vergütet werden, da hier traditionell auf Arbeitszeiterfassung gänzlich verzichtet wird (z.B. Regalbestücker im Einzelhandel, Zimmermädchen, Zeitungszusteller).

5

Eventuell werden in diesem Bereich über Verordnungen nach § 17 Absatz 4 MiLoG vereinfachte Erfassungs- und Dokumentationsformen zugelassen.

Keine Sonderregelung für Saisonarbeit

Für die **Saisonarbeit** (z.B. Erntehelfer) gibt es übrigens keine Ausnahmeregelung im MiLoG, sondern es werden lediglich (auf vier Jahre befristet) die Zeitgrenzen für die geringfügige Beschäftigung in Form der kurzfristigen Beschäftigung (§ 8 Absatz 1 Nr. 2 SGB IV) auf drei (statt zwei) Monate ausgeweitet (§ 115 SGB IV).

Keine Öffnungsklausel für Tarifverträge

Schließlich enthält das MiLoG keine Öffnungsklausel zu Gunsten von Tarifverträgen. Vielmehr sind auch mindestlohnwidrige Tarifabreden nach § 3 S. 1 MiLoG unwirksam.

Mindestlöhne nach anderen Gesetzen, Sittenwidrigkeitsgrenze

Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

Das MiLoG ist subsidiär zu anderen Mindestlohnvorgaben. Entsprechend lässt das TarifAutStG die Regelungen des AEntG und des § 3 a AÜG unangetastet (genau genommen wird das AEntG sogar ausgeweitet, weil mit den neuen §§ 4 Absatz 2 und 7 a nunmehr prinzipiell eine Erstreckung von Tarifverträgen in allen Branchen möglich ist: Art. 6 TarifAutStG). Branchenmindestlöhne dürfen freilich die Mindestlohngrenze nach § 1 MiLoG nicht unterschreiten. Findet auf das Arbeitsverhältnis eine Mindestlohnregelung nach § 3 a AÜG oder dem AEntG Anwendung, setzt sich der dort vorgegebene („bessere“) Mindestlohn gegen das gesetzliche Mindestentgelt durch (§ 3 Absatz 3 MiLoG).

6

Sittenwidrigkeitsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Neben den genannten Möglichkeiten eines Anspruchs auf Mindestlohn gibt es indirekt einen Anspruch auf eine Art gesetzlichen Mindestlohn, ggf. auch oberhalb von 8,50 EUR. Grundlage ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu § 138 BGB (Sittenwidrigkeit). So hat das Bundesarbeitsgericht etwa am 18.04.2012 - 5 AZR 630/10 - wie folgt entschieden:

„Der objektive Tatbestand sowohl des Lohnwuchers (§ 138 Abs. 2 BGB) als auch des wucherähnlichen Geschäfts (§ 138 Abs. 1 BGB) setzt ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus. Dies ist der Fall, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines im betreffenden Wirtschaftszweig üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht.“

→ Anstelle der nichtigen Lohnvereinbarung tritt gem. § 612 Absatz 2 BGB die übliche Vergütung, die sich in der Regel an der tariflichen Referenzvergütung im jeweiligen Wirtschaftsgebiet festmacht.

Diese Rechtsprechung besteht unabhängig neben dem Mindestlohn fort. Ein Arbeitslohn kann also auch dann in einem auffälligen Missverhältnis zur Arbeitsleistung stehen, wenn er über den Mindestlohn hinausgeht. Bei § 138 BGB ist nämlich nicht etwa maßgeblich, dass die Vergütung abstrakt gesehen unter einer bestimmten Mindestgrenze liegt, sondern dass sie in keinem Verhältnis zum objektiven Wert der Leistung des Arbeitnehmers steht. Umgekehrt wird die sittenwidrige Vergütung nicht etwa nur auf das Niveau des Mindestlohns angehoben,

sondern an das nach § 612 BGB übliche Entgelt angeglichen. Dieses muss aber natürlich stets die Lohngrenze von 8,50 Euro erreichen.

Beispiele:

Im Wirtschaftszweig wird für eine bestimmte Tätigkeit üblicherweise ein Tariflohn von 14 Euro gezahlt. Arbeitslöhne, die unter 9,33 Euro liegen, sind sittenwidrig. Erhält ein Arbeitnehmer also lediglich 9 Euro, kann er nach der Rechtsprechung des BAG eine Anhebung seiner Vergütung auf 14 Euro beanspruchen.

Der im Wirtschaftszweig übliche Lohn beträgt 14 Euro. Dem Arbeitnehmer werden jedoch nur 8 Euro gezahlt. Er muss sich in diesem Fall nicht etwa mit 8,50 Euro begnügen, sondern kann vielmehr das übliche Entgelt, also 14 Euro verlangen.

Der übliche Lohn beträgt 10 Euro. Der Arbeitnehmer erhält lediglich 8 Euro. Die Sittenwidrigkeitsgrenze (hier: 6,66 Euro) ist nicht tangiert. Dem Arbeitnehmer steht aber der gesetzliche Mindestlohn iHv 8,50 Euro zu.

7

Landestariftreugesetze

Keinen Einfluss nimmt das MiLoG auf die zahlreichen Landestariftreugesetze, die Mindestlohnvorgaben enthalten. Soweit die jeweiligen Regelungen einen Mindestlohn von 8,50 Euro vorgeben, erweisen sich aber nur noch als deklaratorisch. Gehen diese dagegen über den Lohnsatz des § 1 Absatz 2 MiLoG hinaus (etwa: NRW: 8,62 Euro; Schleswig-Holstein: 9,18 Euro), ändert hieran auch das MiLoG nichts. Davon abgesehen, dass § 2 Absatz 3 MiLoG zu erkennen gibt, dass das MiLoG nur subsidiäre Geltung gegenüber höheren Mindestlohnvorgaben beansprucht, hat der Bund mit dem Erlass des MiLoG lediglich von seiner konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Absatz 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht) Gebrauch gemacht. Die einschlägigen Landesgesetze sind aber dem Kompetenztitel des Art. 74 Absatz 1 Nr. 11 GG, also dem Recht der Wirtschaft, zuzuordnen. Allerdings werden Länder mit einem vergaberechtlichen Mindestlohn über 8,50 Euro die in einigen Gesetzen enthaltene Regelung streichen, wonach durch eine Rechtsverordnung nach dem MiArbG 2009 vorgegebene Mindestlöhne vergaberechtlichen Mindestlöhnen gegenüber vorrangig sind (zB §§ 3 und 4 Absatz 2 LTTG Rheinland-Pfalz).

Aktuelle Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH): Unzulässige Bindung des Nachunternehmers mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat an Mindestlohn nach TVgG NRW

In einer Situation wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, in der ein Bieter beabsichtigt, einen öffentlichen Auftrag ausschließlich durch Inanspruchnahme von Arbeitnehmern auszuführen, die bei einem Nachunternehmer mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dem der öffentliche Auftraggeber angehört, beschäftigt sind, steht Art. 56 AEUV der Anwendung von Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem dieser öffentliche Auftraggeber angehört, entgegen, die diesen Nachunternehmer verpflichten, den genannten Arbeitnehmern ein mit diesen Rechtsvorschriften festgelegtes Mindestentgelt zu zahlen.

Im aktuellen Fall ist der Bieter für einen Dienstleistungsauftrag der Stadt Dortmund die bundeseigene Bundesdruckerei. Sie wollte den Dienstleistungsauftrag in Polen durch ihre dort ansässige hundert-prozentige Tochtergesellschaft ausführen lassen. Die Bundesdruckerei sah sich nicht in der Lage, gegenüber dieser Nach-Unternehmerin durchzusetzen, dass diese ebenfalls die Verpflichtungserklärung zur Zahlung des gesetzlich vorgeschriebenen Mindestlohnes (in NRW derzeit 8,62 Euro pro Stunde) abgibt. Es kam zum Rechtsstreit, weil die Bundesdruckerei nach Ansicht der Stadt Dortmund den Auftrag deshalb nicht erhalten soll. Die Vergabekammer Arnsberg hatte wegen europarechtlicher Bedenken einen Vorlagebeschluss an den EuGH gerichtet.

Der EuGH hat sich nicht mit der Frage befasst, welche Mindestlohn-Regeln gelten, wenn der ausländische Subunternehmer die Arbeit vor Ort in Deutschland verrichtet, sondern es geht um die vollständige Dienstleistungserbringung in einem anderen Land als Deutschland.

„Ein bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgeschriebenes Mindestentgelt kann nicht auf die Arbeitnehmer eines Nachunternehmers mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat erstreckt werden, wenn diese Arbeitnehmer den betreffenden Auftrag ausschließlich in diesem Staat ausführen. Die Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestentgelts, das keinen Bezug zu den Lebenshaltungskosten in diesem anderen Mitgliedstaat hat, verstößt gegen die Dienstleistungsfreiheit.... Indem diese Regelung nämlich ein festes Mindestentgelt vorgibt, das zwar dem entspricht, das erforderlich ist, um in Deutschland eine angemessene Entlohnung der Arbeitnehmer im Hinblick auf die in diesem Land bestehenden Lebenshaltungskosten zu gewährleisten, aber keinen Bezug zu den in dem Mitgliedstaat bestehenden Lebenshaltungskosten hat, in dem die Leistungen im Zusammenhang mit dem betreffenden öffentlichen Auftrag ausgeführt werden (im vorliegenden Fall Polen), und damit den in diesem Mitgliedstaat ansässigen Nachunternehmern die Möglichkeit vorenthalten würde, aus den zwischen den jeweiligen Lohnniveaus bestehenden Unterschieden einen Wettbewerbsvorteil zu ziehen, geht sie nämlich über das hinaus, was erforderlich ist, um zu gewährleisten, dass das Ziel des Arbeitnehmerschutzes erreicht wird.“

EuGH, Urteil vom 18.9.2014, Rs.: C-549/13 (Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund)

Höhe und Inhalt: Was sind mindestlohnwirksame Leistungen?

Bezugsgröße Kalendermonat?

Nach § 1 Absatz 2 MiLoG ist der gesetzliche Mindestlohn von 8,50 Euro **je Zeitstunde** zu zahlen. Es soll wohl auf das Verhältnis zwischen dem tatsächlich an den Arbeitnehmer gezahlten Lohn und dessen tatsächlich geleisteter Arbeitszeit ankommen und insoweit der **Kalendermonat** der maßgebliche Bezugszeitraum sein.

Dafür spricht § 2 Absatz 1 Nr. 2 MiLoG, der die die Fälligkeit des Mindestlohns am letzten Bankarbeitstag des Monats ansetzt, der auf den **Monat** folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde.

9

§ 2 Absatz 2 Satz 1 Hs. 2 MiLoG bestimmt, dass die Arbeitszeitkontenregelungen des Absatz 2 nicht greifen, „soweit der Anspruch auf den Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden nach § 1 Absatz 1 nicht bereits durch die Zahlung des **verstetigten** Arbeitsentgelts erfüllt ist.“

In der Praxis wird sich also die Frage stellen, ob und wie tatsächlich eine Vergütung von 8,50 Euro für jede einzelne Stunde verlangt werden kann, oder ob das Erreichen einer Vergütung von 8,50 Euro im Durchschnitt ausreicht. In der Gesetzesbegründung wird darauf abgestellt, dass der Mindestlohn im Unterschied zum Tariflohn nicht darauf abziele, einen umfassenden Schutz der Arbeitnehmer sicherzustellen. Vielmehr könne und solle der allgemeine Mindestlohn lediglich verhindern, dass Arbeitnehmer zu Arbeitsentgelten beschäftigt werden, die jedenfalls unangemessen sind und die den in Art. 2 Absatz 1 und Art. 20 Absatz 1 GG zum Ausdruck kommenden elementaren Gerechtigkeitsanforderungen nicht genügen. Ausserdem müsse sichergestellt werden, dass ein alleinstehender Vollzeitbeschäftigter bei durchschnittlicher Wochenarbeitszeit ein Monatseinkommen oberhalb der Pfändungsfreigrenze erzielt (BT-Drucksache 18/1558 unter A II 3). Dieses Ziel kann jedoch auch mit einer Durchschnittsbetrachtung erzielt werden.

Darüber hinaus heißt es in der Gesetzesbegründung, dass „*die Vereinbarung von Stücklöhnen und Akkordlöhnen (...) zulässig (bleibt), wenn gewährleistet ist, dass der Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden erreicht wird.*“

→ Damit hat der Gesetzgeber auch klargestellt, dass mit der Einführung des MiLoG reine Leistungs- und Stücklohnsysteme keinen Bestand mehr haben. Aufgrund der Formulierung in der Gesetzesbegründung wird die Vertragsfreiheit der Parteien insoweit beschnitten, dass

Arbeitnehmer bei Systemen mit Leistungsschwankungen jedenfalls nicht weniger als 8,50 Euro pro Stunde (umgerechnet) erhalten dürfen.

Beispiele: Arbeitnehmer A ist bei Arbeitgeber G mit einer monatlichen Arbeitszeit von 98 Stunden beschäftigt. Im Juni leistet er nach Absprache mit dem Arbeitgeber zwei weitere Arbeitsstunden.

1. Die Parteien vereinbaren, dass die beiden „Überstunden“ mit dem Monatslohn abgegolten sein sollen. Der Monatslohn des A beträgt 850 Euro brutto. G erfüllt mit der Auszahlung des Junigehalts seine Mindestlohnverpflichtung, denn: $98 + 2$ Arbeitsstunden = 100 Stunden.

$100 \times 8,50$ Euro = 850 Euro. G ist nicht verpflichtet, dem A weitere 17 Euro für die beiden Überstunden zu entrichten, auch wenn A für diese bei strenger Betrachtung kein Entgelt erhält.

2. Wie in Variante 1., nur beträgt der Monatslohn lediglich 833 Euro. Hier erfüllt G seine Mindestlohnverpflichtung nicht, vielmehr schuldet er A noch 17 Euro brutto. Das liegt aber nicht daran, dass er dem A die beiden Extrastunden mit $2 \times 8,50$ Euro vergüten müsste. Vielmehr erreicht die Gesamtmonatsvergütung schlicht nicht die erforderlichen 850 Euro.

3. Wie Variante 1., nur beträgt der Monatslohn lediglich 800 Euro. G zahlte dem A für die beiden Zusatzstunden aber weitere 50 Euro. Isoliert betrachtet liegt der Grundlohn zwar 33 Euro unter dem gesetzlichen Mindestlohn ($98 \times 8,50$ Euro = 833 Euro). Dennoch genügt das Junigehalt dem MiLoG: 800 Euro Grundlohn + 50 Euro für die beiden zusätzlichen Arbeitsstunden = 850 Euro. A kann also nicht etwa den Mindestlohn für 100 Stunden, zuzüglich der Zulage von 50 Euro verlangen (das wären: $[100 \times 8,50$ Euro = 850 Euro] + 50 Euro = 900 Euro).

4. Angenommen, G würde dem A an Stelle eines Mindestlohns einen Stücklohn von 1 Euro pro gefertigtem Werkstück zahlen. Im Juni schafft A während 100 geleisteter Arbeitsstunden 800 Stück und erhält folglich 800 Euro ausbezahlt. G ist seiner Mindestlohnverpflichtung nicht vollständig nachgekommen, sondern hat A noch weitere 50 Euro zu bezahlen ($100 \times 8,50$ Euro = 850 Euro abzüglich entrichteter 800 Euro).

Folge: Der im Kalendermonat gezahlte Bruttoarbeitslohn muss jeweils die Anzahl der in diesem Monat geleisteten Bruttoarbeitsstunden multipliziert mit 8,50 Euro erreichen. Unerheblich ist dagegen, wie der Arbeitgeber oder die Vertragsparteien die einzelnen Leistungen bezeichnen bzw. auf welcher Basis und mit welcher Methode der dann tatsächlich an den Arbeitnehmer ausbezahlte Lohn ermittelt wurde.

Hinweis: Während des Urlaubs und während einer durch Krankheit verursachten Arbeitsunfähigkeit gilt das sog. Entgeltausfallprinzip. Das hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer auch während dieser Zeiten einen ungekürzten Anspruch auf das übliche Entgelt besitzt. Das schließt natürlich variable Entgeltbestandteile grundsätzlich mit ein; eine Kürzung auf das fixe Entgelt ist mithin grundsätzlich nicht möglich. Für die Vergütung des Arbeitnehmers während urlaubsbedingter Abwesenheit ist vor allem § 11 des Bundesurlaubsgesetzes maßgeblich, für die Fälle einer zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung ist der Blick in erster Linie auf § 4 Entgeltfortzahlungsgesetz zu richten.

Berücksichtigung von Sonderzahlungen, Zulagen, Zuschlägen und Provisionen?

Problematisch ist es, wenn sich der vom Arbeitgeber gezahlte Lohn aus *verschiedenen Lohnbestandteilen* zusammensetzt.

11 Davon kann viel abhängen. Bleiben diese außen vor, kann dies dazu führen, dass mit der Einführung des MiLoG nicht nur eine effektive Vergütung von 8,50 Euro pro Stunde im Monatsdurchschnitt zu zahlen ist, sondern zusätzlich die vereinbarten Zuschläge etc. zu vergüten sind.

Funktional gleichwertig?

Hier soll auf die Rechtsprechung zur Entsende-RL 96/71/EG bzw. zum AEntG zurückgegriffen werden. Die Leistungen des Arbeitgebers sind auf den Anspruch des Arbeitnehmers auf den Mindestlohn anzurechnen, wenn der Zweck der Leistung des Arbeitgebers dem Zweck des Mindestlohns **funktional gleichwertig** ist (BAG, NZA 2013, 392). Deshalb sind ungeachtet der Bezeichnung alle Zahlungen des Arbeitgebers zu berücksichtigen, die nicht nur Aufwandsentschädigung, sondern **Teil der Arbeitsvergütung** sind (BAG, NZA 2009, 98). Geldleistungen, die der Arbeitgeber gewährt, sind ausgehend von der tatsächlichen Arbeitsleistung des einzelnen Arbeitnehmers in Stundenlöhne umzurechnen.

Das Bundesarbeitsgericht grenzt für diese Prüfung Leistungen danach ab, ob die Arbeitgeberleistungen **funktional gleichwertig bzw. funktional äquivalent** zum Mindestentgeltanspruch sind.

Mit **funktionaler Gleichwertigkeit** meint das Bundesarbeitsgericht Leistungen, die nach ihrer Zweckbestimmung als Gegenleistung für die Normalleistung des Arbeitnehmers gedacht sind oder aber Gegenleistung für Leistungen des Arbeitnehmers sind, die nach Maßgabe der einschlägigen Mindestlohnregelung mit dem Mindestlohn abgegolten werden soll.

„Zulagen“ und „Zuschläge“ bleiben unberücksichtigt, die der Arbeitnehmer nur erhält, wenn er auf Verlangen des Arbeitgebers ein **Mehr an Arbeit leistet oder Arbeit unter besonderen, erschwerten Bedingungen erbringt** (EuGH, NZA 2005, 573). Dazu zählt z.B. ein Nachtzuschlag als Vergütung für die (besondere) Arbeit in der Nacht; dieser Zuschlag verändert das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und soll daher unbeachtlich für den Mindestlohn sein.

Einmal- oder Sonderzahlungen (z.B. ein jährlicher Bonus) können nur dann auf den Mindeststundenlohnanspruch angerechnet werden, wenn die Zahlung unwiderruflich erfolgt und an diese keine weiteren Voraussetzungen geknüpft werden (z.B. Betriebstreue), jeweils anteilig umgerechnet auf den Mindestlohnanspruch im **Fälligkeitsmonat**. Wegen der Fälligkeit des Mindestlohns spätestens im Folgemonat (§ 2 Absatz 1 MiLoG) sind Einmalzahlungen **zeitanteilig** umzurechnen und **nicht auf das ganze Jahr** zu verteilen.

In der entsenderechtlichen Rechtsprechung des EuGH und des BAG ist seit langer Zeit anerkannt, dass nur solche Zahlungen mindestlohnwirksam geleistet werden, die tatsächlich und unwiderruflich zum Fälligkeitszeitpunkt ausbezahlt wurden.

Daraus folgt zunächst, dass Zahlungen des Arbeitgebers, wie namentlich Sonderleistungen oder Gratifikationen, die unter irgendeinem Vorbehalt, insbesondere einem Rückzahlungsvorbehalt stehen, nicht berücksichtigungsfähig sind. Das dürfte ungeachtet des Umstands gelten, dass ein derartiger Rückzahlungsvorbehalt nach den §§ 306 und 307 BGB eigentlich unwirksam wäre, weil er sich auf einen Entgeltbestandteil beziehen würde, der als unmittelbare Gegenleistung für geleistete Arbeit erbracht wird.

Damit scheidet eine Anrechnung von aufgesparten Gratifikationen oder Sonderzahlungen aus, die erst bei Urlaubsantritt oder zum Jahresende ausbezahlt werden (etwa: 13. Gehalt, Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld usw.). Im Gesetzgebungsverfahren wurde zwar vorgeschlagen, jährliche Sonderzahlungen in jedem Beschäftigungsmonat mit 1/12 zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lässt das aber nur sehr eingeschränkt zu („Isbir“, siehe Exkurs zu dieser Entscheidung) und auch die in § 2 MiLoG zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung lässt erkennen, dass eine längere Verzögerung der Auszahlung mit dem Zweck des Mindestlohns unvereinbar ist.

Exkurs: ‚Funktional gleichwertig‘ in der Wertung des EuGH

Diese Rechtsprechung ist durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) in der Rechtssache *Isbir* vom 7.11.2013 (C-522/12) ein wenig präzisiert worden. Bei der Anwendung dieser Grundsätze stellten sich zwei Rechtsfragen, die das BAG zur Vorlage in der Rechtssache *Isbir* zum EuGH veranlassten.

Das Bundesarbeitsgericht hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf Basis von tariflichen Stundenlöhnen vergütet hatte, die unter dem einschlägigen Mindestlohn lagen. Der Arbeitgeber hatte aber zu bestimmten Zeitpunkten tarifvertraglich vereinbarte Einmalzahlungen an den Arbeitnehmer erbracht und darüber hinaus vermögenswirksame Leistungen für den Arbeitnehmer gezahlt.

Der Vorlageentscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der ursprünglich geltende Stundenlohn nach dem einschlägigen Tarifvertrag betrug 7,56 €. Nach der Beendigung dieses Tarifvertrags kam es zu Verhandlungen und in der Folge zu einem Neuabschluss des Tarifvertrags, der die ursprünglichen Entgeltregelungen rückwirkend wieder in Kraft setzte und gleichzeitig zum 1. 8. 2007 eine Einmalzahlung von 600 Euro und zum 1. 1. 2008 eine Einmalzahlung von 150 Euro vorsah. Diese Zahlungen waren vom Bundesarbeitsgericht so ausgelegt worden, dass sie als antizipierte Entgelterhöhung für einen bestimmten Zeitraum dienen sollten. Erst in der Folge sollten die Stundenlöhne zum 31. 3. 2008 um 4,5 Prozent erhöht werden. Ab diesem Zeitpunkt betrug das für den Kläger des Ausgangsverfahrens einschlägige Stundenentgelt 7,90 Euro. Die Gesamtlaufzeit des Tarifvertrags betrug vom Zeitpunkt seiner rückwirkenden Inkraftsetzung (1.7.2007) an 24 Monate. Während der gesamten Laufzeit erbrachte der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer vermögenswirksame Leistungen in Höhe von 12,90 Euro monatlich. Der einschlägige Mindestlohn betrug ursprünglich 7,87 Euro und wurde ab dem 1.3.2008 auf 8,15 Euro erhöht. Das auf tarifvertraglicher Grundlage gezahlte Stundenentgelt lag also unterhalb der Mindeststundenentgelte der einschlägigen Mindestlohnregelung. Eine Anrechnung der Einmalzahlungen oder der vermögenswirksamen Leistungen hätte diese Differenz aber möglicherweise verringert oder ausgeschlossen, wenn diese anzurechnen gewesen wären.

Das Bundesarbeitsgericht kam zu dem Ergebnis, dass die Einmalzahlungen funktional äquivalent im Sinne seiner Rechtsprechung seien und damit die Anforderungen für die Anrechnungsfähigkeit auf den Mindestlohn erfüllten. In seinem Vorlagebeschluss führt das Bundesarbeitsgericht aus, dass es nach seiner Auffassung unschädlich sei, dass die erste Zahlung von 600 Euro erst am Ende des zweiten Monats (August 2007) des Zeitraums, für den sie angerechnet werden sollte (1. 7. bis zum 31. 12. 2007), und nicht bereits mit der ersten Monatsvergütung für den 1. Monat (Juli 2007) des Zeitraums erfolgte.

Der enge zeitliche Zusammenhang rechtfertigte dies, weil der Arbeitnehmer „*zeitnah zum ersten Bezugsmonat*“ über den Gesamtbetrag verfügen konnte. Auch im weiteren Verlauf stellt das BAG darauf ab, dass die zweite Zahlung offenbar für den Zeitraum von Januar 2008 bis zum Inkrafttreten der Lohnerhöhung am 31. 3. 2008 durchgerechnet werden sollte. Diese Vorgehensweise wird vom Bundesarbeitsgericht nicht näher begründet, erklärt sich aber mit

der Entscheidung der Vorinstanz. Das Landesarbeitsgericht hatte den dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Tarifvertrag dahingehend ausgelegt, dass die Zahlung von 600 Euro und von 150 Euro für die jeweiligen Zeiträume erfolgen sollten und nicht für die gesamte Laufzeit des Tarifvertrags.

Das Bundesarbeitsgericht hatte aber Zweifel, ob diese Betrachtungsweise mit der Rechtsprechung des EuGH zur Entsenderichtlinie vereinbar ist. Dies betraf auch die Frage, ob die Mindestlohnansprüche auch durch Zahlungen zu staatlichen Systemen der Vermögensbildung, im konkreten Fall durch die Zahlung vermögenswirksamer Leistungen durch den Arbeitgeber, erfüllt werden können.

Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Isbir* bringt hier nur eingeschränkt Klarheit, weil das BAG einen Sachverhalt vorgelegt hatte, in dem eine Einmalzahlung zur antizipierten Entgelterhöhung in einem Tarifvertrag vereinbart worden war. Der EuGH stellt auf diese eingeschränkte Konstellation ab. Des Weiteren wurde die Zahlung unmittelbar zu Beginn des Zeitraums ausgezahlt, auf den sie „umgelegt“ werden sollte. Darauf hatte das BAG in seiner Entscheidung hingewiesen und dieser Gesichtspunkt wird vom EuGH auch in seiner Begründung aufgegriffen. Im Übrigen macht der EuGH im Zusammenhang mit der Frage der Anrechnungsfähigkeit von vermögenswirksamen Leistungen deutlich, dass der zeitliche Abstand, mit dem eine Zahlung tatsächlich zur Verfügung steht, nicht ohne Relevanz für die Frage der Anrechnungsfähigkeit ist.

Vermögenswirksame Leistungen

Deutlicher wird der EuGH hingegen mit Blick auf die Anrechnung vermögenswirksamer Leistungen. Der EuGH lässt eigentlich keinen Zweifel daran, dass vermögenswirksame Leistungen nicht als Komponente des üblichen Verhältnisses zwischen der Arbeitsleistung und der hierfür vom Arbeitgeber zu erbringenden finanziellen Gegenleistung angesehen werden können. Sie unterscheiden sich dazu zu sehr vom Lohn im eigentlichen Sinne, da sie der Bildung von Vermögen dienen, in dessen Genuss der Arbeitnehmer erst binnen einer mehr oder weniger langen Frist kommt. Dominierend scheint die Erwägung zu sein, dass mit den vermögenswirksamen Leistungen das sozialpolitische Ziel der Vermögensbildung verfolgt wird. Diese Erwägung des EuGH stellt zumindest aber auch auf den Zeitpunkt der Auszahlung einer Leistung ab.

Fazit nach „Isbir“: Der Grundsatz der funktionalen Äquivalenz ist grundsätzlich unionsrechtskonform. Maßgeblich ist also zunächst, welche Leistungen des Arbeitnehmers die einschlägige Mindestlohnregelung als Gegenleistung für das Mindeststundenentgelt definiert. Arbeitgeberleistungen, die nicht für solche Leistungen erbracht werden, sind nicht

anzurechnen. Diese Rechtslage dürfte durch den EuGH mit *Isbir* abgesichert sein. Schwieriger wird es bei den Einmalzahlungen. Diese können nach *Isbir* anzurechnen sein. Der EuGH hat aber nicht entschieden, dass sie immer angerechnet werden können. Fraglich ist insbesondere, wie mit solchen Zahlungen umzugehen ist, die erst nachträglich erfolgen. Der EuGH schließt eine Rückrechnung nicht grundsätzlich aus. Die Entscheidung in der Rechtssache *Isbir* kann aber nicht so verstanden werden, dass stets eine Rückrechnung möglich ist. Für die Zukunft ließe sich eine Beschränkung der Rückrechenbarkeit durch Rückgriff auf die Wertung des § 2 MiLoG gewinnen.

Danach ist eine derartige Leistung des Arbeitgebers immer, aber auch nur dann auf die Mindestlohnverpflichtung anzurechnen, wenn sie nach ihrer Zweckbestimmung als Gegenleistung für diejenige Arbeitsleistung dient (sog „Normalleistung“), die Gegenstand der Mindestlohnverpflichtung ist („Äquivalenzprinzip“ bzw. „Prinzip der funktionellen Gleichwertigkeit“).

15

Urlaubsgeld

Schon seinem Zweck nach nicht anzurechnen ist das **Urlaubsgeld**. Es stellt keine Vergütung der Normalleistung dar, sondern dient der Kompensation der Zusatzkosten, die dem Arbeitnehmer während der Erholung im Urlaub entstehen. Das Urlaubsgeld ist damit funktional darauf gerichtet, die Wiederherstellung und den Erhalt der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers zu unterstützen und nicht als Vergütung der Normalleistung zu sehen. Dafür spricht auch, dass das Urlaubsgeld regelmäßig nur für den Urlaub gezahlt wird, also eine von der Arbeitsleistung unabhängige Funktion hat.

Provision

Ob **Provisionen** angerechnet werden können, hängt davon ab, ob sie zum Fälligkeitszeitpunkt tatsächlich und unwiderruflich ausbezahlt wurden. Das lässt sich an der Nachfrage des Ausschusses Arbeitsrecht im DAV in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf verdeutlichen:

Beispiel

Eine Vertreterin für Kosmetikartikel mit monatlich 160 Arbeitsstunden erhält ein Fixum iHv 800 Euro. Auf Grund von Provisionen erzielt sie in der Regel weitere 1000 –1200 Euro pro Monat, so dass ihr Gesamteinkommen um die 2000 Euro liegt. Zahlt der Arbeitgeber der Vertreterin

tatsächlich 2000 Euro zum Fälligkeitszeitpunkt aus und steht die Provisionszahlung nicht unter dem Vorbehalt späterer Nachprüfungen oder Verrechnungen mit Lohnansprüchen in Vor- bzw. Nachfolgemonaten, ist alles unproblematisch. Im Abrechnungsmonat erhielt sie nämlich einen Stundenlohn von 12,50 Euro (2000 Euro : 160 Stunden). Anders liegen die Dinge dagegen, wenn

1. die Provisionszahlungen mit zeitlicher Verzögerung geleistet werden,
2. über Zeitabschnitte verrechnet werden, die über einen Monatszeitraum hinausgehen oder aber
3. der Arbeitnehmer nicht die erforderlichen Provisionen erwirtschaftet.

In den Fallgestaltungen 1. und 2. kann sich der Arbeitgeber immerhin dadurch behelfen, dass er dem Arbeitnehmer eine Mindestprovision in der notwendigen Höhe garantiert und mit ihm vereinbart, dass etwaige „Garantiezahlungen“ mit Provisionserträgen in späteren Zeiträumen verrechnet werden, vorausgesetzt natürlich, dass die dann über der Mindestlohngrenze liegen. Dagegen drängt sich in Konstellation 3. geradezu auf, dass der Arbeitgeber auf die Mindestlohndifferenz haftet. Würde die Arbeitnehmerin also Provisionen von weniger als 560 Euro erzielen, müsste er die Differenz zum Mindestlohn nachleisten (Mindestlohn = 160 Stunden x 8,50 Euro = 1360 Euro, abzüglich von 800 Euro Festgehalt). Damit verhindert der Mindestlohn auch, dass dem Arbeitnehmer bei Vertragsschluss Provisionen in Aussicht gestellt werden, die er in realiter nicht erwirtschaften kann.

Zulagen und Zuschläge

Zahlungen werden nicht berücksichtigt, wenn sie das Verhältnis zwischen der „Normalleistung“ des Arbeitnehmers und dem Arbeitslohn zu dessen Nachteil verändern.

Danach werden nicht berücksichtigt:

Zulagen für quantitative oder qualitative Mehrarbeit, Zuschläge, die für Arbeiten zu besonderen Tageszeiten und an Sonn- und Feiertagen gezahlt werden, (Wechsel-)Schichtzulagen, Überstundenzuschläge, Zuschläge für Arbeiten unter besonders beschwerlichen, belastenden oder gefährlichen Umständen. Elemente der Nettolohnmaximierung (z. B. Mankogeld, Diensthandy usw.) werden wahrscheinlich bei der Berechnung des Mindestlohns auch nicht berücksichtigt, müssen also zusätzlich gewährt werden.

Betriebsrente

Zur Frage der **Entgeltumwandlung nach Betriebsrentengesetz (BetrAVG)** steht in § 3 des Gesetzesentwurfes: „*Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, sind insoweit unwirksam. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer kann auf den Anspruch nach § 1 Absatz 1 nur durch gerichtlichen Vergleich verzichten. Die Verwirkung des Anspruchs ist ausgeschlossen.*“

Zu dieser Bestimmung wiederum heißt es sodann in der Gesetzesbegründung wörtlich: „*Satz 1 lässt eine Entgeltumwandlung nach dem Betriebsrentengesetz unberührt; sie bleibt weiterhin möglich. Vereinbarungen nach § 1a des Betriebsrentengesetzes sind keine Vereinbarungen, die zu einer Unterschreitung oder Beschränkung des Mindestlohnanspruchs führen.*“

Vorstehendes kann man nur so verstehen, dass das Mindestentgelt ohne Gesetzesverstoß durch Entgeltumwandlung unter 8,50 EUR brutto fallen kann.

17

Bereitschaftsdienst

Mindestlohn gilt auch für Bereitschaftszeiten

Arbeitnehmer der Pflegebranche haben auch in Bereitschaftszeiten einen Anspruch auf Zahlung des Mindestlohns, entschied das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg (LAG). Im entschiedenen Fall war die Klägerin bei einem privaten Pflegedienst beschäftigt. Sie wurde in einem katholischen Schwesternhaus eingesetzt, wo sie Pflegeleistungen für zwei pflegebedürftige Schwestern erbrachte. Vertraglich vereinbart war die Erbringung von „Rund-um-die-Uhr-Diensten“, zumeist 15 Tage am Stück. Während der Dienste, die aus Zeiten der Vollarbeit und auch aus Bereitschaftszeiten bestanden, wohnte die Klägerin im Schwesternheim. Eine Abgrenzung, wann Vollarbeit zu erbringen war und wann die Klägerin Bereitschaft hatte, war vertraglich nicht geregelt. Die Klägerin machte über ihre Pauschalvergütung hinaus Entgeltansprüche in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns der Pflegebranche von 8,50 €/Stunde geltend. Diesen Stundensatz begehrte sie für die vollen 24 Stunden eines „Rund-um-die-Uhr-Dienstes“.

Die Richter erklärten, dass die Regelung über das Mindestentgelt in der Pflegebranche (§ 2 Abs. 1 PflegeArbbV) nicht nach der Art der erbrachten Tätigkeit differenziere. Deshalb seien Bereitschaftsdienste mit demselben Mindestentgeltsatz zu vergüten wie Arbeitsleistungen während der Vollarbeitszeit. Der Mindestlohn müsse stets dann entrichtet werden, wenn – zumindest überwiegend – Tätigkeiten der Grundpflege erbracht werden. Dann gelte der Mindestlohn auch für andere Arbeiten, etwa für die hauswirtschaftliche Versorgung. Lediglich eine Vergütung für Pausenzeiten lehnten die Richter ab.

Für die Beratung bedeutet dies:

Solange keine eigenständige Rechtsprechung zum MiLoG vorliegt, sollte so verfahren werden: Will der Arbeitgeber nur die eigentliche vertragsgemäße Arbeitsleistung an sich honorieren, kann grundsätzlich eine Anrechnung stattfinden. Soll dagegen ein darüber hinausgehender oder anderer Zweck verfolgt werden, findet grundsätzlich keine Anrechnung statt.

Fälligkeit, Arbeitszeitkonten und Wertguthaben

Der Arbeitgeber ist nach § 2 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 MiLoG verpflichtet, dem Arbeitnehmer den Mindestlohn für sämtliche tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden **zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt** zu entrichten. Soweit keine Vereinbarung getroffen ist, greift gem. § 2 Absatz 1 Satz 2 MiLoG die Regelung des § 614 BGB. Allerspätestens wird die Vergütung nach § 2 Absatz 1 Nr. 2 MiLoG am letzten Bankarbeitstag in Frankfurt a. M. des Monats fällig, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde. Diese Regelung wird in der Praxis nur eingeschränkte Bedeutung erlangen, da im Arbeitsvertrag im Regelfall ein deutlich früherer Fälligkeitszeitpunkt vereinbart ist bzw. sich ein solcher aus § 614 BGB ergibt. Erfolgt die Zahlung verspätet, gerät der Arbeitgeber nicht nur nach § 286 Absatz 2 Nr. 1 BGB in Verzug, vielmehr stellt dies auch eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar (§§ 20, 21 Absatz 1 Nr. 9 MiLoG).

Von dieser Grundregelung enthält § 2 Absatz 2 MiLoG eine **Öffnungsklausel** zu Gunsten von Arbeitszeitkonten. Danach kann dem Arbeitnehmer Arbeitszeit, die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgeht, auf ein schriftlich vereinbartes oder auf Basis einer Betriebsvereinbarung oder eines Tarifvertrags eingerichteten Arbeitszeitkontos gutgeschrieben werden. Diese ist innerhalb von zwölf Monaten nach ihrer monatlichen Erfassung auszugleichen. Die Gutschriften dürfen nicht mehr als maximal 50 Prozent der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit betragen.

Beispiel: Bei einer vertraglich vereinbarten Wochenarbeitszeit von 20 Wochenstunden beträgt die monatliche Arbeitszeit 80 Stunden. In das Arbeitszeitkonto dürfen monatlich maximal 40 zusätzliche Mehrarbeitsstunden eingestellt werden.

Wird schließlich das Arbeitsverhältnis beendet, sind aufgesparte Guthaben nach § 2 Absatz 2 Satz 2 MiLoG spätestens in dem auf die Beendigung folgenden Kalendermonat auszugleichen, mangels näherer Zeitbestimmung wohl spätestens zum Monatsende. Sämtliche Einschränkungen für Arbeitszeitkonten greifen nicht für Wertguthabenvereinbarungen nach den §§ 7 b ff. SGB IV: § 2 Absatz 3 MiLoG.

Im Übrigen ist die Regelung **nicht tarifdispositiv**. Tarifverträge und darauf beruhende arbeitsvertragliche Vereinbarungen oder Betriebsvereinbarungen, die für Arbeitszeitkonten einen längeren Übertragungszeitraum/Ausgleichszeitraum als zwölf Monate vorsehen, sind - allerdings wohl nur im Hinblick auf den Entgeltanteil, der dem Mindestlohn entspricht - insoweit unwirksam. Was das für die Praxis bedeutet, muss sich erst noch zeigen; möglicherweise wird eine doppelte Buchführung notwendig.

Ungeklärt ist bis dato auch, wie mit **variablen Vergütungssystemen** verfahren wird, in denen ein erheblicher Gehaltsbestandteil erfolgsabhängig gewährt wird.

Beispiel: Ein Versicherungsvertreter hat ein monatlich fixes Grundeinkommen von 900 Euro brutto bei vereinbarten 150 Arbeitsstunden pro Monat. Auf die Arbeitsstunde umgerechnet hätte er ein Einkommen von nur ca. 6 Euro pro Stunde. Er erzielt zusätzlich durch Vermittlung von Versicherungsverträgen jeden Monat Provisionszahlungen von mind. 2.000 Euro, hat also ein Einkommen von mindestens 2.900 Euro monatlich. Dies ergibt einen Stundenlohn von 19,33 Euro. Wären die monatlichen Provisionszahlungen nicht in die Mindestlohnberechnung einzubeziehen, hätte er Anspruch auf weitere 2,50 Euro pro Stunde und damit insgesamt auf 3.275 Euro. Würde er hingegen stundenweise mit dem Mindestlohn bezahlt, hätte er lediglich ein Einkommen von 1.275 Euro (150 Stunden x 8,50 Euro). Auch dieses Beispiel verdeutlicht, dass allein eine am Sinn und Zweck des MiLoG orientierte Auslegung ausufernde Folgen vermeidet. Der Gesetzeszweck lässt es im Beispiel ohne Weiteres zu, in Monaten, in denen der Versicherungsvertreter die Provisionen erzielt und damit im Monatsschnitt oberhalb von 8,50 Euro liegt, diese Provisionen als mindestlohnrelevant einzustufen. Bei der künftigen Vertragsgestaltung muss aber darauf geachtet werden, dass der Arbeitnehmer jeden Monat im Schnitt oberhalb des Mindestlohns verdient.

Dokumentations- und Meldepflichten, Kontrollen und Sanktionen

Das MiLoG beinhaltet zahlreiche Vorschriften zur Durchsetzung des Mindestlohns:

- Haftung des Auftraggebers bei Nachunternehmerschaft (§ 13 MiLoG),
- Zuständigkeit und Befugnisse für die Kontrolle der Pflichten nach dem MiLoG und die Zusammenarbeit der in- und ausländischen Behörden (§§ 14 f. und § 18 MiLoG),
- Meldepflichten des Arbeitgebers (§ 16 MiLoG),
- Dokumentationspflichten des Arbeitgebers (§ 17 MiLoG),
- Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 19 MiLoG)
- Bußgeldvorschriften (§ 21 MiLoG)

Bei der Formulierung dieser Vorschriften wurde insbesondere auf das Arbeitnehmerentendegesetz zurückgegriffen, das ganz ähnliche Regelungen beinhaltet.

Anders stellt sich die Situation für bestimmte Arbeitnehmergruppen dar; hier sind im MiLoG Dokumentations- und Meldepflichten eingeführt worden, durch welche die Überprüfung der Einhaltung des MiLoG erleichtert werden soll: Der Arbeitgeber hat Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit (d.h. auch Pausen!) für alle

- Beschäftigten in den in § 2a SchwarzArbG genannten Wirtschaftsbereichen und – zweigen (Baugewerbe, Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, Personenbeförderungsgewerbe, Speditions-, Transport- und damit verbundene Logistikgewerbe, Schaustellergewerbe, Unternehmen der Forstwirtschaft, Gebäudereinigungsgewerbe, Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen beteiligen und in der Fleischwirtschaft) und
- Für alle geringfügig Beschäftigten in allen Branchen (§ 8a SGB IV)

spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt aufzubewahren.

Als Nachweise kommen z.B. in Betracht Stundenzettel, Stempeluhrkarten, Lohnlisten und ähnliche Unterlagen, auf denen die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeitszeit festgehalten wird. Die Arbeitszeit kann auch durch elektronische Datenverarbeitungsanlagen und sonstige Zeiterfassungssysteme aufgezeichnet werden, sofern die dort gespeicherten Daten bei einer Kontrolle jederzeit abrufbar sind. Die Aufzeichnungspflicht kann der Arbeitgeber auch auf den Arbeitnehmer übertragen, der die Arbeitszeit dann beispielsweise im Wege der Selbstaufschreibung erfasst. Verantwortlich iSd §§ 17, 21 MiLoG bleibt aber nach wie vor der Arbeitgeber. Er muss deshalb sicherstellen, dass die Arbeitnehmer Beginn und Ende ihrer

täglichen Arbeitszeit auch tatsächlich aufzeichnen. Dazu hat er die erforderlichen Aufzeichnungsmittel zur Verfügung zu stellen, die Mitarbeiter anzuleiten und anzuweisen, die Aufzeichnungen regelmäßig durch Stichproben zu überprüfen und bei Unterlassungen die entsprechenden Maßnahmen zu treffen. Für die Art und Weise der Aufbewahrung macht das MiLoG ebenfalls keine Vorgaben. Der Arbeitgeber kann deshalb grundsätzlich frei bestimmen, wie er sie erfüllt. Auch eine elektronische Aufbewahrung ist möglich. Es muss nur gewährleistet sein, dass die Aufschreibungen dem Zoll ohne Weiteres zur Verfügung gestellt werden können.

Diese Verpflichtung gilt im Übrigen auch für Entleiher, dem ein Verleiher Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung in einem der in § 2a SchwarzArbG genannten Wirtschaftszweig überlässt.

Neu aufgenommen wurde die in § 17 Absatz 4 MiLoG vorgesehene Möglichkeit, dass das Bundesfinanzministerium im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrats die dargestellte Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht vereinfachen oder abwandeln kann, wenn dies auf Grund von Besonderheiten der zu erbringenden Werk- oder Dienstleistung oder auf Grund von Besonderheiten des jeweiligen Wirtschaftsbereichs oder -zweigs erforderlich ist.

Zusätzliche Meldepflichten für ausländische Arbeitgeber und Verleiher

Für ausländische Arbeitgeber und Verleiher der oben genannten Wirtschaftsbereiche sieht das MiLoG ergänzend umfangreiche Meldepflichten vor: Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, die im Anwendungsbereich des MiLoG in den Wirtschaftsbereichen gem. § 2 a SchwarzArbG (s. o.) Arbeitnehmer beschäftigen, sind verpflichtet, diese Arbeitnehmer bei der zuständigen Behörde der Zollverwaltung anzumelden, § 16 Absatz 1 Satz 1 MiLoG. Die Anmeldung muss detaillierte Angaben über das Beschäftigungsverhältnis des Arbeitnehmers enthalten, § 16 Absatz 1 Satz 2 MiLoG. Eine ähnliche Pflicht trifft Unternehmen aus den Wirtschaftsbereichen gem. § 2 a SchwarzArbG, die im Anwendungsbereich des MiLoG Arbeitnehmer eines Verleihers mit Sitz im Ausland einsetzen.

Beiden Anmeldungen muss eine Versicherung des ausländischen Arbeitgebers bzw. Verleihers beigefügt sein, wonach diese ihren im Inland beschäftigten Arbeitnehmern gem. § 20 MiLoG den Mindestlohn zahlen. Änderungen hinsichtlich der mit der Anmeldung übermittelten Angaben müssen unverzüglich mitgeteilt werden, § 16 Absatz 1 Satz 3, Absatz 3 Satz 2 MiLoG.

Ausnahmen

Praktika

Grundsätzlich haben auch Praktikanten Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn: § 22 Absatz 1 Satz 2 MiLoG. Das MiLoG stellt Praktikanten, obwohl sie gerade in keinem Arbeitsverhältnis mit ihrem „Ausbildungsbetrieb“ stehen, Arbeitnehmern gleich. Allerdings hält das Gesetz an dieser Stelle zahlreiche Ausnahmen bereit, so dass dieser vermeintlichen Grundregel in der Realität kaum mehr Bedeutung als die einer Beweislastregelung zukommen wird, die dem Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür auferlegt, dass eine Ausnahme gegeben ist.

§ 22 Absatz 1 Satz 2 MiLoG definiert erstmalig „Praktikanten“: **Danach ist Praktikant, wer sich nach der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses einer betrieblichen Tätigkeit nur für eine begrenzte Dauer und dies nur zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen zur Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit unterzieht, ohne dass es sich dabei um eine Berufsausbildung im Sinne des Berufsbildungsgesetz (BBiG) oder um eine damit vergleichbare praktische Ausbildung handelt. Weiter ist erforderlich, dass das Praktikum unter § 26 BBiG subsumiert werden kann, womit klargestellt werden soll, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag bestehen darf.**

Maßgeblich ist, wie im übrigen Arbeitsrecht auch, nicht etwa die Bezeichnung des gegenseitigen Vertragsverhältnisses, sondern dessen tatsächliche Durchführung.

Im Einzelnen sind von der Mindestlohnspflicht dann folgende Praktika gemäß § 22 Absatz 1 Satz 2 MiLoG freigestellt:

a) Praktika, die auf Grund einer schulrechtlichen Bestimmung, Ausbildungsordnung oder einer hochschulrechtlichen Bestimmung verpflichtend sind (also etwa: juristische Pflichtpraktika nach § 5 a Absatz 3 Satz 2 DRiG). Erfasst sind sämtliche schul-, studien- und prüfungsbegleitenden Praktika, aber auch solche, die als Voraussetzung zur Aufnahme einer bestimmten Ausbildung oder eines Studiums verpflichtend vorgeschrieben sind, sowie weiterhin Praktika im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie. Weiter rechnen nach der Gesetzesbegründung hierzu auch Praktika, die im Rahmen von dualen Studiengängen absolviert werden. Ob das dann aber wirklich in jeder Sachkonstellation der Fall ist, lässt sich angesichts der Vielzahl der in der Praxis anzutreffenden Ausbildungsformen so pauschal nicht beurteilen: Bei praxisintegrierten Studiengängen handelt es sich nämlich nicht immer zwingend um eine Ausbildung iSd § 26 BBiG. Diese können daher durchaus mindestlohnpflichtig sein.

Dagegen dürfte für ausbildungsintegrierte Studiengänge, bei denen neben dem Studienabschluss auch ein Abschluss in einem anerkannten Ausbildungsberuf vermittelt wird, der Ausnahmetatbestand des § 22 Absatz 3 MiLoG vorrangig sein.

b) Praktika von bis zu drei Monaten, die zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder die Aufnahme eines Studiums dienen (§ 22 Absatz 1 Nr. 2 MiLoG). Voraussetzung ist, dass das Praktikum einen erkennbaren inhaltlichen Bezug zu einer Ausbildung oder zu einem Studium aufweist, die bzw. das der Praktikant jedenfalls vom Grundsatz her gesehen aufnehmen könnte.

c) „Freiwillige“ Praktika, die begleitend zu einer Berufs- oder Hochschulausbildung abgeleistet werden und einen inhaltlichen Bezug zur jeweiligen Ausbildung aufweisen. Diese dürfen indes nicht länger als drei Monate andauern (§ 22 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 MiLoG). Weiter ist Voraussetzung, dass mit dem Praktikanten nicht bereits zuvor (dh: niemals [!] zuvor) ein regelzeiterschöpfendes Praktikumsverhältnis bestanden hat. Allerdings dürfte ein „Vorpraktikum“ dann unschädlich bleiben, soweit dessen Dauer und die des aktuellen Praktikums die Dreimonatsgrenze insgesamt nicht überschreiten. Die maximal zulässige Praktikumsdauer von drei Monaten muss m. E. auf mehrere Praktikumsabschnitte verteilt werden können. Unschädlich sind auch beim selben Unternehmen geleistete Pflichtpraktika iSd § 22 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 MiLoG (vgl. den Wortlaut der Rückausnahme: „... solches Praktikumsverhältnis ...“).

d) Schließlich zählt die Teilnahme an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54 a SGB III oder einer Berufsausbildung nach §§ 68–70 BBiG nicht zu den mindestlohnpflichtigen Tätigkeiten: §§ 22 Absatz 1 Satz 1 Nr. 4 MiLoG. Damit sollen vor allem Integrations- und Förderprogramme, wie es sie etwa in der chemischen Industrie oder in der Metall- und Elektroindustrie gibt, privilegiert werden. In systematischer Hinsicht wäre es allerdings wohl besser gewesen, für diese Ausnahme einen eigenständigen Absatz vorzusehen und sie nicht unter Absatz 1 einzufügen. Eine derartige Einstiegsqualifizierung stellt in der Regel kein Praktikum iSd §§ 22 Absatz 1 Satz 2 MiLoG und 26 BBiG dar.

Änderung des Nachweisgesetzes für Praktikanten

Zudem wird für Praktikanten ausdrücklich eine Nachweispflicht hinsichtlich der wesentlichen Vertragsbedingungen neu in § 2 Absatz 1 a NachwG eingefügt.

Praktikanten werden in den Geltungsbereich des Nachweisgesetzes einbezogen:

„§ 1 Anwendungsbereich

Dieses Gesetz gilt für alle Arbeitnehmer, es sei denn, dass sie nur zur vorübergehenden Aushilfe von höchstens einem Monat eingestellt werden. Praktikanten, die gemäß § 22 Absatz 1 des Mindestlohngesetzes als Arbeitnehmer gelten, sind Arbeitnehmer i.S. dieses Gesetzes.“

Damit ist auch ausgesagt, dass für die „übrigen Vertragsverhältnisse“ – z.B. Volontäre – auf eine Vertragsniederschrift verzichtet werden kann.

Die Niederschrift der wesentlichen Vertragsbedingungen und deren Aushändigung muss bereits vor der Aufnahme des Praktikums erfolgen (in Abweichung der Monatsfrist innerhalb derer die Niederschrift für Arbeitnehmer erfolgen muss).

Der Arbeitgeber hat gemäß § 2 Absatz 1a Satz 2 Nachweisgesetz in die Niederschrift mindestens folgende Angaben aufzunehmen:

1. den Namen und die Anschrift der Vertragsparteien,
2. die mit dem Praktikum verfolgten Lern- und Ausbildungsziele,
3. Beginn und Dauer des Praktikums,
4. Dauer der regelmäßigen Praktikumszeit,
5. Zahlung und Höhe der Vergütung,
6. Dauer des Urlaubs,
7. Einen in allgemeiner Form gehaltenen Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Praktikumsverhältnis anzuwenden sind.

Auszubildende und Ehrenamtliche

Das MiLoG regelt nicht die Vergütung von Auszubildenden. Das folgt daraus, dass Auszubildende in keinem Arbeitsverhältnis mit dem Ausbildungsunternehmen stehen (§ 10 Absatz 1 und 2 BBiG), wird in § 22 Absatz 3 MiLoG aber auch noch einmal deklaratorisch klargestellt.

☝ Rechtsverhältnisse i. S. d. § 26 BBiG, die auf eine praktische Ausbildung abzielen, welche mit der Berufsausbildung i. S. d. BBiG vergleichbar ist, sind weder Arbeitsverhältnisse noch Praktikumsverhältnisse. Für sonstige „andere Vertragsverhältnisse“ i. S. d. § 26 BBiG gilt, weil sie keine Arbeitnehmer und keine Praktikanten sind, das MiLoG nicht, also etwa für Volontariate (vgl. BT-Drs. 18/2010 (neu), 26).


Weiter erfasst das Gesetz nicht die „Beschäftigung“ von ehrenamtlich Tätigen. Was allerdings ein ehrenamtlich „Beschäftigter“ ist, wird im Gesetz nicht definiert. Da der

Ausnahmetatbestand keine Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen darf, ist er eng auszulegen. Bisher finden sich im geltenden Recht nur rudimentäre Beschreibungen des Ehrenamts, meist in Zusammenhang mit der Übernahme öffentlicher Ämter oder vertretungsrechtlicher Funktionen (§ 37 BetrVG, § 20 ff. ArbGG, § 40 S. 1 SGB IV usw). Einige Hinweise geben immerhin die §§ 73 SGB Absatz 8 und §§ 2 Absatz 1 Nr. 9, 10 und 6 S. 1 Nr. 3 SGB VII. Danach ist ein Ehrenamtlicher, wer ein öffentliches Amt (im weiteren Sinne) begleitet, Amtsträger einer privaten, meist gemeinnützigen Organisation ist, im Gesundheitswesen bzw. in der Wohlfahrtspflege tätig wird oder sonst eine Tätigkeit übernommen hat, die sich ihrem Gesamteindruck nach als Ausdruck eines bürgerschaftlichen Engagements erweist. Dabei darf die betreffende Person nicht einem Arbeitnehmer vergleichbar weisungsgebunden sein, sondern muss selbstständig und regelmäßig auch unentgeltlich oder nur gegen eine Aufwandsentschädigung tätig werden. Ohne Einschränkung aus dem Gesetz ausgenommen sind jedenfalls freiwillige Dienste (soziales Jahr, Freiwilligendienst usw.) iSd § 32 Absatz 4 Satz 1 Nr. 2 d EStG.

25

Jugendliche und Langzeitarbeitslose

Das MiLoG findet keine Anwendung auf **Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren ohne abgeschlossene Berufsausbildung**: §§ 22 Absatz 2 MiLoG iVm § 2 Absatz 1, 2 JArbSchG. Sinn der Regelung ist, junge Menschen nachhaltig in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Der Mindestlohn soll keinen Anreiz setzen, zu Gunsten einer mit dem Mindestlohn vergüteten Beschäftigung auf eine Berufsausbildung zu verzichten.

 **Diese Regelung wirft Gleichheitsprobleme (Art. 3 GG) auf und ist auch im Hinblick auf das Verbot der Altersdiskriminierung (Art. 21 GrCh, RL 2000/78/EG) fragwürdig.**

Weniger Schwierigkeiten bereitet dagegen § 22 Absatz 4 MiLoG. Danach haben Arbeitnehmer in den ersten sechs Monaten ihrer Beschäftigung keinen Anspruch auf einen Mindestlohn, wenn sie unmittelbar vor Aufnahme ihrer Beschäftigung ein Jahr oder länger arbeitslos waren (§ 18 Absatz 1 SGB III). Die Bundesregierung hat den gesetzgebenden Körperschaften zum 1.1.2017 darüber zu berichten, inwieweit die Regelung die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen in den Arbeitsmarkt gefördert hat, und eine Einschätzung darüber abzugeben, ob diese Regelung fortbestehen soll.

Zeitungszusteller

§ 24 Absatz 2 MiLoG sieht für Zeitungszusteller eine Übergangsphase vor. Nach § 24 Absatz 2 MiLoG ist ein Zeitungszusteller ein Arbeitnehmer, der *ausschließlich* periodische Zeitungen und Zeitschriften an Endkunden zustellt. Die Ausnahme greift also nicht, sobald der Arbeitnehmer neben Zeitungen auch Briefe bzw. andere Waren zustellt oder auch nur Wurfsendungen verteilt. Briefdienstleister können von ihr also keinen Gebrauch machen.

Für Zeitungszusteller beträgt der Mindestlohn in den Jahren 2015 und 2016 75 % bzw. 85 % des grundständigen Mindestlohns (6,38 Euro bzw. 7,23 Euro). 2017 erhalten Zeitungszusteller 8,50 Euro. Damit könnten sie auch 2017 noch unter dem allgemeinen Mindestlohniveau liegen, weil zu diesem Zeitpunkt erstmals eine mindestloohnerhöhende Rechtsverordnung nach §§ 9 I und 11 MiLoG gelten könnte. Ab dem 1.1.2018 erfolgt dann eine Gleichstellung mit allen übrigen Beschäftigten. Dieser Ausnahme liegt die Befürchtung des Gesetzgebers zu Grunde, dass eine sofortige Einführung des Mindestlohns in ländlichen und strukturschwachen Regionen die Zustellung von Zeitungen beeinträchtigen könnte, was nach Ansicht des Gesetzgebers mit der Pressefreiheit des Art. 5 GG unvereinbar wäre. Von berauschender Überzeugungskraft ist diese Argumentation wohl eher nicht und zwar schon deshalb nicht, weil sich mit dem schlichten Hinweis auf (vermeintlich) kollidierende Grundrechte bzw. mit Verfassungsrang geschützter Rechtsgüter für eine Vielzahl von Berufen und Tätigkeiten Ausnahmen vom Mindestlohn fordern ließen (öffentliche Daseinsvorsorge, Gesundheitswesen, soziale Tätigkeiten usw). Freilich hat der Bundesverband der Zeitungsverleger im Gesetzgebungsverfahren auch besonders bemüht argumentiert.

Nicht Saisonarbeiter!

Die Sonderregelung für diese vor allem für die Landwirtschaft wichtige Gruppe ist nicht im MiLoG selbst geregelt. Art. 9 des Tarifautonomiestärkungsgesetzes sieht eine Änderung von § 115 SGB IV vor, der nun regelt, dass die Zeitgrenzen für die geringfügige Beschäftigung in Form der kurzfristigen Beschäftigung ausgeweitet werden, um Problemen bei der Saisonarbeit im Rahmen der Einführung des Mindestlohns Rechnung zu tragen.

Vom 1.1.2015 bis zum 31.12.2018 kann die Beschäftigung geringfügig Beschäftigter innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens drei Monate (statt bisher zwei Monate) oder 70 Arbeitstage (statt bisher 50 Arbeitstage) begrenzt sein oder im Voraus vertraglich begrenzt werden. Anders als die übrigen Regelungen des Tarifautonomiestärkungsgesetzes sieht diese Bestimmung ausdrücklich vor, dass sie am 31.12.2018 automatisch außer Kraft tritt, um zu verhindern, dass

es damit zu einer generellen Ausweitung der versicherungsfreien geringfügigen Beschäftigung kommt. Der Mindestlohn ist also grundsätzlich für Saisonarbeiter(innen) ab 1.1.2015 zu bezahlen, dafür wird die sozialversicherungsrechtlich privilegierte Beschäftigung für einen längeren Zeitraum ermöglicht.

Überprüfung der Zahlung von Mindestlöhnen

Zuständig für die Kontrolle sind die **Behörden der Zollverwaltung (§ 14 MiLoG)**, die bereits für die Durchsetzung der tariflichen Branchenmindestlöhne nach den §§ 16 ff. AEntG, §§ 17 ff. AÜG verantwortlich waren. Operative Einheiten sind die 41 Hauptzollämter (vgl. § 12 Absatz 2 FinanzverwaltungsG). Die Rechts- und Fachaufsicht liegt bei den fünf Bundesfinanzdirektionen (BFD) als Mittelbehörden. Zollintern hat die Aufgaben die Abteilung „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“ (FKS) übernommen die Ende 2003 eingerichtet wurde.

27

Verfahrensrecht

Das vom Zoll einzuhaltende Verfahren richtet sich nach den Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG), dessen §§ 2-6, 14, 15, 20, 22 und 23 durch § 15 MiLoG für entsprechend anwendbar erklärt wurden. Ergänzend gilt die Abgabenordnung (AO), auf die § 22 SchwarzArbG verweist. Doch damit nicht genug. Das MiLoG tritt hinter die spezielleren Vorschriften über die tariflichen Mindestarbeitsbedingungen zurück (§ 1 Absatz 3 Satz 1 MiLoG). Das AEntG und das AÜG bleiben nach wie vor in Kraft und enthalten selbst Regelungen über den Vollzug ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen durch den Zoll. In Kraft bleiben auch die nach diesen Vorschriften geltenden Tarifverträge (§ 1 Absatz 3 Satz 2 MiLoG), die hinsichtlich Höhe und Fälligkeit deutlich vom allgemeinen Mindestlohn abweichen. Immerhin sind die Vollzugsvorschriften in allen Gesetzen weitgehend wortgleich ausgestaltet.

Aufzeichnung der Arbeitszeit

Flankierend zur Einhaltung des Mindestlohns überwacht der Zoll die ordnungsmäße Aufzeichnung der Arbeitszeit. Das ist notwendig, damit der Arbeitgeber bei Vereinbarung eines pauschalen Monatslohns den auf Stundenbasis berechneten gesetzlichen Mindestlohn nicht

durch Manipulation der Arbeitszeit unterlaufen kann. Allerdings besteht von Gesetzes wegen keine allgemeine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Das MiLoG sieht sie nur dort vor, wo sie dem Gesetzgeber als besonders notwendig erschien. Das ist zum einen der Fall bei den geringfügig oder kurzfristig Beschäftigten iSd § 8 SGB IV (§ 17 Absatz 1 Satz 1 MiLoG), soweit sie nicht in Haushalten beschäftigt sind (§ 17 Absatz 1 Satz 3 MiLoG), zum anderen in den in § 2 a SchwarzArbG genannten Bereichen, soweit hier nicht ohnehin die spezielleren Vorschriften der § 19 Absatz 1 AEntG, § 17 c AÜG dem MiLoG vorgehen (§ 1 Absatz 3 MiLoG).

Die bußgeldbewehrte (!) Aufzeichnungspflicht für geringfügig Beschäftigte sämtlicher Branchen trägt dem Umstand Rechnung, dass hier die Manipulationsgefahr am größten ist. Soll ihr Status als sozialversicherungsfreie Beschäftigte erhalten bleiben, ist künftig die Zahl der Arbeitsstunden begrenzt. Bei den 450 Euro-Jobs sind das maximal 53 Stunden monatlich. Da § 17 Absatz 1 MiLoG nur auf § 8 Absatz 1 SGB IV, nicht aber auf die weiteren Absätze dieser Vorschrift verweist, besteht die Aufzeichnungspflicht auch dann, wenn ein geringfügig Beschäftigter ein zweites oder weiteres Arbeitsverhältnis eingeht. Zwar kann in diesem Fall die Freiheit von der Sozialversicherungspflicht entfallen, weil mehrere Beschäftigungen nach § 8 Absatz 2 SGB IV zusammenzurechnen sind und so die Grenzen des § 8 Absatz 1 Nr. 1 SGB IV überschritten werden können, womit für beide Beschäftigungen Sozialversicherungspflicht besteht. Die Arbeitszeit muss jedoch in jedem Arbeitsverhältnis gesondert aufgezeichnet werden.

Bereithalten von Unterlagen

Arbeitgeber, die – wie eben beschrieben – zur Erfassung der Arbeitszeit verpflichtet sind, müssen nach § 17 Absatz 2 MiLoG auch die für die Mindestlohnkontrolle erforderlichen Unterlagen bereithalten und – soweit es der Zoll verlangt – dieser Pflicht auch am Ort der Beschäftigung nachkommen. Vorzulegen sind die Niederschrift über die wesentlichen Arbeitsbedingungen nach § 2 NachwG, die nach § 8 II Nr. 6 BVV zu den Entgeltunterlagen gehört, sowie alle Belege, die sich auf die tatsächliche Entgeltzahlung beziehen, also etwa Überweisungsträger, Kontoauszüge, Quittungen. Die Zollbeamten müssen in der Lage sein, ihre Kontrollaufgaben auch im Detail wahrzunehmen. Enthält das ausgezahlte Arbeitsentgelt Bestandteile, die nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden dürfen, wie etwa Zuschläge für Überstunden oder für Arbeit an Sonn- und Feiertagen oder unter erschwerten Bedingungen, bzw. Ersatz für besondere Aufwendungen, müssen die Belege so vollständig sein, dass die Beamten das reine Mindestarbeitsentgelt ermitteln können.

Übergangsregeln, tarifrechtliche Folgen des Mindestlohns

Im Grundsatz geht der gesetzliche Mindestlohn Tarifverträgen vor, soweit die Tariflöhne den gesetzlichen Mindestlohn unterschreiten. Das ergibt sich aus § 3 MiLoG. Ein Tariflohn von bspw. 7,50 Euro ist ab dem 1.1.2015 nicht mehr maßgeblich. Der Arbeitnehmer kann gem. § 1 Absatz 1 MiLoG den Mindestlohn von 8,50 Euro verlangen.

Die Übergangsregelung für Tarifverträge, die nach dem ursprünglichen Gesetzentwurf nur bis zum 31.12.2016 gelten sollte, wurde im Gesetzgebungsverfahren um ein Jahr verlängert. Bis zum 31.12.2017 gehen abweichende Regelungen eines Tarifvertrages repräsentativer Tarifvertragsparteien dem Mindestlohn vor, wenn sie für alle unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland sowie deren Arbeitnehmer verbindlich gemacht worden sind (§ 24 Absatz 1 Satz 1 MiLoG). Das gilt entsprechend für Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage von § 11 AEntG sowie § 3 a AÜG erlassen worden sind; ab dem 1.1.2017 müssen abweichende Regelungen in diesem Sinne mindestens ein Entgelt von brutto 8,50 Euro je Zeitstunde vorsehen (§ 24 Absatz 1 Satz 2 MiLoG).

29

Die Regelung erlaubt es den Tarifvertragsparteien, die nach § 9 Absatz 1 MiLoG vorgesehene Anpassung des Mindestlohns erst zum 1.1.2018 nachzuvollziehen. Die Änderung trägt dem Umstand Rechnung, dass bereits zum 1.1.2017 von der Mindestlohnkommission über eine Anpassung des Mindestlohns zu entscheiden ist (BT-Drs. 18/2010 (neu), 26).

Kommission der Tarifpartner (Mindestlohnkommission)

Die Mindestlohnhöhe soll alle zwei Jahre, erstmals bis zum 30.6.2016 mit Wirkung zum 1.1.2017, von der so genannten Mindestlohnkommission (§§ 4 ff. MiLoG) überprüft werden, § 9 Absatz 1 MiLoG. Dies soll auf Grundlage einer „Gesamtabwägung“ geschehen, in welcher die Mindestlohnkommission prüfen soll, welche Mindestlohnhöhe „geeignet ist, zu einem angemessenen Mindestschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beizutragen, faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen zu ermöglichen sowie Beschäftigung nicht zu gefährden“ (§ 9 Absatz 2 Satz 1 MiLoG). Hierbei muss sich die Mindestlohnkommission „nachlaufend“ an der Tarifentwicklung „orientieren“, § 9 Absatz 2 Satz 2 MiLoG. Die Tariflöhne sollen einen „wichtigen Richtwert“ für die künftige Höhe des Mindestlohns bilden.

Hat sich die Mindestlohnkommission eine Meinung gebildet, trifft sie mit einfacher Stimmenmehrheit einen Beschluss über die Erforderlichkeit einer Anpassung des Mindestlohns.

Teilt die Bundesregierung die Meinung der Mindestlohnkommission, wird der Beschluss der Mindestlohnkommission durch Rechtsverordnung der Bundesregierung rechtsverbindlich gemacht, § 11 Absatz 1 MiLoG. Hierbei darf die Bundesregierung aber keine inhaltlichen Änderungen am Vorschlag der Mindestlohnkommission vornehmen. Entweder folgt die Bundesregierung dem Beschluss der Mindestlohnkommission oder es kommt zu keiner Veränderung des Mindestlohns. Auch hinsichtlich des Zeitpunkts des In-Kraft-Tretens der Anpassung ist die Bundesregierung an die Vorgabe der Mindestlohnkommission gebunden. Der von dieser bestimmte Zeitpunkt darf lediglich nicht vor Verkündung der Rechtsverordnung liegen, § 11 Absatz 1 Satz 2 MiLoG.

Vor Erlass der Rechtsverordnung dürfen die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften, öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, Wohlfahrtsverbände und Verbände, die wirtschaftliche und soziale Interessen organisieren, innerhalb einer Frist von drei Wochen schriftlich zum Verordnungsentwurf Stellung nehmen, § 11 Absatz 2 MiLoG. Die Sinnhaftigkeit dieser Regelung ist fraglich, da die Bundesregierung den Vorschlag der Mindestlohnkommission nicht verändern darf. Das Recht zur Stellungnahme der genannten Beteiligten ist im Verfahren zu spät verankert. Im Rahmen des Beschlussverfahrens der Mindestlohnkommission können diese Beteiligten nach § 10 Absatz 3 MiLoG angehört werden, müssen es aber nicht. Sinnvoller wäre die Einbindung in einem früheren Stadium, in dem inhaltliche Änderungen noch einfließen können, also im Beschlussverfahren der Mindestlohnkommission gem. § 10 MiLoG; dort müsste das Beteiligungsrecht verankert sein. Bei § 11 Absatz 2 MiLoG geht es nicht mehr um die inhaltliche Entscheidung der Mindestlohnkommission, sondern nur noch um die unveränderte Übernahme oder Ablehnung.

Die Mindestlohnkommission besteht aus insgesamt neun von der Bundesregierung berufenen Mitgliedern, von denen je drei Mitglieder sowie der Vorsitzende aus den Kreisen von Arbeitgebervereinigungen und Gewerkschaften stammen. Die Berufung in die Mindestlohnkommission erfolgt auf Vorschlag der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer. Unterstützung erhalten die Mitglieder der Mindestlohnkommission durch jeweils einen Berater aus Kreisen der Wissenschaft. Diese dürfen bei der Entscheidung über die Höhe des Mindestlohns aber nur begrenzt mitwirken, denn sie haben bei der Beschlussfassung der Mindestlohnkommission kein Stimmrecht. Die Stimme des Vorsitzenden gibt bei fehlender Einigung der übrigen stimmberechtigten Mitglieder der Mindestlohnkommission den Ausschlag, § 10 Absatz 2 MiLoG. Der Vorsitzende soll von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite einvernehmlich bestimmt werden. Gelingt dies nicht, gibt es zwei Vorsitzende, jeweils einen für Gewerkschafts- und Arbeitgeberseite, die von Beschluss zu Beschluss über die Anpassung des Mindestlohns abwechselnd den Vorsitz einnehmen, so genannter alternierender Vorsitz.

👉 Bei den Beschlüssen der Mindestlohnkommission wird dem Vorsitzenden eine entscheidende Rolle zukommen. Nach § 10 Absatz 2 MiLoG werden Beschlüsse mit einfacher Mehrheit getroffen, d.h. es bedarf bei sieben stimmberechtigten Mitgliedern vier Stimmen für einen Mindestlohnvorschlag. In einer ersten Beschlussfassung enthält sich der Vorsitzende zunächst, so dass es für die erforderliche Mehrheit einer Übereinkunft zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern bedarf. Erst in einer zweiten Abstimmung und nach einem Vermittlungsvorschlag übt der Vorsitzende sein Stimmrecht aus.

Der Beschluss der Mindestlohnkommission über eine Änderung des Mindestlohns führt noch nicht zwingend dazu, dass auch ein geänderter Mindestlohn in Kraft tritt. Hierfür bedarf es nach § 11 Absatz 1 MiLoG einer Rechtsverordnung der Bundesregierung – anders als im AEntG ist nicht das Bundesarbeitsministerium zuständig. Die Bundesregierung „kann“ die von der Kommission vorgeschlagene Mindestlohnanpassung verbindlich machen, muss dies aber nicht. Ihr steht also ein normatives Ermessen und damit auch eine eigene Prüfungskompetenz zu. Wenn die Bundesregierung zum Ergebnis kommt, dass bspw. eine vorgeschlagene Mindestlohnerhöhung die Gesamtwirtschaft oder einzelne Wirtschaftszweige zu stark belasten würde oder negative Folgen für den Arbeitsmarkt zu erwarten sind, kann sie die Änderung des Mindestlohns ablehnen. Da die Bundesregierung nach § 11 Absatz 1 MiLoG aber nur „die vorgeschlagene Anpassung“ verbindlich machen kann, steht ihr kein Recht zu, den Vorschlag der Kommission inhaltlich zu ändern. Für einen „anderen“ Mindestlohn bedarf es vielmehr eines neuen Vorschlags der Kommission.

31

München im November 2014

Sabrina Schmalz