

RA/FAArbR Prof. Dr. Bernd Schiefer / RA Hans-Wilhelm Köster / RA Johannes Pöttering, alle Düsseldorf

Umsetzung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorhaben der Großen Koalition (Teil 1)

Prof. Dr. Bernd Schiefer ist Sozius der Arbeitsrechtskanzlei Schiefer Rechtsanwälte, Düsseldorf, Geschäftsführer der Landesvereinigung der Unternehmensverbände NRW e.V. und Professor für Arbeitsrecht an der Fresenius Hochschule Köln.

Hans-Wilhelm Köster ist Sozius der Arbeitsrechtskanzlei Schiefer Rechtsanwälte, Düsseldorf, und Mitglied der Hauptgeschäftsführung von METALL NRW.

Johannes Pöttering ist Partner bei Dr. Hermanns & Partner Rechtsanwälte, Osnabrück, und stellvertretender Hauptgeschäftsführer der Landesvereinigung der Unternehmerverbände NRW e.V.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Die aktuelle Legislaturperiode läuft nun seit einem guten Jahr. Die gewählten Vertreter haben sich einmal mehr viel vorgenommen. So enthält der Koalitionsvertrag 2013-2017 zahlreiche arbeits- und sozialrechtliche Vorhaben, deren Umsetzungen erhebliche Auswirkungen auf die betriebliche Praxis haben. Der Beitrag berichtet über die bereits in Kraft getretenen Gesetze und vorliegende Gesetzesentwürfe. In seinem ersten Teil werden das Mindestlohngesetz (MiLoG) und die damit verbundenen Änderungen im Tarifvertragsgesetz (TVG), Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG), Nachweisgesetz (NachwG) sowie des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG) dargestellt, erläutert und kommentiert.

I. Einleitung

In der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung hat es lange Zeit einen kaum verständlichen Stillstand gegeben. Zum Teil ist von einer „Verweigerungshaltung des Gesetzgebers“ die Rede gewesen. Nunmehr werden offenbar in großer Eile die arbeits- und sozialrechtlichen Vorhaben des Koalitionsvertrags 2013-2017¹ umgesetzt. Wer bereits bei der Lektüre des Koalitionsvertrags befürchtet hat, dass Wirtschaft und Arbeitsplätze einem gefährlichen „Stresstest“ unterworfen werden sollen,² sieht sich bestätigt. Über die Vorhaben der Großen Koalition ist bereits Ende letzten Jahres in dieser Zeitschrift³ berichtet worden, sodass sich die Darstellung an dieser Stelle auf einige Stichworte beschränken kann. Folgende Regelungen sind geplant bzw. zwischenzeitlich umgesetzt:

- Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns
- Erweiterung des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG)
- Erleichterung von Allgemeinverbindlicherklärungen (AVE)
- Gesetzliche Regelung zur Wiederherstellung der Tariffreiheit
- „Verhinderung“ des Missbrauchs von Werkverträgen
- Beschränkungen in der Zeitarbeit
- Kurzarbeit
- Frauenquote in börsennotierten Unternehmen

1 Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode.

2 Siehe hierzu Schiefer/Pöttering, DB 2013 S. 2928; Pöttering, PuR 2014 S. 3.

3 Schiefer/Pöttering, DB 2013 S. 2928.

- Entgeltgleichheit von Mann und Frau
- Teilzeitrecht
- Flexibilisierung der Elternzeit
- Einführung des Elterngeld Plus
- Mutterschutz
- Pflege- und Familienpflegezeit
- Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)
- Schwerbehindertenvertretung
- Beschäftigtendatenschutzgesetz
- Informantenschutz im Arbeitsverhältnis
- Lebenslaufbezogenes Arbeiten
- Tariftreue im Vergaberecht
- Rente mit 63.

II. Zwischenzeitlich umgesetzte Vorhaben

1. Allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn

Mit der Verabschiedung des Mindestlohngesetzes (MiLoG)⁴ hat die Große Koalition eine der zentralen politischen Streitfragen der vergangenen Jahre entschieden. Das Gesetz darf getrost als der schwerwiegendste Eingriff der Politik in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie in der Geschichte der Bundesrepublik bezeichnet werden. Erstmals wird eine absolute Lohnuntergrenze festgelegt, die weder regionale noch branchenbezogene Kriterien bei der Lohnfestsetzung berücksichtigt und unabhängig von der Zustimmung der Tarifparteien zustande gekommen ist.

Gleichzeitig hat die Große Koalition die Lohnfestsetzung ganz unverhohlen zu einem Instrument der staatlichen Sozialpolitik gemacht und wirtschaftliche Kriterien wie Produktivität und Wertschöpfung bewusst zurückgedrängt. Nicht ohne Grund befürchten die Kritiker⁵ des gesetzlichen Mindestlohns unmittelbare Auswirkungen auf die Tarifautonomie und die wirtschaftliche Entwicklung sowie den Verlust von Arbeitsplätzen.⁶

a) Geltungsbereich und Höhe des Mindestlohnsanspruchs

Gem. § 1 Abs. 1 MiLoG haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts durch den Arbeitgeber mindestens i.H.d. Mindestlohns. Die Höhe des Mindestlohns beträgt ab 01.01.2015 8,50 € brutto je Zeitstunde. § 20 MiLoG stellt klar, dass der Mindestlohn für alle Arbeitnehmer gilt, die in Deutschland, wenn auch nur vorübergehend, beschäftigt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seinen Sitz im In- oder Ausland hat. Auf Dauer oder Umfang der Arbeitszeit kommt es nicht an.⁷ Der Mindestlohn gilt somit auch für geringfügige Beschäftigungsverhältnisse gem. § 8 Abs. 1 SGB IV. Dies umfasst sowohl eine geringfügige Beschäftigung zu monatlich 450 € (§ 8

4 Veröffentlicht im BGBl. 2014 S. 1348.

5 Siehe hierzu auch Mallmann, PuR 2011 S. 225; Kemper, PuR 2013 S. 121.

6 Siehe hierzu auch Herbstgutachten 2014 der Projektgruppe Gemeinschaftsdiagnose, S. 46 (http://www.rwi-essen.de/media/content/pages/publikationen/gemeinschaftsdiagnose/GD_2014_2.pdf; [letzter Abruf: 26.11.2014]); FAZ vom 12.11.2014 S. 15.

7 Lakies, AuR 2014 S. 360.

Abs. 1 Nr. 1 SGB IV) als auch eine kurzzeitige Beschäftigung gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV (Tätigkeit begrenzt auf längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage pro Kalenderjahr). Auf der Basis der 450 €-Regelung dürfen „Mini-Jobber“ im Schnitt maximal 52 Stunden pro Monat (bzw. 12 Stunden pro Woche) tätig sein. Ggf. sind insoweit Vertragsänderungen erforderlich. Wie dies konkret zu erfolgen hat, ist jedoch zurzeit noch unklar. Gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 MiLoG besteht eine Dokumentationspflicht des Arbeitgebers für solche Arbeitnehmer.

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG ist der Mindestlohn je Zeitzunde geschuldet. Nicht ausgeschlossen wird dadurch die Vereinbarung eines Stücklohns. Es muss jedoch gewährleistet sein, dass der Mindestlohn pro tatsächlich geleisteter Arbeitsstunde gezahlt wird.⁸ Außerdem sind die Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten des § 17 MiLoG zu beachten. Nicht anzuwenden sein dürfte das MiLoG für in Heimarbeit Beschäftigte, da Heimarbeiter nach dem Heimarbeitsgesetz (HAG) lediglich als arbeitnehmerähnliche Personen eingestuft werden.

b) Bestandteile des Mindestlohns

Nicht hinreichend geklärt ist, welche Leistungen des Arbeitgebers zur Erfüllung des Mindestlohnanspruchs angerechnet werden können. Das MiLoG enthält keine genaueren Angaben hierzu. Es dürfte die Rspr. des EuGH und darauf aufbauend des BAG für den Bereich des AEntG auf den Mindestlohnanspruch nach dem MiLoG übertragbar sein. Der EuGH sieht Zahlungen dann als anrechenbar an, wenn diese als Lohnbestandteil und damit als konkrete Gegenleistung des Arbeitgebers für diejenige Arbeitsleistung des Arbeitnehmers anzusehen sind, die mit dem Mindestlohn abgegolten werden soll.⁹ Entscheidend soll sein, ob die Zahlung des Arbeitgebers als Komponente des üblichen Verhältnisses zwischen der Arbeitsleistung und der hierfür vom Arbeitgeber zu erbringenden finanziellen Gegenleistung angesehen werden kann.¹⁰ Das BAG spricht hier von der sog. funktionellen Gleichwertigkeit. Hiermit ist gemeint, dass das Entgelt für die Normalleistung bzw. Normaltätigkeit des Arbeitnehmers gezahlt wird.¹¹

Nicht anrechenbar auf den Mindestlohn dürften u.a. sein:

- Zulagen und Zuschläge für besondere Arbeitszeiten, insb. an Sonn- und Feiertagen sowie zur Nachtzeit – eine Anrechenbarkeit dürfte nur dann gegeben sein, wenn mit den Zuschlägen eine „Normalleistung“ vergütet wird;
- Zulagen und Zuschläge für Überstunden – eine Anrechenbarkeit dürfte hingegen gegeben sein, wenn ein Tarifvertrag für diese Tätigkeit keinen Zuschlag vorsieht, sondern sie als normale Tätigkeit bewertet;
- Besondere Erschwernis-, Schmutz- oder Gefahrenzulagen – eine Anrechenbarkeit dürfte hingegen gegeben sein, wenn die Tätigkeit von einem Tarifvertrag als „Normaltätigkeit“ bewertet wird, d.h. keine tariflichen Zuschläge vorgesehen sind;
- Vermögenswirksame Leistungen;
- Halte- und Treueprämien.

Im Einzelnen ist hier vieles streitig, da die grundlegenden Entscheidungen des EuGH und des BAG bisher keine endgültige

Klarheit geben. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Grundsätze, die die Rspr. zum AEntG entwickelt hat, ohne Weiteres auf den Mindestlohnanspruch nach dem MiLoG übertragen werden können.

Ein 13. Monatsgehalt soll dann als Bestandteil des Mindestlohns anzurechnen sein, wenn es regelmäßig, anteilig, tatsächlich und unwiderruflich ausgezahlt wird.¹² Sofern das 13. Monatsgehalt in einer einmaligen Zahlung gewährt wird, dürfte die Zahlung allenfalls im Monat der Auszahlung auf den Mindestlohn anrechenbar sein, da gem. § 2 Abs. 1 MiLoG der Mindestlohn spätestens im Folgemonat fällig ist.

c) Fälligkeit des Mindestlohns

Gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MiLoG ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer den Mindestlohn zum Zeitpunkt der vertraglich vereinbarten Fälligkeit zu zahlen; spätestens jedoch am letzten Bankarbeitstag (Frankfurt/M.) des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG). Sofern keine Vereinbarung über die Fälligkeit getroffen worden ist, bleibt (nach § 2 Abs. 1 Satz 2 MiLoG) die Regelung des § 614 BGB unberührt.¹³

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sieht § 2 Abs. 2 MiLoG für Arbeitszeitkonten vor. Das Arbeitszeitkonto muss schriftlich vereinbart sein. Eine solche schriftliche Vereinbarung liegt auch dann vor, wenn das Arbeitszeitkonto in einer Betriebs-/Dienstvereinbarung oder in einem normativ oder infolge schriftlicher Inbezugnahme geltenden Tarifvertrag geregelt ist.¹⁴

Gem. § 2 Abs. 2 MiLoG müssen die in ein solches Arbeitszeitkonto eingestellten Arbeitsstunden spätestens innerhalb von zwölf Kalendermonaten nach ihrer monatlichen Erfassung durch bezahlte Freizeitgewährung oder Zahlung des Mindestlohns ausgeglichen werden, soweit der Anspruch auf den Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden nicht bereits durch Zahlung des verstetigten Arbeitsentgelts erfüllt ist (sog. Mindestlohnrelevanz). Das bedeutet, dass Tarifverträge, die längere oder keine Ausgleichszeiträume für Arbeitszeitkonten vorsehen, durch das MiLoG ausgehebelt werden können, soweit Mindestlohnrelevanz gegeben ist. Da das Gesetz „lediglich“ die bezahlte Freistellung oder den finanziellen Ausgleich i.H.d. Mindestlohns vorsieht, kann der darüber hinaus gehende Entgeltanteil für die eingestellten Arbeitsstunden auf dem Arbeitskonto verbleiben. Die auf das Arbeitszeitkonto eingestellten Arbeitsstunden dürfen gem. § 2 Abs. 2 Satz 3 MiLoG monatlich jew. 50% der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit nicht übersteigen. Diese Regelung, die richtigerweise nur für „mindestlohnrelevante“ Arbeitszeitkonten gelten dürfte, stellt eine gravierende Verschärfung der durch das Arbeitszeitgesetz gesetzten Grenzen dar.

Ausdrücklich von den Fälligkeits- und Ausgleichsregelungen des MiLoG ausgenommen werden gem. § 2 Abs. 3 MiLoG Wertguthabenvereinbarungen i.S.d. SGB IV oder vergleichbare ausländische Regelungen. Die Auszahlung von Arbeitsentgelt, das in Wertguthaben eingebracht ist, ist durch die einschlägigen Regelungen im SGB IV hinreichend gesichert.¹⁵

d) Fristen und andere einschränkende Vereinbarungen

Vereinbarungen, die den Anspruch auf den Mindestlohn unterschreiten, seine Geltendmachung beschränken oder aus-

8 BT-Drucks. 18/1558 S. 40.

9 EuGH vom 07.11.2013 – Rs. C-522/12, DB 2013 S. 2804 = NZA 2013 S. 139.

10 Vgl. Fn. 9.

11 BAG vom 16.04.2014 – 4 AZR 802/11, DB 2014 S. 2659 = BB 2014 S. 2612; vom 18.04.2012 – 4 AZR 168/10, DB 2012 S. 26; Berndt, DStR 2014 S. 1878; Ulber, RdA 2014 S. 176; Wortmann, ArbRB 2014 S. 346.

12 EuGH vom 14.04.2005 – Rs. C-341/02, DB 2005 S. 948.

13 Vgl. Lakies, AuR 2014 S. 360 (362).

14 Vgl. BT-Drucks. 18/1558 S. 41.

15 Vgl. Fn. 14.

schließen, sind gem. § 3 Abs. 1 MiLoG unwirksam. Da der Mindestlohn für die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung geschuldet wird, dürften von der Regelung des § 3 MiLoG gesetzliche Ansprüche auf Fortzahlung der Vergütung aus besonderem Anlass (§ 615 BGB, § 1 BUrLG, § 3 EFZG) nicht erfasst sein.¹⁶

Aus § 3 Abs. 1 MiLoG dürfte folgen, dass auch tarifliche Ausschluss- oder Verfallfristen keine Anwendung finden, soweit es um den Mindestlohnanspruch geht, der in einem darüber hinausgehenden Lohnanspruch enthalten ist.¹⁷ Eine Öffnungsklausel für tarifliche Ausschlussfristen ist nicht vorgesehen. Dieser Anspruch unterliegt nur der regelmäßigen dreijährigen Verjährung nach § 195 BGB. Soweit der tarifliche Entgeltanspruch über den Mindestlohnanspruch hinausgeht, unterfällt er ebenso wie Zulagen, Sonderzahlungen und sonstige Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis weiterhin den tariflichen Ausschlussfristen.¹⁸

Arbeitsvertragliche Ausschlussfristen in nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen unterfallen der vollen AGB-Kontrolle – auch bei lediglich punktueller Inbezugnahme eines Tarifvertrags. Soweit nicht ausdrücklich klargestellt ist (das gilt für alle Altverträge), dass der Anspruch auf den Mindestlohn von der Ausschlussklausel nicht erfasst wird, droht die Unwirksamkeit der Ausschlussklausel. Für Altverträge vor dem 16.08.2014 dürfte allerdings ein Vertrauensschutz gelten. Für Neuregelungen, die eine entsprechende Einschränkung nicht enthalten, empfiehlt sich ggf. ein ergänzender Hinweis in der Klausel, dass die Ausschlussfrist nicht für Ansprüche aus dem MiLoG gilt.¹⁹ Der Anspruch nach dem MiLoG ist zwingend und darf, jenseits der Ausnahme- und Übergangsregelungen (§§ 22, 24 MiLoG), durch einzelvertragliche Vereinbarungen nicht unterschritten oder behindert werden. Der Arbeitnehmer kann auf den Mindestlohnanspruch nur durch gerichtlichen Vergleich verzichten. Dies gilt allerdings nur für einen bereits entstandenen Anspruch. Außergerichtliche Vergleiche oder sonstige Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über den Verzicht auf den Mindestlohn sind unzulässig. Dies gilt auch für allgemeine Ausgleichs- oder Verzichtsklauseln in Aufhebungsverträgen. Auf Vergütungsansprüche oberhalb des Mindestlohns kann der Arbeitnehmer auch weiterhin wirksam außergerichtlich verzichten.

Für den Verzicht auf entstandene Mindestlohnansprüche in einem gerichtlichen Vergleich gilt Folgendes:

- Ausreichend ist ein gerichtlicher Vergleich im Laufe des arbeitsgerichtlichen Verfahrens (z.B. in der Güteverhandlung).
- Gleiches gilt für einen Vergleich im schriftlichen Verfahren gem. § 278 Abs. 6 ZPO (Protokollierung durch das Gericht), wenn er auf den Vorschlag des Gerichts zurückgeht.
- Ggf. nicht ausreichend ist – in Anlehnung an die Rspr. zur Befristung gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG²⁰ – ein Vergleich im schriftlichen Verfahren gem. § 278 Abs. 6 ZPO, soweit er allein auf den Vorschlag der Parteien zurückgeht und es mithin an der inhaltlichen Mitwirkung und Einflussnahme des Gerichts fehlt.

Gem. § 3 Abs. 3 MiLoG wird auch die Verwirkung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf das Mindestentgelt voll-

ständig ausgeschlossen. Damit wird einem Arbeitgeber der Einwand der rechtsmissbräuchlichen verspäteten Rechtsausübung durch einen betroffenen Arbeitnehmer abgeschnitten.

e) Haftung des Auftraggebers

In § 13 MiLoG ist eine Generalunternehmerhaftung des Auftraggebers für die Zahlung des Mindestlohns durch den Auftragnehmer an seine Arbeitnehmer sowie von diesem eingesetzte Nachunternehmer an seine Arbeitnehmer geregelt. § 13 MiLoG verweist für die Haftung des Auftraggebers auf die – verschuldensunabhängige – Generalunternehmerhaftung aus § 14 AEntG. Dabei haftet der Auftraggeber wie ein selbstschuldnerische Bürge (der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat).²¹ Hieraus ergeben sich für ihn ganz erhebliche Risiken.²² Zum einen haftet er verschuldensunabhängig für den nicht oder nicht rechtzeitig gezahlten Mindestlohn durch den Auftragnehmer. Außerdem wird er mit einem Bußgeld konfrontiert, wenn er jedenfalls fahrlässig nicht wusste, dass der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns nicht nachkommt. Einzelheiten der Haftungsnorm des § 13 MiLoG sind allerdings heftig umstritten. Dies gilt für den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des § 13 MiLoG, Haftungsgegenstand und Haftungsadressat, den Haftungsumfang sowie die Regresshaftung innerhalb der Auftragnehmerkette.²³ Vor diesem Hintergrund wird diskutiert, welche geeigneten Maßnahmen in der vertraglichen Gestaltung und Durchführung des Auftragsverhältnisses zur Minimierung des Haftungsrisikos und Vermeidung eines Bußgelds ergriffen werden können. Die Vorschläge reichen über die Einbehaltung von Vergütungsbestandteilen durch den Auftraggeber zwecks Absicherung gegen Forderungen gem. § 13 MiLoG, eine Bürgschaft des Auftragnehmers, eine besondere Vertragsgestaltung mit Werkunternehmern und Dienstleistern etc.²⁴

f) Ausnahmen

In § 22 MiLoG wird der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes definiert. Faktisch werden hier insb. die Ausnahmen vom Mindestlohn geregelt.²⁵

aa) Minderjährige

Gem. § 22 Abs. 2 MiLoG sind Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren (§ 2 Abs. 1 und 2 ArbSchG) ohne abgeschlossene Berufsausbildung vom Mindestlohn ausgenommen. Der Gesetzgeber wollte damit ausschließen, dass der Mindestlohn für junge Menschen einen Anreiz setzt, zugunsten einer mit dem Mindestlohn vergüteten Beschäftigung auf eine Berufsausbildung zu verzichten.²⁶ Da das durchschnittliche Alter der Ausbildungsanfänger in Deutschland bei 19,8 Jahren liegt, wäre zur Erreichung dieses Ziels eine Altersgrenze von 21 Jahren deutlich zielführender und auch glaubwürdiger gewesen.

bb) Praktika

Nach der Konzeption des MiLoG werden Praktikanten Arbeitnehmern gleichgestellt (§ 22 Abs. 1 Satz 2 MiLoG). Hieraus folgt, dass grds. sämtliche Praktika nach Abschluss einer Berufsausbildung

¹⁶ Talkenberg/Beitz, PuR 2014 S. 203.

¹⁷ Vgl. Fn. 16.

¹⁸ Vgl. auch Sittard, NZA 2014 S. 951; Talkenberg/Beitz, PuR 2014 S. 203.

¹⁹ Talkenberg/Beitz, PuR 2014 S. 203 (204).

²⁰ BAG vom 15.02.2012 – 7 AZR 734/10, DB 2012 S. 1573.

²¹ Vgl. hierzu auch Worzalla, PuR 2014 S. 179; Bonanni/Otto, ArbRB 2014 S. 348.

²² Zur Kritik s. Schiefer, PuR 2014 S. 149.

²³ Insam/Hinrichs/Tacou, NZA-RR 2014 S. 569.

²⁴ Worzalla, PuR 2014 S. 179.

²⁵ Reufels/Blöchl, ArbRB 2014 S. 352.

²⁶ BT-Drucks. 18/1558 S. 50.

bildung oder eines Studiums dem MiLoG unterfallen. Aufgrund des Inkrafttretens des MiLoG bereits am 16.08.2014 muss damit gerechnet werden, dass für in das Jahr 2015 hineinreichende „Altpraktika“ die Regeln des MiLoG Anwendung finden. Für Praktika vor oder während einer Ausbildung schafft das Gesetz jedoch drei Ausnahmetatbestände:

(1) Pflichtpraktika

Kein Mindestlohn muss gem. § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MiLoG gezahlt werden, wenn der betriebliche Einsatz ein Pflichtpraktikum darstellt. Hierfür muss eine Schul-, Ausbildungs- oder Studienordnung ein solches Praktikum verpflichtend als Lerninhalt der Ausbildung vorsehen. Eine zeitliche Begrenzung sieht das Gesetz für das Pflichtpraktikum nicht vor. Maßgeblich sind insoweit die Studien- und Ausbildungsordnungen. Gerade für kleine und mittlere Unternehmen wird die Überprüfung der verschiedensten Rechtsgrundlagen einen erheblichen Aufwand darstellen. Die Unternehmen sind darüber hinaus gut beraten, sich von den Praktikanten bestätigen zu lassen, dass sie nicht bereits mit einem anderen Praktikum die entsprechenden Ausbildungskriterien erfüllt haben.

(2) Freiwillige Orientierungspraktika

Ebenfalls vom Mindestlohn ausgenommen sind freiwillige Orientierungspraktika, die vor einer Ausbildung oder einem Studium absolviert werden (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 MiLoG). Ziel des gesetzlichen Regel-Ausnahme-Prinzips ist es lt. Gesetzesbegründung, dem Missbrauch von Praktika vorzubeugen.²⁷ Möglich ist danach ein „mindestlohnfreies Orientierungspraktikum“ vor einer Ausbildung oder einem Studium. Nach Sinn und Zweck der Norm sollte ein solches aber bspw. auch zur Orientierung bei einem Wechsel in einen anderen Studiengang möglich sein.²⁸

Anders als bei den Pflichtpraktika enthält das MiLoG für freiwillige Orientierungspraktika eine Zeitgrenze von drei Monaten. Der Fristbeginn bestimmt sich nach § 187 Abs. 1 BGB (keine Mitberechnung des ersten Tages der Frist), das Fristende gem. § 188 Abs. 2 BGB. Demnach muss für ein Praktikum von bis zu drei Monaten kein Mindestlohn gezahlt werden. Welche konkreten Folgen diese Drei-Monats-Grenze für längere Praktika haben wird, ist bislang offen. Zumindest wäre es folgerichtig, dass die ersten drei Monate eines freiwilligen Orientierungspraktikums mindestlohnfrei absolviert werden können und lediglich für den darüber hinausgehenden Zeitraum der Mindestlohn gilt.

Nach dem Gesetzeswortlaut können zudem freiwillig Orientierungspraktika nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 MiLoG mit Pflichtpraktika nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MiLoG verbunden werden. Ein Anschlussverbot findet sich im Gesetzestext nicht. Es besteht aber das Risiko, dass das freiwillige Orientierungspraktikum als mindestlohnpflichtig angesehen werden könnte, da hier eine Orientierung durch das Pflichtpraktikum bereits erreicht werden kann. Bei einem deutlichen zeitlichen Abstand zwischen dem freiwilligen Orientierungspraktikum und einem Pflichtpraktikum bestehen solche Bedenken nicht. Ein eigenständiger Orientierungszweck eines Anschlusspraktikums sollte jedenfalls gut begründet sein.²⁹

(3) Freiwillige berufsausbildungs- oder studienbegleitende Praktika

Vom Mindestlohn ausgenommen sind auch die freiwilligen ausbildungsbegleitenden Praktika (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 MiLoG), die während einer Ausbildung oder eines Studiums absolviert werden. Auch bei dieser Praktikumsform sieht das MiLoG eine Drei-Monats-Grenze vor, innerhalb derer kein Mindestlohn gezahlt werden muss. Als zusätzliche Beschränkung regelt das Gesetz jedoch, dass nicht zuvor ein solches Praktikumsverhältnis mit demselben Auszubildenden bestanden hat. Das bedeutet grds., dass bei jedem freiwilligen ausbildungsbegleitenden Folgepraktikum mit demselben Praktikanten der Mindestlohn gezahlt werden muss. Diese an § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG erinnernde „Vorbeschäftigungsschranke“ gilt nach dem Gesetzeswortlaut aber nur für die dritte Fallgruppe, also für das freiwillige ausbildungsbegleitende Praktikum (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 MiLoG). Hieraus dürfte zu folgern sein, dass das ausbildungsbegleitende Praktikum „mindestlohnfrei“ – für die Dauer von drei Monaten – auch dann vereinbart werden kann, wenn zuvor ein Pflichtpraktikum nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MiLoG oder ein freiwilliges Orientierungspraktikum nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 MiLoG durchgeführt worden ist.³⁰ Soweit ein freiwilliges berufsausbildungs- oder studienbegleitendes Praktikum an ein Pflichtpraktikum angeschlossen werden soll, empfiehlt sich jedenfalls eine klare vertragliche Trennung. Allerdings verbleibt auch in diesem Fall ein Restrisiko.³¹ Streitig ist, ob die für ein Berufsausbildungs- oder studienbegleitendes Praktikum maßgebliche Drei-Monats-Dauer („mindestlohnfrei“) auf mehrere Abschnitte verteilt werden kann oder ob aufgrund der Vorbeschäftigungsschranke für ein Folgepraktikum (innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums) der Mindestlohn gezahlt werden muss.³²

(4) Auszubildende, duales Studium und Diplomanden

Gem. § 22 Abs. 2 Satz 1 MiLoG gilt das Gesetz für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Damit greift es nicht für solche Personen, die nicht als Arbeitnehmer tätig sind.³³ Das MiLoG findet daher keine Anwendung für Auszubildende und für andere Vertragsverhältnisse i.S.d. § 26 BBiG. Dual Studierende dürften durch die Formulierung des § 22 Abs. 3 MiLoG vom Anwendungsbereich ausgenommen sein, wonach zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Außerdem sind gem. § 22 Abs. 1 Nr. 1 MiLoG Praktikumsphasen, die aufgrund hochschulrechtlicher Bestimmungen oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie geleistet werden, vom Mindestlohn ausgenommen. Mit diesen erst am Ende des Gesetzgebungsprozesses gefundenen Formulierungen sollten ausdrücklich Praktika ausgenommen werden, die im Rahmen von dualen Studiengängen absolviert werden.³⁴ Abzugrenzen hiervon sind Studiengänge, die neben dem Beruf (z.B. Fernstudium) absolviert werden. Diese werden als sog. „duales Studium“ bezeichnet. Sie dürften von der Ausnahmeregelung des Gesetzes nicht erfasst sein. Gleiches gilt für Studienför-

27 BT-Drucks. 18/1558 S. 42.

28 Hund/Pechtold, AuA 2014 S. 540.

29 Talkenberg/Beitz, PuR 2014 S. 232.

30 Talkenberg/Beitz, PuR 2014 S. 232 unter Verweis auf Bayreuther, NZA 2014 S. 865 (872) und Natzel, BB 2014 S. 2490 (2491).

31 Vgl. hierzu Talkenberg/Beitz, PuR 2014 S. 232.

32 Zum Meinungsstreit Talkenberg/Beitz, PuR 2014 S. 232, und Bayreuther, NZA 2014 S. 865 (872), der eine Verteilung auf mehrere Abschnitte als möglich erachtet.

33 Vgl. BT-Drucks. 18/2010 (neu) S. 26.

34 Änderungsantrag der Fraktion CDU/CSU und der SPD im Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales, Bundestagsausschuss-Drucks. 18 (11) 183 S. 6.

derverträge, in deren Rahmen der Studierende während des Studiums Unterstützungsleistungen erhält und gleichzeitig auch ein Praktikum im Unternehmen absolviert. Hier sind die Vorgaben des MiLoG zu berücksichtigen. Nur für die Pflichtpraktika nach der jeweiligen Hochschulordnung muss generell kein Mindestlohn gezahlt werden.

Nicht mindestlohnpflichtig dürften außerdem Projekt-, Studien-, Bachelor- und Masterarbeiten sein. Solange der Studierende keine Arbeitsleistung erbringt, also weisungsfrei nichts anderes tut, als er auch bei der Anfertigung der Arbeit in der Hochschule tun würde, handelt es sich weder um ein Arbeits- noch um ein Praktikumsverhältnis.

(5) Einstiegsqualifizierung

Gem. § 22 Abs. 1 Nr. 4 MiLoG sollen Praktikantenverhältnisse aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sein, die der Einstiegsqualifizierung i.S.d. § 54a SGB III dienen oder eine Berufsausbildung i.S.d. § 68-70 BBiG darstellen. Der Bezugnahme auf die genannten Modelle der Berufsausbildungsvorbereitung soll jedoch nur ein beispielgebender Aussagewert in dem Sinne zugemessen werden, dass generell Maßnahmen der Einstiegsqualifizierung nicht vom Mindestlohn erfasst sein sollen.³⁵ Demnach können auch außerhalb des BBiG die Berufsausbildungsfördernde Maßnahmen unabhängig von der Förderung über § 54a SGB III oder ihrer Ausgestaltung i.S.d. § 68 ff. BBiG nicht vom MiLoG erfasst werden.

cc) Langzeitarbeitslose

Für Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung langzeitarbeitslos i.S.d. § 18 Abs. 1 SGB III waren, gilt gem. § 22 Abs. 4 Satz 1 MiLoG der Mindestlohn in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung nicht. Langzeitarbeitslose sind gem. § 18 Abs. 1 Satz 1 SGB III Arbeitslose, die ein Jahr und länger arbeitslos sind. Für die Praxis stellt sich die Frage, wie verlässlich die Langzeitarbeitslosigkeit nachgewiesen werden kann.

dd) Ehrenamtlich Tätige

Vom MiLoG ebenfalls nicht geregelt wird die Vergütung von ehrenamtlich Tätigen (§ 22 Abs. 3 Alt. 2 MiLoG).³⁶ Nach der Gesetzesbegründung zählen hierzu auch Personen, die ein freiwilliges soziales oder ökologisches Jahr ableisten,³⁷ da diese sich schon statusrechtlich nicht in einem Arbeitsverhältnis befinden.³⁸

g) Übergangsregelungen

Bis zum 31.12.2017 gehen abweichende Regelungen eines Tarifvertrags repräsentativer Tarifvertragsparteien gem. § 24 Abs. 1 MiLoG dem Mindestlohn vor, wenn sie für alle unter den Geltungsbereich des tarifvertragsfallenden Arbeitgebers mit Sitz im In- oder Ausland sowie deren Arbeitnehmer verbindlich gemacht worden sind; ab dem 01.01.2017 müssen abweichende Regelungen in diesem Sinne mindestens ein Entgelt von 8,50 € brutto je Zeitstunde vorsehen. Dies gilt entsprechend für Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage von § 11 AEntG (Pflegebranche) sowie § 3 AÜG (Zeitarbeit) erlassen worden

sind (§ 24 Abs. 1 Satz 2 MiLoG). Für Zeitungszusteller enthält § 24 Abs. 2 MiLoG eine besondere Übergangsregelung.

2. Änderungen im TVG und AEntG

Nach dem Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie sollen Tarifautonomie gestärkt und angemessene Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sichergestellt werden. Das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) im TVG ermögliche eine Abstützung der tariflichen Ordnung. Der Nutzung dieses Instruments stehe aber in Zeiten sinkender Tarifbindung das Erfordernis des starren 50%-Quorums zunehmend entgegen. Daher wurde dieses 50%-Quorum gestrichen und durch ein „konkretisiertes öffentliches Interesse“ ersetzt. Daneben ist das AEntG für alle Branchen geöffnet worden.³⁹

Von einer „Stärkung der Tarifautonomie“ ist das Gesetz jedenfalls weit entfernt. Die wesentlichen drei Bestandteile – Mindestlohn, Erleichterung der AVE, Ausweitung des AEntG – stellen gravierende Einschnitte in die Tarifautonomie dar. Dass dies in einem „Tarifautonomiestärkungsgesetz“ erfolgt, ist – gelinde gesagt – erklärungsbedürftig.⁴⁰

3. Änderungen im Nachweisgesetz (NachwG)

Nach entsprechenden Ergänzungen des Nachweisgesetzes sind seit dem 16.08.2014 bei einem Praktikanten nach § 26 BBiG gem. §§ 1 und 2 Abs. 1a NachwG unverzüglich nach Abschluss des Praktikumsvertrags, spätestens vor Aufnahme der Praktikantentätigkeit, die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, diese zu unterzeichnen und auszuhändigen.

Eine Ausnahme gilt – was sich dem Gesetzestext allerdings nicht eindeutig entnehmen lässt –, soweit der Praktikant unter die Ausnahmenvorschriften des § 22 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 MiLoG (verpflichtendes Praktikum; Praktikum zur Orientierung; ausbildungsbegleitendes Praktikum) fällt. Bei der Ausnahmenvorschrift des § 22 Abs. 1 Nr. 4 MiLoG handelt es sich ohnehin nicht um eine auf Praktikanten bezogene Regelung. Für diese Gruppe der Betroffenen gelten die §§ 68-70 BBiG.

4. Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes

Nach entsprechender Ergänzung des § 2a Abs. 1 ArbGG werden künftig für die Rechtmäßigkeitskontrolle einer AVE nach § 5 TVG, einer Rechtsverordnung nach §§ 7 oder 7a AEntG und einer Rechtsverordnung nach § 3a AÜG ausschließlich die Arbeitsgerichte zuständig sein.

Redaktionelle Hinweise:

- Der zweite Teil des Aufsatzbeitrags zu den weiteren umgesetzten (Rente u.a.) und geplanten (Pflege- und Familienzeit, Frauenquote, Tarifeinheitgesetz u.a.) Gesetzesvorhaben erscheint in der nächsten Heftausgabe dieser Zeitschrift (51/52) am 19.12.2014.
- Vgl. zur Einführung des gesetzlichen Mindestlohns auch *Schweibert/Leßmann*, DB 2014 S. 1866.
- Vgl. zur Vergütungspflicht von Praktika nach dem MiLoG und den Änderungen im NachwG auch *Düwell*, DB 2014 S. 2047 (2048).
- Vgl. zu den sozialversicherungs- und beitragsrechtlichen Auswirkungen aktueller und geplanter Gesetzesänderungen *Minn*, DB 2014 Beil. 6 (S. 1 ff.) = DB0686615.

35 Natzel, BB 2014 S. 2492.

36 Vgl. hierzu auch Bayreuther, NZA 2014 S. 872.

37 BT-Drucks. 18/1558 S. 51.

38 Vgl. zur Abgrenzung von Ehrenamt und Arbeitnehmerstatus BAG vom 29.08.2012 – 10 AZR 499/11, NZA 2012 S. 1433.

39 Siehe i.E. Reichel/Müller, PuR 2014 S. 186.

40 Siehe Schiefer, PuR 2014 S. 149.