



Diskussionsgrundlage für den VhU-Berlin-Tag am 25.03.2015, Gespräch mit Herrn Dr. Tauber MdB

## **Anwendungsprobleme des neuen Mindestlohns**

Art. 1, das Mindestlohngesetz, ist Teil des Tarifautonomiestärkungsgesetzes, das seit dem 16.08.2014 in Kraft ist. Danach gilt seit dem 01.01.2015 der Mindestlohn von 8,50 Euro brutto.

### **1. Problempunkt: Persönlicher Anwendungsbereich.**

Das Gesetz gilt für alle (im Inland beschäftigten) Arbeitnehmer, also auch Minijobber (bei 450 Euro pro Monat ergeben sich 52,9 Stunden pro Monat rechnerisch), für die beschäftigten Rentner, für die kurzzeitig in Deutschland Beschäftigten, für ausländische Subunternehmen, ferner bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten deutscher Arbeitnehmer im Ausland.

Das Gesetz gilt nicht für Personen unter 18 ohne abgeschlossene Berufsausbildung, für Azubis, für im Ehrenamt Tätige, für Teilnehmer am Bundesfreiwilligendienst oder an Maßnahmen der Arbeitsförderung, für Heimarbeiter. Gleichfalls gilt das Gesetz nicht für behinderte Menschen, die in einer anerkannten Werkstatt arbeiten, für Langzeitarbeitslose in den ersten sechs Monaten, für Zeitungszusteller.

Problematisch ist die Behandlung von Praktikanten. Sie sind in § 22 MiLoG jetzt gesetzlich definiert. Es kommt nicht auf die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses an, sondern auf die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung. Praktikanten haben Anspruch auf den Mindestlohn, ihre wesentlichen Vertragsbedingungen sind nach den Vorschriften des Nachweisgesetzes schriftlich niederzulegen, zu unterzeichnen und an den Praktikanten auszuhändigen.

Aber es gibt mehrere Ausnahmen von der Zahlung des Mindestlohnes:

- Der betriebliche Einsatz ist ein Pflichtpraktikum, d. h. eine Schul-, Ausbildungs- oder Studienordnung muss ein solches Praktikum als Lerninhalt der Ausbildung vorsehen. Pflichtpraktika unterliegen keiner zeitlichen Beschränkung.
- Auch freiwillige Orientierungspraktika, die vor einer Ausbildung oder einem Studium absolviert werden, sind frei vom Mindestlohngebot. Aber hier gibt es eine Zeitgrenze von drei Monaten, die durchlaufend gerechnet wird, also nicht vom 1. eines Monats, sondern vom tatsächlichen Datum des Beginns. Werden die drei Monate überschritten, wird das gesamte Praktikum von Anfang an mindestlohnpflichtig.
- Auch freiwillige berufsausbildungs- oder studienbegleitende Praktika, die während der Ausbildung oder des Studiums absolviert werden, sind frei vom gesetzlichen Mindestlohn. Auch hier gelten eine 3-Monatsgrenze und zusätzlich eine „Vorbeschäftigungsschranke“. Ein „solches“ Praktikumsverhältnis darf zuvor nicht mit demselben Arbeitgeber bestanden haben. Wie lange ein solches schon zurückliegt, spielt keine Rolle.
- Auch vom Mindestlohn ausgenommen sind Teilnehmer einer Einstiegsqualifizierung gem. § 54 a SGB III und 68 ff. BBiG.

In der Praxis problematisch ist die Kombination verschiedener Praktika. Das ist möglich. Z. B. kann einem freiwilligen Orientierungspraktikum von max. drei Monaten Dauer ein studienbegleitendes Praktikum während des Studiums von ebenfalls max. drei Monaten Dauer folgen. Daran könnte sich noch ein Pflichtpraktikum für das Studium anschließen.



## 2. Problempunkt: Entlohnung – was zählt zum Mindestlohn?

Die vergütungspflichtige Arbeitszeit betrifft den Anspruch des Arbeitnehmers auf Mindestlohn für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde, z. B. im Monatslohn, im Stücklohn, im Akkordlohn und bei der variablen Vergütung.

Die Arbeitsbereitschaft, also die Anwesenheit in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers und bei Rufbereitschaft die tatsächliche Inanspruchnahme ist ebenfalls mit dem Mindestlohn zu vergüten.

Existieren weder Vereinbarungen zur Arbeitszeit noch ein festes Monatsentgelt, führt die Finanzkontrolle Schwarzarbeit Pauschalkontrollen durch. Sie schaut auf die Lohnabrechnungen und dividiert das Bruttoentgelt durch die Anzahl geleisteter Stunden.

Beim Urlaub und bei Arbeitsunfähigkeit müssen trotz Entgeltfortzahlung seit dem 01.01.2015 mindestens 8,50 Euro gezahlt werden.

Welche Entgeltbestandteile sind auf den Mindestlohn anrechenbar? Grundsätzlich die Entgeltbestandteile, mit denen der Arbeitgeber die „Normalleistung“ des Arbeitnehmers bezahlt. Hier einige Beispiele:

- Weihnachts- und Urlaubsgeld können über das Jahr verteilt nur angerechnet werden, wenn die Beträge auf zwölf Monate verteilt werden, ansonsten nur in dem Monat, wo tatsächlich und unwiderruflich ausgezahlt wird (dies ohne Beiträge des Arbeitgebers zur Sozialversicherung).
- Erfolgsbeteiligung, Zulagen und Provisionen nur dann, wenn sie tatsächlich und unwiderruflich ausbezahlt werden.
- Nach Ausführung des BMAS sind ferner nicht anrechenbar Akkordprämien, Überstundenzuschläge, Zuschläge und Sonn-, Feiertags-, Nachtarbeit. Ferner Schmutzzulagen, Gefahrenzulagen und Aufwands- und Entsendungsentschädigungen. Umstritten ist die Anrechnung von Sachleistungen. Nach der Zollpraxis sind jegliche geldwerte Sachleistungen nicht als Lohnbestandteil anrechenbar. Dies wird zum Teil anders gesehen.
- Die Entgeltumwandlung ist nach Auffassung des BMAS anrechenbar. Bei vermögenswirksamen Leistungen ist es anders. Hier wird dem besonderen Zweck Rechnung getragen.

Ein Hinweis zur Verwirkung: Arbeitsvertragliche und tarifliche Ausschlussfristen sind in Bezug auf den Mindestlohn unzulässig. Dies bedeutet, dass zumindest 8,50 Euro bei jedem Lohn nicht ausgeschlossen werden kann. Es gelten die Verjährungsfristen nach § 195 BGB von drei Jahren.

## 3. Problempunkt: Aufzeichnungspflichten

Für einige Unternehmen besteht die Aufzeichnungspflicht nach § 17 MiLoG. Diese Pflicht gilt für Minijobber, Arbeitnehmer aus den Wirtschaftszweigen nach § 2a SchwarzArbG, ferner für Zeitarbeiter. Keine Aufzeichnungspflicht gilt für Minijobber in privaten Haushalten.

Die Aufzeichnungspflicht betrifft Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit. Dies ohne konkrete Formvorschrift. Pausen müssen nicht aufgezeichnet werden. Die Aufzeichnungspflicht kann auf den Arbeitnehmer übertragen werden. Die Mindestlohn-



Aufzeichnungsverordnung, die seit dem 01.01.2015 in Kraft ist, bringt Erleichterungen bei ausschließlich mobilen Tätigkeiten.

Ferner existiert eine Mindestlohn-Dokumentationspflichtenverordnung, die ebenfalls seit dem 01.01.2015 in Kraft ist. Personen, die mehr als 2.958 Euro als regelmäßig verstetigtes Monatsentgelt erhalten, werden aus der Aufzeichnungspflicht herausgenommen, wenn der Arbeitgeber die ihm aus § 16 Abs. 2 ArbZG obliegende Aufzeichnungspflicht einhält. Dies ist die Aufzeichnung der über die tägliche Arbeitszeit hinausgehenden Stunden.

#### **4. Problempunkt: Haftung des Auftraggebers**

Gem. § 13 MiLoG findet § 14 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes entsprechende Anwendung. Wenn also ein Unternehmer die Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen an einen anderen Unternehmer vergibt, so haftet er wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet, dafür, dass die beim Auftragnehmer Beschäftigten das sich aus 8,50 € brutto ergebende Nettoentgelt erhalten. Das gilt auch für die Einschaltung von Nachunternehmern durch das beauftragte Unternehmen, also für die gesamte Leistungskette. Dasselbe gilt übrigens auch in die andere Richtung: Der Unternehmer wird auch seinen Kunden, die also beim ihm Werk- oder Dienstleistungen bestellen, versichern müssen, dass er den gesetzlichen Mindestlohn zahlt. Ob dazu die schlichte Auskunft reicht, er sei tarifgebunden, ist noch offen.

Offen ist auch, ob diese Haftung des § 13 MiLoG eine umfassende verschuldensunabhängige Haftung ist oder ob sie als Generalunternehmerhaftung zu verstehen ist, wie sie aufgrund des § 14 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes verstanden wird. Die Haftung greift jedenfalls in Fällen, in denen ein Unternehmen seine Leistungsverpflichtung gegenüber einem Dritten nicht durch Einsatz eigener Arbeitskräfte, sondern durch die Beauftragung nachgeschalteter Unternehmer erfüllt und damit die entsprechende Vergütung vom Endabnehmer erhält.

Nicht erfasst wären nach dieser Auslegung Dienst- und Werkverträge zur Erfüllung von sog. Eigenzwecken, das sind z. B. Reinigung der Büros, Bau von Produktionsstandorten, Betreuung der Kantine, Wartung eigener Fahrzeuge oder Maschinen, Einsatz von externen Kräften für die Buchhaltung oder Rechnungsprüfung. Nach dem Fragenkatalog des BMAS soll auch nicht der Fall erfasst sein, dass ein produzierendes Unternehmen seine Waren an einen Spediteur übergibt oder dass ein produzierendes Unternehmen durch eine beauftragte Baufirma eine neue Werkhalle errichten lässt.

Die „Werkleistungskette“ sollte also so verstanden werden, dass die Beauftragung noch zum unternehmerischen Zweck des Ausgangsunternehmens gehört. Denn nur dann kann der Auftraggeber wegen seiner Branchenkenntnisse erkennen, dass die Kalkulation des Angebotspreises eine Sicherung des Mindestlohnes beinhaltet oder nicht.

Etwaige Haftungsansprüche unterliegen der Verjährung, nicht etwa kürzeren tariflichen Ausschlussfristen oder Verwirkungstatbeständen.

#### **5. Problempunkt: Arbeitszeitkonten**

§ 2 Abs. 1 MiLoG regelt eine abweichende Fälligkeit des Mindestlohns bei Mehrstunden, ermöglicht damit weiterhin flexible Arbeitszeiten im Rahmen von Flexikonten. Hierbei sind aber klare Vorgaben zu beachten:

- Es dürfen höchstens 50 % der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit als Mehrstunden auf ein Arbeitszeitkonto verbucht werden. Das gilt für Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte



gleichermaßen. Bei einer Wochenarbeitszeit von z. B. 20 Stunden sind dies höchstens 10 Mehrstunden pro Woche.

- Alle auf das Arbeitszeitkonto eingestellten Arbeitsstunden müssen spätestens innerhalb von 12 Kalendermonaten nach ihrer Erfassung durch Freizeit oder Zahlung des Mindestlohns ausgeglichen werden. Dabei muss der Mindestlohn erfüllt werden. Ist das gesamte individuelle Stundenentgelt für die Guthabenbestände höher, so kann der über den Mindestlohn hinausgehende Entgeltanteil für die eingestellten Arbeitsstunden auf dem Arbeitszeitkonto verbleiben.

Diese Regeln greifen allerdings nicht, wenn der Anspruch auf den Mindestlohn durch das verstetigte Monatsentgelt bereits erfüllt ist. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn auch bei einer maximal ausgeschöpften zulässigen Arbeitszeit das Entgelt 2.295 € übersteigt.

Es gibt dann noch eine Ausnahmeregelung: Bei Wertguthaben im Sinne der § 7 ff. SGB IV, also beim Langzeitkonto, gilt diese Maßgabe des 12-monatigen Ausgleichszeitraums nicht.

## **6. Problempunkt: Kontrolle/Überprüfung**

Zuständig für die Überprüfung der Einhaltung der Pflichten aus dem MiLoG ist die „Finanzkontrolle Schwarzarbeit FKS“. Die FKS verfügt aktuell über rund 6.500 Zollbeamte, die sukzessive bis 2019 um 1.600 Beamte aufgestockt werden sollen. Für die Befugnisse der Zollbehörden orientieren sich im Wesentlichen an den Vorschriften des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes.

Die Zollbehörden haben umfangreiche Befugnisse. So dürfen sie Einsicht in die Lohn- und Meldeunterlagen, Bücher und andere Geschäftsunterlagen nehmen, dafür dürfen sie Geschäftsräume und Grundstücke von Arbeitgeber, Auftraggebern und Entleihern während der Arbeitszeit betreten. Sie dürfen von Arbeitnehmern und Auftraggebern Auskünfte einholen und deren Identität feststellen.

Arbeitgeber, Arbeitnehmer und ggf. auch anwesende Dritte wie Lieferanten oder Kunden treffen Duldungs- und Mitwirkungspflichten. Sie müssen Auskünfte erteilen und Unterlagen vorlegen. Diese Duldungs- und Mitwirkungspflichten sind bußgeldbewehrt.

Generell ist auf den umfangreichen Bußgeldkatalog des § 21 MiLoG hinzuweisen. Verstöße gegen das MiLoG werden als Ordnungswidrigkeit geahndet, insbesondere kann gem. § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 € belegt werden, wer vorsätzlich oder fahrlässig den gesetzlichen Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlt. Über das Ordnungswidrigkeitengesetz können weitere Geldbußen gegen den Handelnden und auch gegen die Gesellschaft als juristische Person verhängt werden.

Frankfurt, den 25. Februar 2015

Monaten zuzüglich Einmalzahlung. Im schienengebundenen Verkehrsgewerbe ist vor dem Hintergrund konkurrierender Gewerkschaften das Hauptanliegen die gesetzliche Regelung der Tarifeinheit. In der Gießereiindustrie gebe es bei den Zulieferern zwar ein Umsatzplus, aber Druck auf die Erlöse, während für den Auftraggeber Maschinenbau die Erlöse rückläufig seien und ein ruinöser Preiswettbewerb drohe. Im Bereich der Energieerzeuger sind sinkende Ergebnisse zu verzeichnen und angesichts der unveränderten Rahmenbedingungen keine Besserung in Sicht. Im Bereich des Flugverkehrs dürfe es keine weiteren Einschränkungen geben, um den Standort Hessen nicht zu schwächen. Weil mehr zweistrahlige Flugzeuge eingesetzt würden, sei die Gesamtlärmbelastung nicht höher als 2007.

#### 4. Auswirkungen des Mindestlohngesetzes in der Praxis

- Beispiele aus den verschiedenen Branchen -

Herr **Prof. Dr. Rose** berichtete, dass sechs Wochen nach Einführung des Mindestlohns zahlreiche rechtliche und politische Fragen offen seien. Dies gelte u. a. für den persönlichen Anwendungsbereich, die Meldepflichten beim Transit und der Frage, welche Entgeltbestandteile bzw. Sachzuwendungen in den Mindestlohn hineinzurechnen seien. Aufzeichnungs- und Meldepflichten seien maßlos überzogen. Die gesetzliche Verjährungsfrist von drei Jahren sei nicht durch Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag ausschließbar. Bei Bedarf könne Frau Dr. Görge ausführlich vortragen.

Herr **Dr. Rau** führte weiter aus, dass Praktikanten nunmehr als Arbeitnehmer gälten und damit den Anforderungen des Nachweisgesetzes (Schriftformerfordernis etc.) unterliegen würden. Auch Praktikanten hätten grundsätzlich einen Anspruch auf den Mindestlohn, ausgenommen seien jedoch Pflichtpraktika und dreimonatige freiwillige Praktika. Wichtig sei, dass der Arbeitgeber sich einen Nachweis vorlegen lasse. Offen sei auch die Reichweite der Arbeitgeberhaftung für den Mindestlohn, wenn dieser Aufträge vergeben. Das scharfe Schwert der verschuldensunabhängigen Haftung verlange eine enge Auslegung, z. B. nur für solche Aufträge, die dem Unternehmenszweck entsprechen. Für flexible Arbeitszeitkonten sei zu beachten, dass auf diese lediglich Entgelt für Mehrarbeit im Umfang von bis zu 50 % der Höchstarbeitszeit eingebracht werden dürften. Langzeitkonten blieben unberührt. Die kontrollierende Behörde, die Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung, werde von 6.500 um 1.600 weitere Kräfte aufgestockt.

An der anschließenden Diskussion beteiligten sich die Herren **Röll, Stange, Meierhofer** und **von Borstel**. Die zum Teil bisher bestehenden guten Kontakte zur Finanzkontrolle Schwarzarbeit seien im Moment unterbrochen. Erschwert werde das Gespräch mit der Finanzkontrolle Schwarzarbeit dadurch, dass mit den Bundesfinanzdirektionen Südwest und West zwei Behörden für Hessen zuständig seien. Die zahlreichen mit dem Mindestlohn verbundenen Umsetzungsprobleme würden durch die Arbeitgeberverbände in vielen Gesprächen in die Politik transportiert, u. a. in einem Fachgespräch mit der FDP Landtagsfraktion Rheinland-Pfalz. Herr **Dr. Rau** erklärte, dass weiter offene Fragen zum Mindestlohngesetz bei der VhU gesammelt werden könnten, damit diese über die BDA auch an die Bundespolitik transportiert werden könnten.

#### 5. Gründung eines VhU-Bauausschusses und eines VhU-Verkehrsausschusses

Herr **Fasbender** legte den Nutzen von weiteren VhU-Ausschüssen mit direkter Unternehmensmitgliedschaft dar, wenn eine noch erheblich intensivere und