

Begründet von Prof. Dr. Olaf Werner

**Herausgeber:** Prof. Dr. Christian Fischer (Geschäftsführend), Friedrich-Schiller-Universität Jena | Prof. Dr. Bernd Andrick, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Gelsenkirchen | Dr. Ralph Bartmuß, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dresden | Dr. Harald Bösch, Rechtsanwalt, Bregenz/Vaduz | Prof. Dr. Ansgar Hense, Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands, Bonn | Prof. Dr. Knut Werner Lange, Universität Bayreuth | Prof. Dr. Karlheinz Muscheler, Ruhr-Universität Bochum | Dr. Andreas Richter, LL.M., Rechtsanwalt, Berlin | Michael Röcken, Rechtsanwalt, Bonn | Prof. Dr. Ingo Saenger, Westfälische Wilhelms-Universität Münster | Prof. Dr. Martin Schöpflin, LL.M., Norddeutsche Hochschule für Rechtspflege Hildesheim | Prof. Dr. Martin Schulte, Technische Universität Dresden | Dr. Rupert Graf Strachwitz, Maecenata Institut für Philanthropie und Zivilgesellschaft, Berlin | Stefan Winheller, LL.M. Tax, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

**Schriftleitung:** Frederike Misselwitz (V.i.S.d.P.), Jena

**Redaktion:** Evelyn Woggon, Abbe-Institut für Stiftungswesen an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiss-Platz 12, 07743 Jena

**Internet:** www.zstv.nomos.de | www.abbe-institut.de

## Mindestlohn für Vereine und Stiftungen

Tobias Grambow, Berlin\*

*Vereine und Stiftungen widmen sich in der Regel gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken. Sie erbringen selbstlos Leistungen zum Wohle der Allgemeinheit. Vereine sind als Idealvereine zudem bereits aufgrund ihrer Rechtsform nicht hauptsächlich wirtschaftlich tätig. Gleichwohl sind die Vorgaben des Mindestlohngesetzes (MiLoG) auch für Vereine und Stiftungen verbindlich. Ferner wird für Vereine und Stiftungen häufig der Pflagemindestlohn relevant.*

### I. Einleitung

Das MiLoG ist zum 01.01.2015 in Kraft getreten. Damit gilt ein flächendeckender verbindlicher und damit zwingend zu zahlender Mindestlohn. Der gesetzliche Mindestlohn beträgt 8,50 € brutto für jede geleistete Zeitstunde. Für Vereine und Stiftungen gilt das MiLoG wie für alle anderen (kommerziellen) Betriebe auch. Zum Mindestlohn in der Pflege gibt es spezielle Regelungen, die in Abschnitt III erläutert werden.

### II. Mindestlohngesetz

#### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

Grundsätzlich ist der Mindestlohn allen Arbeitnehmern zu gewähren. Das MiLoG sieht in § 22 jedoch Ausnahmen vor. Für Vereine und Stiftungen werden diese Ausnahmen im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs des MiLoG,

also bei der Frage, welchen Beschäftigten der Mindestlohn gezahlt werden muss, besonders relevant.

#### a) Jugendliche und Auszubildende

Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind zunächst Jugendliche unter 18 Jahren ohne abgeschlossene Berufsausbildung. Hintergrund ist, dass der Abbruch einer Schulausbildung zugunsten einer Beschäftigung auf Mindestlohnbasis verhindert werden soll.<sup>1</sup> Ferner haben Auszubildende keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Diese Einschränkung macht insofern Sinn, als kaum ein Betrieb dazu bereit sein dürfte, Ausbildungsplätze zur Verfügung zu stellen, wenn er seinen Auszubildenden 8,50 € brutto pro Stunde zahlen müsste.

#### b) Befristete Sonderregelungen

Befristete Sonderregelungen gibt es zudem für Zeitungszusteller und für den Fall, dass repräsentative Tarifverträge abweichende Regelungen enthalten.

\* Tobias Grambow ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht. Er ist Partner der Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB und Vorsitzender der Practice Group „Compliance“. Der Autor dankt Frau Rechtsanwältin Viktoria Holm für die Unterstützung.

1 BT-Drs. 18/1558, S. 69.

### c) Ehrenamtlich Tätige

Für Menschen, die als Ehrenamtliche in einem Verein oder einer Stiftung mitarbeiten, ist der Mindestlohn ebenfalls nicht zu zahlen. Dabei ist sicherzustellen, dass es sich nicht um missbräuchliche Vertragskonstruktionen handelt.

#### Beispiel 1:<sup>2</sup>

Der Träger einer örtlichen Telefonseelsorge (T) unterhält Räumlichkeiten, in denen ein hauptamtlicher und rund fünfzig ehrenamtliche Mitarbeiter den Seelsorgedienst verrichten. Nach einer Dienstordnung des T für die ehrenamtlichen Kräfte wird deren regelmäßige Beteiligung erwartet. Die ehrenamtlichen Mitarbeiter tragen sich in Dienstpläne für den Folgemonat ein. Mitarbeiterin A war auf der Grundlage schriftlicher „Beauftragungen“ seit 2002 als ehrenamtliche Telefonseelsorgerin für T tätig. Sie arbeitete unentgeltlich im Umfang von zehn Stunden im Monat. A erhielt lediglich einen pauschalen, monatlichen Aufwandsersatz von 30,00 €. A meint, ihr stehe ab dem 01.01.2015 der gesetzliche Mindestlohn zu.

Hier liegt lediglich eine ehrenamtliche Tätigkeit vor. Die Tätigkeit dient nicht der Sicherung des Lebensunterhalts, sondern wird von der Mitarbeiterin erbracht, um Menschen in Not zu helfen. Es besteht daher gerade keine Erwartung einer Gegenleistung für die Tätigkeit.<sup>3</sup>

Zu dem Kreis der ehrenamtlich Tätigen sind auch Personen zu zählen, die Bundesfreiwilligendienst, Freiwilligendienste nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz und nach § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 2d EStG leisten. Das *Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS)* hat zudem für Sportvereine verdeutlicht, dass – soweit für das Verhältnis des Sporttreibenden zum Verein die sportliche Betätigung prägend ist, Erwerbszwecke also nicht verfolgt werden – das Mindestlohngesetz keine Anwendung findet.<sup>4</sup> Das ist rechtlich jedoch höchst problematisch. Denn soweit die Amateursportler ehrenamtlich tätig sind, gilt für sie das MiLoG bereits nach dessen § 22 Abs. 3 nicht. Dann üben sie diese Tätigkeit nicht zu Erwerbszwecken aus. Erhalten sie jedoch eine Vergütung, und sei es auch eine lediglich geringfügige, so wären sie Arbeitnehmer mit Mindestlohnanspruch. Hierüber kann sich die Ministerin nicht hinwegsetzen. Mit anderen Worten ist das, was das *BMAS* meint, rechtlich - und damit insbesondere für die Gerichte – ohne Relevanz.<sup>5</sup> Nicht unter das MiLoG fallen demnach bei genauer Betrachtung nur solche Amateursportler, die keine Vergütung, sondern eine Aufwandsentschädigung erhalten. Dass dies nach Ansicht des *BMAS* wiederum nicht für Platzwarte gelten soll, ist absurd.

### d) Praktikanten

Besondere Relevanz und Brisanz haben jedoch Praktikanten. Gerade Vereine und Stiftungen greifen – bereits aus finanziellen Notwendigkeiten – auf den Einsatz von Praktikanten zurück. Aber längst nicht jeder, der als Praktikant bezeichnet wird, ist auch als Praktikant zu qualifizieren. In dieser Beschäftigtengruppe ist die Gefahr der Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften besonders groß.

Ein Vertrag wird nicht deshalb zum Praktikumsvertrag, weil die Parteien die Bezeichnung Praktikumsvertrag wählen. Verein/Stiftung und Beschäftigter müssen sich nicht einmal darüber im Klaren sein, dass zwischen ihnen ein Arbeitsvertrag besteht. Entscheidend ist vielmehr, ob objektiv ein Arbeitsvertrag oder ein Praktikumsverhältnis vorliegt.<sup>6</sup>

#### Beispiel 2:

Der Verein V benötigt zur Verwaltung seiner Mitglieder personelle Unterstützung. Er schließt mit dem Studenten S einen „Praktikumsvertrag“. Dieser sieht unter anderem vor, dass S regelmäßig sechs Stunden pro Woche für ein Stundenentgelt in Höhe von 5,00 € die Vereinsmitarbeiterin M bei der Verwaltung der Mitgliederangelegenheiten unterstützt. So muss S bspw. neue Mitglieder in einer Datenbank erfassen und Mahnungen für ausstehende Mitgliedsbeiträge schreiben etc. Laut „Praktikumsvertrag“ stehen S vier Wochen Jahresurlaub zu. Die Zuweisung von konkreter Arbeit erfolgt durch M.

Der Verein V hat den Vertrag mit S zwar als Praktikumsvertrag bezeichnet. Tatsächlich handelt es sich aber um einen Arbeitsvertrag. S erbringt unselbständige Arbeit unter Leitung und Weisung des Vereins (hier durch Mitarbeiterin M). Im Gegenzug hat sich der Verein V verpflichtet, S eine Vergütung zu zahlen. Bei der Zusage der 5,00 € handelt es sich nicht lediglich um eine Aufwandsentschädigung, sondern um eine Gegenleistung für die erbrachte Arbeit. Mit dieser Vergütung unterschreitet der Verein aber die Vorgaben des MiLoG. S hat damit mindestens Anspruch auf den Mindestlohn von 8,50 € pro geleisteter Stunde.<sup>7</sup> Der Verein V muss sich zudem auch an die sonstigen Vorgaben des MiLoG halten, also bspw. Dokumentationspflichten, beachten.<sup>8</sup>

Praktikantin oder Praktikant ist gemäß § 22 Abs.1 S. 3 MiLoG unabhängig von der Bezeichnung des Rechtsverhältnisses, wer sich nach der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses für eine begrenzte Dauer zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit zur Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit unterzieht, ohne dass es sich dabei um eine Berufsausbildung im Sinne des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) oder um eine damit vergleichbare praktische Ausbildung handelt. Bei einem Praktikumsvertrag darf nicht die Erbringung von Arbeitsleistung im Vordergrund stehen, sondern das Vermitteln/Erlernen von Fertigkeiten und/oder Praxiserfahrung. Ferner werden Prakti-

2 Nachgebildet BAG NZA 2012, 1433, wobei es dort um die Frage des Kündigungsschutzes ging.

3 BAG NZA 2012, 1433.

4 <http://www.der-mindestlohn-gilt.de/ml/DE/Ihre-Fragen/Allgemeine-Fragen-zum-Mindestlohn/faq-zum-mindestlohn-info.html?sessionid=B157A50488DACC5DF6BAFB9607C38DFE#faq166884> (zuletzt abgerufen am 20.03.2015).

5 S. hierzu *Thüsing*, NJW-Editorial, Heft 13/2015.

6 Vgl. bspw. BAG, NZA 1997, 194; LAG Düsseldorf, Urt. v. 17.8.2001 - 18 Sa 774/01, BeckRS 2001, 41507.

7 S. hierzu unter II. 7.

8 S. hierzu unter II. 5.

kungsverhältnisse nur für eine begrenzte Laufzeit abgeschlossen. Bislang durfte Praktikanten im Sinne des § 26 BBiG auch keine Vergütung im Sinne einer Gegenleistung für die Tätigkeit gewährt werden, sondern allenfalls eine Aufwandsentschädigung (z.B. 40,00 € pro Monat für eine Monatskarte) bzw. eine Beihilfe zum Lebensunterhalt.<sup>9</sup> Die Zahlung einer Vergütung ist gerade kennzeichnend für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Nach § 22 Abs. 1 S. 2 MiLoG gelten Praktikanten im Sinne des § 26 BBiG als Arbeitnehmer mit Mindestlohnanspruch, es sei denn, dass sie:

- ein Praktikum auf Grund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie leisten oder
- ein Praktikum leisten, das drei Monate nicht überschreitet und der Orientierung für eine Berufsausbildung oder der Aufnahme eines Studiums dient, oder
- ein Praktikum leisten, das drei Monate nicht überschreitet und eine Berufs- oder Hochschulausbildung begleitet und zuvor kein solches Praktikum mit demselben Ausbilder bestanden hat, oder
- an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54 a SGB III oder der Berufsausbildungsvorbereitung nach §§ 68 bis 70 BBiG teilnehmen.

Mit anderen Worten haben Praktikanten im Sinne des § 26 BBiG nun Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn, wenn nicht eine der vier vorgenannten Ausnahmen greift. Praktikanten sind zwar auch weiterhin keine Arbeitnehmer. Sie werden aber, was bspw. den Mindestlohnanspruch angeht, als solche behandelt. Das Gesetz verkompliziert die Behandlung von Praktikanten erheblich, indem es in § 22 Abs. 1 S. 3 MiLoG eine eigenständige Definition des Begriffs des Praktikanten vorsieht, hinsichtlich des Regel-/Ausnahmeverhältnisses dagegen wieder auf § 26 BBiG abstellt.<sup>10</sup> Diese Vorschrift des § 26 BBiG gilt aber nicht nur für Praktikanten, sondern darüber hinaus für sonstige „andere Vertragsverhältnisse“. Beschäftigte, die zwar unter den Anwendungsbereich des § 26 BBiG fallen, also keine Arbeitnehmer und keine Auszubildenden sind, aber eben auch keine Praktikanten, haben keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn.<sup>11</sup> Das betrifft bspw. Volontäre.<sup>12</sup> Hierbei wird aber davon auszugehen sein, dass damit nur solche Volontäre gemeint sind, die nicht Arbeitnehmer sind. Denkbar ist auch hier, dass mit der Vertragsbezeichnung „Volontärvertrag“ ein Arbeitsverhältnis verschleiert werden soll. Es muss also der Ausbildungsaspekt für die Tätigkeit prägend sein.<sup>13</sup> Im Hinblick auf die Definition des Praktikanten ist § 22 Abs. 1 S. 3 MiLoG gegenüber § 26 BBiG damit vorrangig. Eine Kombination der verschiedenen, vom Mindestlohnanspruch befreiten Praktikumsverhältnisse (z.B. Orientierungspraktikum und Pflichtpraktikum) ist rechtlich möglich.<sup>14</sup>

Ferner gilt das Nachweisgesetz nun auch für Praktikumsverhältnisse, § 2 Abs. 1a NachwG. Die wesentlichen Eckdaten des Vertrages müssen spätestens vor Aufnahme der Tätigkeit

schriftlich niedergelegt werden. Das kann auch in Form eines schriftlichen Praktikumsvertrages geschehen.

#### (1) Pflichtpraktika (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 MiLoG)

Praktikanten, die auf Grund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie ein Praktikum leisten, haben keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Von dieser Vorschrift erfasst sind bspw. Praxissemester. Auch werden Vorpraktika erfasst, die aufgrund einer schulrechtlichen Bestimmung oder einer hochschulrechtlichen Bestimmung Eintrittsvoraussetzung für den Bildungsweg sind.<sup>15</sup> Vereine und Stiftungen sollten sich von Praktikanten in diesem Fall jedoch immer eine Bescheinigung der Schule bzw. Hochschule vorlegen lassen, um Unsicherheiten auszuschließen.

#### (2) Orientierungspraktika (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 MiLoG)

Keinen Mindestlohnanspruch haben Praktikanten, die ein Praktikum zur Orientierung für die Wahl einer Berufsausbildung oder eines Studiums absolvieren. Sie haben aber gemäß §§ 26, 17 BBiG Anspruch auf eine Aufwandsentschädigung bzw. eine Beihilfe zum Lebensunterhalt.<sup>16</sup> Um den Mindestlohnanspruch auszuschließen, darf das Praktikum drei Monate nicht überschreiten.

Besonders schwierig wird es, wenn der Verein bzw. die Stiftung ein Praktikumsverhältnis nach Ablauf der drei Monate fortsetzt. Hier gibt es zwei Möglichkeiten: Der Mindestlohnanspruch könnte entweder erst ab dem vierten Monat des Praktikums entstehen. Denkbar wäre aber auch, dass bei Überschreitung der Dreimonatsgrenze bereits von Beginn des Praktikums an der Mindestlohn (rückwirkend) zu zahlen wäre. Das Gesetz ist hier nicht eindeutig. Der Wortlaut weist eher in die Richtung der zweiten Auslegungsvariante. Folge der zweiten Auslegungsvariante wäre damit, dass sich der Arbeitgeber in den ersten drei Monaten rechtswidrig verhalten hätte. Dies allein führt aber nicht zur Fehlerhaftigkeit der Auslegungsvariante. Der Arbeitgeber darf dann das Praktikum schlicht nicht länger als drei Monate anbieten. Den Wortlaut der Norm in dieser Weise ausgelegt, ergeben sich aber Umgehungsspielräume. Der Arbeitgeber, der von Anfang an bspw. ein sechsmonatiges Praktikum anbietet, müsste den Mindestlohn ab dem ersten Monat zahlen. Derjenige Arbeitgeber, der zunächst ein dreimonatiges Praktikum vereinbart und im Anschluss daran erneut ein dreimonatiges Praktikum eingeht, müsste allenfalls für das zweite Praktikum den

9 HWK/Hergenröder, Arbeitsrecht Kommentar, 6. Aufl. 2014, § 26 BBiG Rn. 4.

10 Schweibert/Leßmann, DB 2014, 1866; Reufels/Blöchl, ArbRB 2014, 352, 353.

11 Lakies, ArbRAktuell 2014, 343.

12 BT-Drs. 18/2010, S. 24.

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

14 Reufels/Blöchl, ArbRB 2014, 352, 355.

15 Ulber, ArbuR 2014, 404, 405.

16 BT-Drs. 18/1558, S. 42.

Mindestlohn zahlen – und auch dass nur dann, wenn „ein Praktikum“ als zahlenmäßige Beschränkung zu verstehen ist. Das kann so nicht gewollt sein. Da aber in jedem Fall ab dem vierten Monat der Mindestlohn gezahlt werden muss und das Gesetz Praktikanten in dreimonatigen Praktika vom Mindestlohnanspruch ausnimmt, ist dem Gesetzeszweck genüge getan, wenn bei Fortsetzung des Praktikums der Mindestlohn ab dem vierten Monat gewährt wird.<sup>17</sup> Ob sich diese Ansicht durchsetzt, bleibt abzuwarten. Bis dahin ist es aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zu empfehlen, über drei Monate hinausgehende Praktika anzubieten.

**(3) Berufsbegleitendes Praktikum (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 MiLoG)**

Auch außerhalb eines Pflichtpraktikums gemäß § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 MiLoG können Praktika von bis zu drei Monaten<sup>18</sup> begleitend zu einer Berufs- oder Hochschulausbildung geleistet werden, ohne dass ein Mindestlohnanspruch entsteht. Ein solches Praktikum muss jedoch in Bezug zu dem Studium bzw. der Ausbildung stehen.<sup>19</sup> Anders als im Falle des Orientierungspraktikums hat der Gesetzgeber für das berufsbegleitende Praktikum eine Ausnahme vom Mindestlohn nur vorgesehen, wenn zuvor kein solches Praktikum mit demselben Ausbilder bestanden hat. Andersartige Praktika sind damit auch mit demselben Auszubildenden möglich, zum Beispiel im Falle eines Wechsels des Studienganges.<sup>20</sup>

**(4) Einstiegsqualifizierung/Berufsvorbereitung (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 MiLoG)**

Praktikanten, die an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54a SGB III oder an einer Berufsausbildungsvorbereitung nach §§ 68 bis 70 BBiG teilnehmen, steht für den Zeitraum der Einstiegsqualifizierung ebenfalls kein Anspruch auf Mindestlohn zu. Die betriebliche Einstiegsqualifizierung dient der Vermittlung und Vertiefung von Grundlagen für den Erwerb beruflicher Handlungsfähigkeit für Ausbildungssuchende mit erheblichen Vermittlungshemmnissen, § 54a Abs. 1 S. 2; Abs. 4 SGB III. Eine Einstiegsqualifizierung kann für die Dauer von sechs bis längstens zwölf Monaten gefördert werden. Unerheblich ist dabei, ob die Förderung tatsächlich erfolgt; entscheidend ist das Vorliegen der Fördervoraussetzungen.<sup>21</sup> Die Berufsausbildungsvorbereitung nach den §§ 68 bis 70 BBiG stellt kein Praktikum im Sinne des § 26 BBiG dar. Teilnehmer einer Berufsausbildungsvorbereitung fallen deshalb nicht unter den Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes.<sup>22</sup>

**e) Langzeitarbeitslose**

Arbeitnehmer, die unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung langzeitarbeitslos im Sinne des § 18 Abs. 1 SGB III waren, haben in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Der Verein bzw. die Stiftung sollte sich vom Bewerber die entsprechenden Bescheide der Agentur für Arbeit vorlegen lassen.

**2. Inhaltliche Reichweite des Mindestlohns**

**a) Vergütungszahlung**

Das MiLoG sieht einen auf die geleistete Zeitstunde bezogenen Mindestlohn vor. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass auch künftig ein monatliches, verstetigtes Entgelt zulässig ist, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist.<sup>23</sup> Ein solches verstetigtes Monatsentgelt kann aber im Einzelfall die Grenzen des gesetzlichen Mindestlohns unterschreiten, wie folgendes Beispiel zeigt:

**Beispiel 3:**

Der Arbeitnehmer arbeitet bei 40 Wochenstunden 8 h täglich und erhält ein monatliches Gehalt von 1.450,00 € brutto.

Problematisch ist hier, dass die einzelnen Kalendermonate eine unterschiedliche Anzahl an Arbeitstagen und damit Arbeitsstunden (bzw. in der Diktion des MiLoG „Zeitstunden“) aufweisen. Exemplarisch seien hier die Monate Juni und Juli 2015 angeführt:

Juni 2015	20 Arbeitstage	160 Stunden
Juli 2015	23 Arbeitstage	184 Stunden

Bezogen auf das verstetigte Monatsentgelt in Höhe von 1.450,00 € brutto bedeutet dies in Bezug auf die Arbeitsstunden:

Juni 2015	20 Arbeitstage	160 Stunden	9,06 € pro Stunde
Juli 2015	23 Arbeitstage	184 Stunden	7,88 € pro Stunde

Im Arbeitsjahr 2015 beträgt des Entgelt durchschnittlich 8,63 € pro Stunde. Auf den Jahresdurchschnitt kommt es aber nicht an. Es ist auf die tatsächliche Stundenzahl im jeweiligen Kalendermonat abzustellen<sup>24</sup>, so dass im Beispielfall der Mitarbeiter Anspruch auf zusätzlichen Lohn für die Monate hat, in denen der Vergütungsdurchschnitt unter 8,50 € liegt.

Das Gesetz lässt den Arbeitgeber mit diesem Problem allein. Über ein Arbeitszeitkonto lässt es sich nicht lösen, da hierin nur Überstunden eingestellt werden dürfen, nicht aber die reguläre Arbeitszeit.<sup>25</sup> Denkbar wäre, das verstetigte monatliche Entgelt soweit anzuheben, dass die Höchstzahl an Arbeitstagen eines Kalendermonats und damit die maximale Zahl an Arbeitsstunden kompensiert wird. In Monaten wie bspw. Februar oder Juni 2015 wäre dieses Modell mit einer erheblichen Steigerung des auf die Arbeitsstunde heruntergerechneten Gehalts verbunden. Eine solche Gehaltsanpassung nach oben ist für viele Vereine und Stiftungen kaum finanzierbar.

17 So auch *Lembke*, NZA 2015, 70, 77; *Reufels/Blöchl*, ArbRB 2014, 352, 355; a.A. *Jöris/von Steinau-Steinrück*, BB 2014, 2101, 2102.  
 18 S. hierzu den vorstehenden Absatz, der entsprechend auch für diese Form des Praktikums gilt.  
 19 BT-Drs. 18/1558, S. 42.  
 20 *Ulber*, ArbuR 2014, 404, 405.  
 21 BT-Drs. 18/2010, S. 21f.  
 22 BT-Drs. 18/2010, S. 24.  
 23 *Bayreuther*, NZA 2014, 865; 867; *Lambrich/Mitius*, DB 2015, 126; *Sittard*, NZA 2014, 951; *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1866, 1868; *Lakies*, ArbRAktuell 2014, 343; ders. ArbuR 2014, 360.  
 24 *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 867.  
 25 S. u. Abschnitt II. 2. c).

Bleibe noch die Variante, ein verstetigtes monatliches Entgelt auf Basis von bspw. 173 Arbeitsstunden zu vereinbaren, das zum Monatsende fällig ist. Ergeben sich in einem Kalendermonat mehr als 173 Arbeitsstunden, würde mit dem Gehalt des Folgemonats der Differenzbetrag zusätzlich abgerechnet und ausgezahlt. Ohne Risiken ist aber auch ein solches Konstrukt nicht. Das hängt mit der komplizierten Regelung zur Fälligkeit des Mindestlohnsanspruches zusammen. Der Mindestlohn ist gemäß § 2 Abs. 1 MiLoG zu dem arbeitsvertraglich vereinbarten Fälligkeitsdatum zu zahlen, spätestens aber am letzten Bankarbeitstag (Frankfurt/M.) des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde. Für den Fall, dass keine Vereinbarung über die Fälligkeit getroffen worden ist, bleiben die Fälligkeitsvorschriften des § 614 BGB unberührt. In jedem Fall wird also eine genaue vertragliche Regelung zur (gesplitteten) Fälligkeit erforderlich. Zum anderen könnte die Zahlungsfrist für den Differenzbetrag (Zahlung mit dem regulären Gehalt des Folgemonats) aufgrund § 308 Nr. 1 BGB unzulässig und damit unwirksam sein, da sie länger als 15 Tage nach dem Ende des Kalendermonats liegt.<sup>26</sup> Dann würde § 614 BGB gelten, der bei einer monatlichen Vergütung eine Vergütungszahlung nach Ablauf des Monats vorsieht.<sup>27</sup> Dieser Sichtweise ist aber nicht zu folgen. Zum einen gilt das MiLoG als spezielleres und neueres Gesetz gegenüber den §§ 305 ff. BGB, insbesondere § 308 Nr. 1 u. 1a BGB, vorrangig.<sup>28</sup> Zum anderen handelt es sich nur um einen Bruchteil der Vergütung und nicht um das Hinauszögern der gesamten Vergütung.<sup>29</sup> Bei der Anwendung der §§ 305 ff. BGB sind nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB die Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen. Dazu werden auch die durch das MiLoG ausgelösten „Besonderheiten“ gehören.

#### b) Sonstige Vergütungsbestandteile

Oftmals sehen Arbeitsverträge neben dem unmittelbaren Gehalt weitere Leistungen vor, wie bspw. Weihnachts- oder/und Urlaubsgeld, Zulagen und Zuschläge etc. Ob bzw. inwieweit solche unstenen Vergütungsbestandteile auf den gesetzlichen Mindestlohn anrechenbar sind, regelt das Gesetz nicht. Ausgeschlossen ist eine solche Anrechnung dadurch aber nicht per se. Variable Vergütungsbestandteile sind beim Mindestlohn nur dann zu berücksichtigen, wenn und soweit diese die eigentliche vertragsgemäße Arbeitsleistung an sich honorieren.<sup>30</sup> Nicht anzurechnen sind daher Zulagen, die eine über die Normalleistung hinausgehende Leistung honorieren sollen oder besondere Aufwendungen etc. ausgleichen. Demzufolge wären Zuschläge und Zulagen, die an die Erbringung von Arbeitsleistung zu bestimmten Zeiten anknüpfen, nicht anrechenbar auf den Anspruch auf gesetzlichen Mindestlohn (z.B. Schicht-/Nachtarbeitszuschläge, Zuschläge für Sonn- und Feiertagsarbeit). Anrechenbar wären dagegen Überstundenzuschläge<sup>31</sup> und Qualitätsprämien<sup>32</sup>. Allerdings ist dabei das jeweilige nationale Verständnis von Vergütungselementen maßgeblich.<sup>33</sup> Dies zugrunde gelegt und die Rechtsprechung des BAG herangezogen, soll es darauf ankommen, ob die Zulage etc. ihrem Zweck nach diejenige Arbeitsleistung

des Arbeitnehmers entlohnt, die mit dem Mindestlohn vergütet wird.<sup>34</sup> Diese Ansicht eröffnet sehr weitgehende Anrechnungsmöglichkeiten.<sup>35</sup> Letztlich werden es auch hier wieder die Gerichte sein, welche die Versäumnisse des Gesetzgebers ausgleichen müssen. Bei jährlichen Zahlungen kommt hinzu, dass eine Anrechnung nur zulässig sein kann, wenn die Zahlungen monatlich umgelegt oder für künftige Leistungen im Voraus erbracht werden.<sup>36</sup> Nicht anrechenbar sind auch Leistungen, auf die der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch hat, die also freiwillig erfolgen, bzw. die durch eine Stichtagsvereinbarung zurückgefordert werden können oder von weiteren Voraussetzungen abhängig sind.<sup>37</sup>

#### c) Überstunden und Arbeitszeitkonto

Das MiLoG erfasst jede geleistete Arbeitsstunde und damit auch Überstunden. Regelungen, wonach mit dem Gehalt Überstunden in einem bestimmten Umfang mit abgegolten sein sollen, können im Einzelfall künftig unwirksam sein, wenn damit im Kalendermonatsdurchschnitt auf jede geleistete Arbeitsstunde nicht wenigstens ein Stundenentgelt von 8,50 € brutto entfällt. Es besteht aber die Möglichkeit, Überstunden in ein Arbeitszeitkonto einzustellen, so dass zunächst der insoweit eigentlich fällige Mindestlohn nicht zu zahlen ist. Dieses Arbeitszeitkonto muss aber schriftlich vereinbart sein und binnen zwölf Monaten ausgeglichen werden, soweit nicht bereits durch ein festes Monatsgehalt der Mindestlohnsanspruch quasi auch für die Überstunden erfüllt ist.<sup>38</sup> Zudem dürfen in ein Arbeitszeitkonto nicht mehr als die Hälfte der monatlich anfallenden Stunden eingestellt werden. Übersteigt das Gehalt den Mindestlohn, gelten die restriktiven Regelungen zum Arbeitszeitkonto nicht.<sup>39</sup>

#### d) Bereitschaftsdienste und Rufbereitschaft

Auch für Zeiten von Arbeitsbereitschaft (Tätigkeit bei Bedarf) und Bereitschaftsdienst ist der Mindestlohn zu zahlen.<sup>40</sup>

26 So LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.9.2013 – 6 Sa 182/13.

27 So *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 362.

28 *Lembke*, NZA 2015, 70, 76.

29 Insofern ist das Urteil des LAG Berlin-Brandenburg (s. Fn. 26) nicht einschlägig.

30 So für die Arbeitnehmer-Entsende-Richtlinie: EuGH, NZA 2013, 1359; *Jöris/von Steinau-Steinrück*, BB 2014, 2101, 2103.

31 *Jöris/von Steinau-Steinrück*, BB 2014, 2101, 2103; *Spielberger/Schilling*, NJW 2014, 2897, 2899.

32 *Berndt*, DStR 2014, 1878, 1880.

33 *Sittard*, NZA 2014, 951, 952.

34 *Jares*, DB 2015, 307, 309 unter Bezugnahme auf BAG, NZA 2014, 368; *Sittard*, NZA 2014, 951, 952; *Schweibert/Lefsmann*, DB 2014, 1866, 1869.

35 *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 869.

36 *Nebell/Kloster*, BB 2014, 2933, 2936; *Ulber*, RdA 2014, 176, 180 f.; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361.

37 *Nebell/Kloster*, BB 2014, 2933, 2936; *Ulber*, RdA 2014, 176, 180.

38 S. hierzu bspw. *Spielberger/Schilling*, NJW 2014, 2897, 2900; *Nebell/Kloster*, BB 2014, 2933, 2934.

39 *Lambrich/Mitius*, DB 2015, 126, 127; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 366; *Spielberger/Schilling*, NJW 2014, 2897, 2900.

40 *Holm*, DB 2015, 441 unter Berufung auf BAG, BB 2015, 510; *Nebell/Kloster*, BB 2014, 2933; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361.

Keine Arbeitszeit und deshalb nicht mindestlohnpflichtig sind Zeiten der Rufbereitschaft, in denen tatsächlich nicht gearbeitet werden muss. Bei Rufbereitschaft kann sich der Mitarbeiter an einem frei wählbaren Ort aufhalten, solange er sicherstellt, bei Abruf innerhalb einer vereinbarten Zeit am Arbeitsplatz zu sein.

### e) Geringfügig Beschäftigte und Saisonkräfte

Der Mindestlohn gilt auch für geringfügig Beschäftigte. Hier stellt sich die Problematik, dass im Falle einer Erhöhung des Stundenentgelts auf 8,50 € ein Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze von derzeit 450,00 € eintreten kann. Wäre es dem Arbeitnehmer durchaus recht, dass sein Gehalt auf mehr als 450,00 € steigt, so bleibt nur der Weg über eine Änderungskündigung, um letztlich die Stundenzahl an die zu zahlende Vergütung anzupassen, um die 450,00 € Grenze nicht zu überschreiten. Dem Arbeitgeber dürfte nämlich ein Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze regelmäßig nicht recht sein. Ist der Arbeitnehmer zu einer Stundenreduzierung bereit, um ein Übersteigen der Geringfügigkeitsgrenze zu vermeiden, z.B. weil er noch einer Haupttätigkeit nachgeht, kann die Stundenzahl einvernehmlich reduziert werden; einer Änderungskündigung bedarf es dann natürlich nicht. Ist eine bestimmte Stundenzahl im Arbeitsvertrag nicht vereinbart, hat der Arbeitnehmer automatisch weniger Stunden für die 450,00 € zu leisten.<sup>41</sup> Saisonkräfte haben Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Allerdings hat der Gesetzgeber für diese Personengruppe die Grenze für eine sozialversicherungsfreie geringfügige Beschäftigung auf Zeit gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV auf drei Monate bzw. 70 Tage verlängert (§ 115 SGB IV). Diese Regelung gilt zunächst bis zum 31.12.2018.

### 3. Ausschlussfristen und Verzicht

Nach § 3 S. 1 MiLoG können Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht verfallen. Bisherige Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen gelten damit nur noch für den Gehaltsteil, der 8,50 € pro Stunde überschreitet.<sup>42</sup> Auch kann der Arbeitnehmer auf seinen Mindestlohnanspruch nur im Wege eines arbeitsgerichtlichen Vergleichs verzichten, § 3 S. 2 MiLoG.

### 4. Änderung der Arbeitsverträge

Verein/Stiftung und Arbeitnehmer können die bestehenden Arbeitsverträge jederzeit einvernehmlich ändern, um sie an die Vorgaben des MiLoG anzupassen. Die einseitige Änderung bereits geschlossener Arbeitsverträge ist dagegen regelmäßig nur über eine Änderungskündigung möglich. So mag der Arbeitgeber geneigt sein, bisherige zusätzlich zum verstetigten Entgelt gewährte Leistungen in eine Erhöhung des monatlichen Entgelts umzuwandeln. Ob eine solche Änderungskündigung zulässig ist, hängt jedoch vom konkreten Einzelfall ab. Regelmäßig wird dies wohl zu verneinen sein. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen durch die Einführung des MiLoG die bisherige Geschäftsgrundlage des Arbeitsvertrages so erheblich gestört ist, dass eine Änderungskündigung

zur Anpassung des Arbeitsvertrages an die neuen gesetzlichen Vorgaben gerechtfertigt sein kann.<sup>43</sup> Eine Änderungskündigung soll aber dann ausscheiden, wenn der Arbeitgeber dadurch Leistungen, die – wie das zusätzliche Urlaubsgeld und die Jahressonderzahlung – nicht dem Zweck dienen, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu entlohnen und damit nicht zum Mindestlohn zählen, auf diesen anrechnet.<sup>44</sup>

### 5. Dokumentationspflichten

Das MiLoG sieht zudem weitgehende Aufzeichnungspflichten für Arbeitgeber vor. Das betrifft zum einen gemäß § 17 Abs. 1 MiLoG die für Vereine und Stiftungen eher weniger relevanten Branchen gemäß § 2a SchwarzArbG<sup>45</sup>, z.B. das Baugewerbe. Die Aufzeichnungspflicht entfällt dann erst bei einem verstetigtem Monatsentgelt über 2.958 € brutto.<sup>46</sup> Wesentlich relevanter für Vereine und Stiftungen ist die Dokumentationspflicht bei geringfügig Beschäftigten. Diese Aufzeichnungspflicht umfasst Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit. Mit anderen Worten ist bei geringfügig Beschäftigten seit dem 01.01.2015 jede geleistete Arbeitsstunde zu dokumentieren. Die Aufzeichnung hat spätestens bis zum Ablauf des 7. auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages zu erfolgen. Es besteht zudem eine Aufbewahrungs- und Bereithaltungspflicht für mindestens zwei Jahre, beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt. Die Aufzeichnungspflicht kann zwar auf den Arbeitnehmer übertragen werden.<sup>47</sup> Das Risiko einer unzureichenden Erfüllung der Dokumentationspflicht verbleibt aber beim Arbeitgeber.

### 6. Haftung für Subunternehmer

Der Auftraggeber einer Werk- oder Dienstleistung ist für die Einhaltung des MiLoG mitverantwortlich. Zahlt der tatsächliche Arbeitgeber den Mindestlohn nicht, haftet der Auftraggeber nach der Vorschrift des § 14 AEntG<sup>48</sup>, § 13 MiLoG. Im Falle eines Verstoßes des Subunternehmers gegen die Verpflichtung zur Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns kann der Arbeitgeber von den Arbeitnehmern des Subunternehmers – wie dieser selbst – zur Zahlung der Differenz zum Mindestlohn in Anspruch genommen werden. Das gilt zumindest dann, wenn Leistungen der gleichen Art, wie der Arbeitgeber sie selbst seinem Kunden (Klienten/Auftraggeber) schuldet, beauftragt werden.<sup>49</sup> Diese Regelung kann nicht

41 *Lakies*, ArbRAktuell 2014, 527, 528.

42 *Lembke*, NZA 2015, 70, 77; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 366; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2936.

43 BAG, NZA 2010, 465; *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1866, 1869.

44 So ArbG Berlin, Urt. v. 4.3.2015 – 54 Ca 14420/14 (nicht rechtskräftig).

45 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz.

46 Vgl. § 1 S. 1 der Verordnung zu den Dokumentationspflichten nach den §§ 16 und 17 des Mindestlohngesetzes in Bezug auf bestimmte Arbeitnehmergruppen (MiLoDokV).

47 *Jöris/von Steinau-Steinrück*, BB 2014, 2101, 2105; *Spielberger/Schilling*, NJW 2014, 2897, 2902 m.w.N.

48 Arbeitnehmer-Entsendegesetz.

49 *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 871; *Grau/Sittard*, KStZ 2014, 227, 229.

durch eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Subunternehmer ausgeschlossen werden.

## 7. Rechtsfolgen

Bei einer Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns steht dem Arbeitnehmer der Anspruch auf die Differenz zu dem Stundenlohn von 8,50 € brutto zu.<sup>50</sup> Es ist aber auch denkbar, dass der Arbeitnehmer mehr als 8,50 € brutto pro Stunde verlangen kann und zwar unabhängig vom Mindestlohn. Das kann dann der Fall sein, wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Unterschreitet die vereinbarte Vergütung zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns, ist von einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auszugehen.<sup>51</sup> Fehlt es an einem solchen auffälligen Missverhältnis, kann der Arbeitnehmer nur den Mindestlohn verlangen.<sup>52</sup>

Darüber hinaus können Verletzung der Vorgaben des MiLoG für den Verein bzw. die Stiftung empfindliche Geldbußen bis zu 500.000 € zur Folge haben. Die Nichtzahlung des Mindestlohns ist eine Ordnungswidrigkeit. Umfasst wird auch die nicht rechtzeitige Mindestlohnzahlung, § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG. Ordnungswidrig handelt der Verein bzw. die Stiftung darüber hinaus, wenn der persönliche Anwendungsbereich<sup>53</sup> (z.B. hinsichtlich der Praktikanten) nicht hinreichend beachtet wurde. Zudem gilt die Verletzung der Aufzeichnungs- und Bereithaltungspflichten als Ordnungswidrigkeit. Erforderlich ist dabei zumindest Fahrlässigkeit. Überdies droht der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen, § 19 MiLoG. Die Überwachung der Einhaltung des MiLoG obliegt dem Zoll.

## III. Mindestlohn in der Pflege

Für den Bereich der Pflege von Menschen gibt es Besonderheiten zu beachten. Neben dem MiLoG muss hier die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (2. PflegeArbbV) beachtet werden. Danach ist für Pflegebetriebe der Mindestlohn bereits seit dem 01.08.2010 verbindlich. Er gilt vorrangig vor dem gesetzlichen Mindestlohn nach dem MiLoG, § 1 Abs. 3 MiLoG. Erfasst sind Pflegebetriebe oder selbstständige Betriebsabteilungen, die überwiegend ambulante, teilstationäre oder stationäre Pflegeleistungen erbringen. Anspruch auf den Mindestlohn in der Pflege hat jeder Arbeitnehmer, der pflegerische Tätigkeiten in der Grundpflege erbringt und in einem solchen Pflegebetrieb arbeitet. Zur Grundpflege gehört unter anderem das Waschen der Patienten, die Hilfe beim Anziehen oder beim Treppensteigen sowie etwa die mundgerechte Zubereitung oder Aufnahme der Nahrung. Ab dem 01.10.2015 gilt der Pflegemindestlohn darüber hinaus auch für die in Pflegebetrieben beschäftigten Betreuungskräfte von dementen Personen, Alltagsbegleiterinnen und -begleiter sowie Assistenzkräfte, § 1 Abs. 5 PflegeArbbV. Zum 01.01.2015 stieg der Mindestlohn in der Pflege pro Stunde auf 9,40 € brutto (West) und 8,65 € brutto (Ost). Bis 2017 wird er gem. § 2 PflegeArbbV weiter bis auf 10,20 € brutto (West) und 9,50 € brutto (Ost)

steigen. Die PflegeArbbV findet jedoch keine Anwendung auf z.B. Haushaltshilfen, Auszubildende oder Praktikanten. Insofern gilt das MiLoG, wenn dessen Anwendungsbereich eröffnet ist.

Anders als Ansprüche nach dem MiLoG verfallen gemäß § 4 Abs. 2 PflegeArbbV Ansprüche auf den Pflegemindestlohn kraft Gesetzes, wenn sie nicht innerhalb von 12 Monaten nach Fälligkeit geltend gemacht werden. Da diese Verordnung gegenüber dem MiLoG vorrangig ist (§ 1 Abs. 3 MiLoG), gelten für den gesamten Pflegemindestlohn die Regelungen des § 3 S. 1 MiLoG zur Unverfallbarkeit nicht. Zudem bestehen differenzierte Vorschriften für Arbeitszeitkonten der Mitarbeiter von Pflegebetrieben. Gem. § 3 Abs. 1 PflegeArbbV dürfen bis zu 225 Zeitstunden in ein Arbeitszeitkonto gestellt werden. Die Haftung für eine Unterschreitung des Pflegemindestlohns durch Subunternehmer besteht ebenfalls, sie ergibt sich direkt aus § 14 AEntG.

## IV. Fazit

Als gelungen kann man das MiLoG wahrlich nicht bezeichnen. In ganz entscheidenden Punkten lässt es den Arbeitgeber allein. Gleichwohl scheut der Gesetzgeber nicht davor zurück, drastische Sanktionen bei Verstößen gegen die unklaren Regelungen vorzusehen. Eines steht jedenfalls fest: Auch auf Vereine und Stiftungen werden administrative und finanzielle Mehrbelastungen zukommen.

<sup>50</sup> *Grau/Sittard*, KSzW 2014, 227.

<sup>51</sup> BAG NZA 2012, 978; BAG NZA 2009, 837.

<sup>52</sup> *Grau/Sittard*, KSzW 2014, 227 f.; a.A. *Bayreuther*, NZA 2014, 865.

<sup>53</sup> S. hierzu unter II. 1.