

In Zeiten des »alten Arbeitsrechts« mit einer funktionierenden Tarifautonomie würden die Presseerzeugnisse bei einer Gestaltung wie der Übergangsregelung des § 24 Abs. 2 MiLoG möglicherweise in den Verlagen liegengelassen sein. Dass es sich (in der heutigen Situation) dann um einen wilden Streik handeln würde, erinnert uns daran, dass nicht die Tarifautonomie die Vergütung der Zeitungszustellung unter Berücksichtigung ihrer Besonderheiten verhandelt und gestaltet, sondern der Staat dies ges. regelt, während die Verlage in OT-Mitgliedschaften wechseln oder durch Umstrukturierung der Tarifbindung ausweichen.<sup>63</sup>

Damit kommt man wieder bei der Tarifautonomie an. Die Situation bei den Zeitungszustellern ist, auch wenn die Übergangsregelung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch genügen mag,<sup>64</sup> ein Gradmesser, an dem man die Vitalität unserer auf Mitgliedschaft gegründeten Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie ablesen kann.<sup>65</sup> Ein Rückgang von Tarifbindungen auf der Arbeitgeberseite ist in meiner Bewer-

tung die Antwort auf den Organisationsgrad und die tarifautonome Vitalität der AN. An dieser Stelle liegt der Ausgangspunkt der auf Mitgliedschaft gegründeten dt. Tarifautonomie. Die AG haben historisch Koalitionen gebildet, weil sie es mussten. Aus dem Blickwinkel der auf Mitgliedschaft gründenden dt. Tarifautonomie müsste im Niedriglohnssektor alles, was möglich ist, getan werden, um auf der Arbeitnehmerseite den guten Sinn tarifautonomer Gestaltung deutlich zu machen.

<sup>63</sup> Siehe Berichterstattung des Dt. Journalistenverbands (abrufbar unter <http://www.djv.de/en/startseite/info/beruf-betrieb/zeitungen-zeitschriften-agenturen/tarifumgehung-der-verlage.html> (Stand: 19.3.15)).

<sup>64</sup> Vgl. Barczak, RdA 2014, 290 (297).

<sup>65</sup> Zur Frage, ob und wie man die Tarifautonomie stärken könnte, Waltermann, NZA 2014, 874 ff.

## »Je Zeitstunde« – zur Auslegung des § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG<sup>1</sup>

Prof. Dr. Eva Kocher, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

*Für das MiLoG gab es im dt. Arbeitsrecht kaum Vorbilder – sieht man von den Mindestentgeltregelungen nach dem Modell des AEntG ab, die weniger weitreichende Geltungsansprüche verfolgen. Für das MiLoG werden deshalb die dogmatischen Strukturen erst zu analysieren sein. Der vorl. Beitrag beschränkt sich auf die Frage, welche Gegenleistung AN für den Mindestlohn zu erbringen haben. Dabei geht es vor allem um die Zahlung des Mindestlohns in Leistungslohnsystemen und im Rahmen von Entgeltersatzansprüchen.*

*Ausgangspunkt für die Beantwortung ist § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG. Danach sind 8,50 € »je Zeitstunde« zu zahlen. »Stunde« bezieht sich dabei auf den Begriff der Stunde nach dem Gesetz über die Einheiten im Messwesen und die Zeitbestimmung (EinhZeitT). Angefangene Zeitstunden sind zeitanteilig zu vergüten; Aufrundungen finden nicht statt.<sup>2</sup> »Zeit« bezieht sich auf die »Arbeitszeit« iSd. ArbZG.*

### I. Arbeitszeit = Arbeitszeit iSd ArbZG

Um Anspruch auf Mindestlohn zu haben, muss der AN also Arbeitsstunden iSd. ArbZG abgeleistet haben. Das MiLoG kennt keinen eigenen Begriff der Arbeitszeit. Dieser bestimmt sich vielmehr in vollem Umfang nach § 2 ArbZG und erfasst damit Arbeitsbereitschaft genau wie Bereitschaftsdienst iSd. § 7 Abs. 1 Nr. 1a) 4a), Abs. 2a ArbZG.<sup>3</sup> Anders ist dies nur für Zeiten von Rufbereitschaft, in denen AN ihren Aufenthaltsort frei wählen können.<sup>4</sup> In diesen Fällen ist der Mindestlohn lediglich für Zeiten anzuwenden, in denen AN tatsächlich zur Arbeit herangezogen werden.<sup>5</sup>

Das BAG hält es zwar arbeitszeitrechtlich grds. für möglich, niedrigere Entgeltsätze für Bereitschaftszeiten vorzusehen.<sup>6</sup> Ob diese Möglichkeit verwirklicht wird, ist jedoch eine entgeltrechtliche Frage; es kommt damit darauf an, wie die Entgeltregelung Bereitschaftszeiten insofern behandelt. Für die erste PflegeArbbV nach §§ 10 ff AEntG, die

wie das MiLoG ein Mindestentgelt »je Stunde« regelte, kam das BAG deshalb zutreffend zum Schluss, dass auch alle Bereitschaftszeiten mit dem Mindestentgelt zu vergüten waren.<sup>7</sup> Die 2. PflegeArbbV (für 2015 – 2017) enthält hingegen in § 2 Abs. 3 eine Sonderregelung für das Mindestentgelt in Zeiten des Bereitschaftsdienstes. Das MiLoG entspricht insofern der ersten PflegeArbbV; auch Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftszeiten sind hier deshalb mit 8,50 € zu vergüten.

### II. Welche Leistungen müssen AN erbracht haben?

Da das Gesetz auf »Arbeitszeit« abstellt, stellt sich die Frage, welche Arbeit AN in der fraglichen Stunde erbracht haben müssen, um Anspruch auf Mindestlohn zu haben.

<sup>1</sup> Erweiterte Fassung eines Vortrags auf einem ExpertInnenworkshop des DGB am 31.10.14 in Berlin; mit Dank an Laura Krüger und Jörn Schneider für die Recherchen!

<sup>2</sup> Lakies, Mindestlohngesetz, Basiskommentar zum MiLoG, 2015, § 1 MiLoG, Rn. 20.

<sup>3</sup> Buschmann/Ulber (B/U), Arbeitszeitgesetz, 8. Aufl. 2015, § 2 ArbZG, Rn. 4; für beides siehe Ausgangsdefinition des BAG 28.1.82, 4 AZR 892/78: »Zeit wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung«; in der Literatur finden sich noch Wendungen wie »Bereithalten zur Arbeitstätigkeit, um ggf. von sich aus tätig zu werden«, siehe B/U aaO, Rn. 14 ff.; Gitter, ZfA 1983, 375, 406; vgl. auch BAG 15.7.09, 5 AZR 867/08, AuR 2010, 44 (LSLS); BAG 16.12.09, 5 AZR 157/09, AuR 2010, 175 (LSLS).

<sup>4</sup> EuGH 3.10.00, C-303/98, »Simap«, AuR 2000, 465; BAG 11.7.06, 9 AZR 519/05, AuR 2007, 103 (LS). Zur Definition von Rufbereitschaft siehe jetzt z. B. § 2 Abs. 4 der 2. PflegeArbbV.

<sup>5</sup> Schubert/Jerchel/Düwell, Das neue Mindestlohngesetz, 2014, Rn. 94 f; ErfK/Franzen, 15. Aufl. 2015, § 1 MiLoG, Rn. 4. Genauer und ausführlich auch Lakies (Fn. 2), § 1 MiLoG, Rn. 22 ff.; ders., AuR 2014, 360, 361 f. Genauso zum Ganzen Däubler, NJW 2014, 1924, 1926.

<sup>6</sup> BAG 28.1.04, 5 AZR 530/02 AuR 2004, 276 (LS); BAG 15.7.09, 5 AZR 867/08, AuR 2010, 44 (LS); BAG 16.12.09, 5 AZR 157/09, AuR 2010, 175 (LS).

<sup>7</sup> BAG 19.11.14, 5 AZR 1101/12, AuR 2014, 488 f zu § 2 der ersten PflegeArbbV (v. 2010 – 2014 in Kraft).

## 1. Die Bedeutung der »Normalleistung« im Zeitlohnsystem

Sinn und Zweck des Gesetzes ist gerade nicht die Gewährleistung einer gerechten oder notwendigen vertraglichen Gegenleistung des AG.<sup>8</sup> Vielmehr sollen AN vor unangemessen niedrigen, d. h. nicht existenzsichernden Entgelten geschützt und der Leistungswettbewerb zw. den UN, die soz. Sicherungssysteme sowie die Tarifautonomie gestärkt werden.<sup>9</sup> Alleinstehende Vollzeitbeschäftigte müssen künftig bei durchschnittlicher Wochenarbeitszeit ein Monatseinkommen oberhalb der Pfändungsfreigrenzen erzielen. Die 8,50 € sind damit zwar als Gegenleistung für die Erfüllung des Arbeitsvertrags gedacht. Auf die Frage, inwieweit pflichtgemäß erfüllt wurde oder nicht, kommt es dabei jedoch nicht an.

Zwar hat das BAG mit Hilfe des § 243 Abs. 2 BGB Grundsätze zum allg. Maßstab der Leistungspflicht von AN entwickelt. AN müssen danach »unter angemessener Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit« arbeiten; der AN »muss [...] tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann«. Allerdings: Die durchschnittliche Leistungsfähigkeit der AN dient beweisrechtlich als Indiz für die ind. und pers. Leistungsfähigkeit, so dass sich in der Praxis die Leistungspflicht doch objektiviert darstellt.<sup>10</sup> Diese Grundsätze sind in der Praxis maßgeblich für die Frage, ob ein AN seine arbeitsvertraglichen Pflichten erfüllt hat. Die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung ergeben sich aus allg. arbeits- und dienstvertraglichen Regeln. Danach können eine Abmahnung oder gar eine (verhaltensbedingte) Kündigung gerechtfertigt sein. Ein Minderungsrecht kennt das Dienstvertragsrecht nicht, jedenfalls nicht im Rahmen von Zeitlohnvereinbarungen.<sup>11</sup>

Allerdings: Wenn im Mindestlohnrecht bei der Frage, welche Leistungen des AG als Mindestentgelt anzurechnen sind, zwischen dem Entgelt für die »Normalleistung« und einem »Mehr« zu differenzieren ist, muss dann nicht auch ein »Weniger« Konsequenzen für das Mindestentgelt haben?<sup>12</sup> Ohne in die Details einzusteigen: Die Differenzierung zwischen »normaler Tätigkeit« und einem »Mehr an Arbeit« entstammt der Rspr. des *EuGH* zum Begriff des Mindestlohns iSd. Art. 3 Abs. 1 c) der Entsende-RL 96/71/EG.<sup>13</sup> Diese Rspr. beansprucht nicht, den MS eine abschließende Definition desjenigen vorzugeben, was AG auf den Mindestlohn anrechnen dürfen oder nicht.<sup>14</sup> Sie soll jedoch im Interesse eines Schutzes der Dienstleistungsfreiheit, also zum Schutz der entsendenden AG, Grenzen bei der mitgliedstaatlichen Definition aufzeigen. Dabei ist dem *EuGH* darin zuzustimmen, dass nicht alle Leistungen, die ein AG aufgrund des Arbeitsverhältnisses an die Beschäftigten zahlt, als »Mindestlohn« berücksichtigt werden müssen. Im Gegenteil: Es ist keineswegs geklärt, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis bei der Frage der Berücksichtigung von Zulagen und Zuschlägen wirklich zugunsten einer Berücksichtigung ausfallen muss;<sup>15</sup> denn auf der tats. Ebene besteht eine Vermutung dafür, dass ein zus. ausgewiesenes Entgelt nicht schon die Normalleistung abgelten soll. Unabhängig von den Anrechnungsfragen lässt sich aus dieser Rspr. ohnehin kein Argument dagegen ableiten, den Mindestlohn nach nat. Recht schlicht zunächst auf die Arbeitszeitstunde zu beziehen – wie es in § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG geschieht.

Für den Mindestlohn können also im Zeitlohnsystem weder quantitative noch qualitative Leistungsschwankungen mit reduzierten Vergütungen ausgeglichen werden.<sup>16</sup>

## 2. Der Mindestlohn in Leistungslohnsystemen

Im Gegensatz zum Zeitlohn wird beim sog. Leistungslohn die Lohnhöhe grds. durch das Arbeitsergebnis, also die Qualität und/oder die Quantität der geleisteten Arbeit, unmittelbar beeinflusst.<sup>17</sup> Es fragt sich deshalb, welche Auswirkungen das MiLoG auf Stück-, Akkord- und andere Leistungsentgeltvereinbarungen hat.

Für die Praxis steht zunächst fest, dass eine »Umrechnung« des Stücklohns in einen hypothetischen Zeitlohn zu erfolgen hat.<sup>18</sup> Denn es muss möglich sein, durch die ordnungsgemäße Erfüllung des Arbeitsvertrages iSd. § 243 Abs. 2 BGB den Mindestlohn zu erreichen.<sup>19</sup> Allerdings darf eine Leistung unterhalb dieses Maßstabs künftig »ex post« keine Auswirkung auf das Entgelt haben;<sup>20</sup> Leistungsschwankungen können AG nicht mit einer unter den Mindestlohn fallenden Vergütung begegnen.<sup>21</sup> Die wortgetreue Auslegung dahingehend, dass das Mindestentgelt nach MiLoG unabhängig ist vom Arbeitsergebnis, lag auch dem Gesetzentwurf der BReg zugrunde, wie er ab 1.1.15 in Kraft getreten ist. Danach sollten Leistungs- und Stücklohnvereinbarungen weiter zul. sein – »wenn gewährleistet ist, dass der Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden erreicht wird.«<sup>22</sup> Der Mindestlohn begrenzt also Leistungsentgeltsysteme nach unten und erfüllt damit eine ähnliche Funktion wie Verdienstsicherungsklauseln, wie sie z. T. in TV für Akkordarbeiter/innen geregelt sind.<sup>23</sup>

<sup>8</sup> Picker, RdA 2014, 25, 28.

<sup>9</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/1558, 2 und 30 ff.

<sup>10</sup> BAG 11.12.03, 2 AZR 667/02, AuR 2004, 316 (LS); BAG 17.1.08, 2 AZR 536/06, AuR 2008, 229 (LS).

<sup>11</sup> *ErfK/Preis* (Fn. 3), § 611 BGB, Rn. 390. Zu Leistungsentgeltvereinbarungen s.u. bej.b).

<sup>12</sup> *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868 f., problematisiert dies so, verneint die Frage im Ergebnis aber ebenfalls.

<sup>13</sup> Siehe zuletzt *EuGH* 7.11.13, C-522/12 »Isbir«, dort Rn. 42 zum Maßstab der »Normalität«, AuR 2013, 505 (LS); davor *EuGH* 14.4.05, C-341/02 »Kommission/Deutschland«, dort Rn. 40 zum Maßstab des »Mehr«, AuR 2005, 192-193 (Kurzweidergabe); zur entspr. Rspr. des BAG (Abstellen auf funktionalem Zusammenhang) siehe z. B. BAG 16.4.14, 4 AZR 802/11 (Rn. 40 zum Begriff »Normalitätätigkeit«).

<sup>14</sup> Der Gesetzgeber des MiLoG hat diese Rspr. missverstanden und deshalb von seinem Regelungsspielraum keinen Gebrauch gemacht (Gesetzentwurf der BReg, BT-Drs. 18/1558 (Anlage 3: Stellungnahme des BRat, S. 75; Anlage 4: Gegenäußerung der BReg, S. 84 f.). Zur Bewertung ausführlich *Kocher*, Frankfurter Newsletter zum Recht der EU, Nr. 19 v.7.14, [https://www.europa-uni.de/de/forschung/institut/institut\\_fireu/newsletter/fireu-Newsletter19.pdf](https://www.europa-uni.de/de/forschung/institut/institut_fireu/newsletter/fireu-Newsletter19.pdf) (Abruf 3.4.15).

<sup>15</sup> So aber die Einigung zw. Kommission und Deutschland, wie sie in *EuGH* 14.4.05, C-341/02, Rn. 30 zwar akzeptiert wurde, ohne dass dies allerdings im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit begründet würde; dagegen auch *Ulber*, RdA 2014, 176 (182).

<sup>16</sup> *Schweibert/Lefmann*, BB 2014, 1866 ff (1866); Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/1558, 32 f.

<sup>17</sup> *ErfK/Preis* (Fn. 3), § 611 BGB, Rn. 391 ff., zu unterschiedlichen Formen des Leistungsentgelts; Rn. 394 zur qualitativen Bewertung von Leistungen mit Bezug auf BAG 15.3.60, 1 AZR 301/57.

<sup>18</sup> *Schubert/Jerschel/Düwell* (Fn. 5), Rn. 127 ff; *ErfK/Franzen* (Fn. 3), § 1 MiLoG, Rn. 5; vgl. Rn. 9 f für das Beispiel der Zeitungszusteller/innen. Ist so eine Sicherstellung des Mindestlohns nicht möglich, muss auf Stundenlohn umgestellt werden (*Spielberger/Schilling*, NJW 2014, 2897, 2899).

<sup>19</sup> *Schubert/Jerschel/Düwell* (Fn. 5), Rn. 127 ff; *ErfK/Franzen* (Fn. 3), § 1 MiLoG, Rn. 5; für einen tariflichen Akkordrichtsatz mit einem Maßstab von 15 % oberhalb des Grundlohns siehe BAG, 28.6.61, 4 AZR 423/59, AuR 1962, 57.

<sup>20</sup> Anders wohl *Schubert/Jerschel/Düwell* (Fn. 5), Rn. 131 f.

<sup>21</sup> *Schweibert/Lefmann*, BB 2014, 1866, 1868.

<sup>22</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/1558, 34.

<sup>23</sup> Zu diesen siehe *ErfK/Preis* (Fn. 3), § 611 BGB, Rn. 394.

### 3. Der Abrechnungszeitraum des Mindestlohns

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll durch mindestlohngerechte Berechnung des Leistungslohns sowie die Absicherung nach unten gewährleistet sein, dass »[d]er Mindestlohn [...] sich [...] nicht durch leistungsbezogene Vergütungssysteme umgehen [lässt].«<sup>24</sup> Allerdings bedarf es dadurch noch der Absicherung in einer anderen Richtung. Denn der Mindestlohn lässt sich nur bei Stundenlohnempfänger/-innen eindeutig berechnen; die meisten AN erhalten aber Monatslohn.<sup>25</sup>

Es fragt sich dabei zunächst, ob das MiLoG einen best. Abrechnungszeitraum vorschreibt, ob also künftig stundenweise abgerechnet werden muss, oder ob der Anspruch auf Zahlung des Mindestlohnes aus einer Multiplikation von 8,50 € mit den im jeweiligen Abrechnungszeitraum geleisteten Arbeitsstunden berechnet werden darf. Im letzteren Fall würde der jeweilige Abrechnungszeitraum vorgeben, in welchem Zeitraum durchschnittlich ein Stundenlohn von 8,50 € erreicht sein muss, was in Leistungslohnsystemen dann Auswirkungen hat, wenn die Leistung während des Abrechnungszeitraums schwankt. Dieses Ergebnis ist nach dem MiLoG zu akzeptieren,<sup>26</sup> denn das MiLoG will nicht in der Weise in Leistungsentgeltsysteme eingreifen, dass Leistungen nunmehr stundenweise gemessen werden müssen. Die gesetzgeberischen Ziele sind jedenfalls erreicht, wenn gewährleistet ist, dass alleinstehende Vollzeitbeschäftigte bei durchschnittlicher Wochenarbeitszeit ein Monatseinkommen oberhalb der Pfändungsfreigrenzen erzielen.<sup>27</sup>

Allerdings muss eine Obergrenze für den Abrechnungszeitraum festgelegt werden. Franzen hat insofern bei Provisionen einen Abrechnungszeitraum von bis zu 4 Monaten für zul. gehalten. Er geht aber zu Unrecht davon aus, dass das MiLoG selbst mit § 2 Abs. 1 MiLoG einen 2-Monats-Rhythmus vorsehe.<sup>28</sup> Die Norm erlaubt zwar die Abrechnung erst zum Ende des Monats, »in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde«. Sie stellt aber für die Erbringung der Arbeitsleistung auf einen Zeitraum von einem Monat ab.

Der Zeitraum von einem Monat markiert zugleich den längsten zul. Abrechnungszeitraum. Denn sonst könnte der Mindestlohn durch Leistungsentgeltregelungen umgangen werden. Selbst bei Provisionsregelungen ergeben sich aus §§ 87 ff HGB keine Argumente gegen eine andere Lösung.<sup>29</sup> Denn § 87c Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 und S. 2 HGB erlaubt zwar einen Abrechnungszeitraum von bis zu 4 Monaten. Hier handelt es sich jedoch um eine Ausnahmeregelung und nicht um eine ges. Wertung für den Normalfall der Provisionszahlung, die auf das MiLoG übertragen werden könnte. Im Gegenteil lässt sich § 87c Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 HGB gerade entnehmen, dass auch der Gesetzgeber des HGB eine monatliche Abrechnung von Provisionen für richtig hält; dies ist die maßgebliche ges. Wertung. Auch bei quartalsweise abgerechneten Provisionszahlungen muss also künftig monatlich der Mindestlohnanspruch bezahlt werden, ohne die Möglichkeit einer nachträglichen Reduzierung.<sup>30</sup>

## III. Mindestentgelt für entfallene Arbeitszeit?

Aus dem Arbeitsvertrag (i.V.m. MiLoG) ergibt sich allerdings nur ein Anspruch für geleistete Arbeitsstunden.<sup>31</sup> Es fragt sich deshalb, was für Zeiten des Urlaubs, der Krankheit, des arbeitgeberseitigen Annahmeverzugs, des Mutterschutzes und ähnlicher Entgeltersatzzeiten<sup>32</sup> gilt.

### 1. Mindestlohn nach Entgeltausfall- oder Referenzmethode

Auch bei Urlaub, Krankheit oder Annahmeverzug kann das Entgelt aber nach dem Mindestentgelt zu berechnen sein<sup>33</sup> – aufgrund derjenigen Normen, die Entgeltfortzahlung oder Entgelterstattung regeln. Dabei ist allerdings zu differenzieren: Die entspr. Rechtsgrundlagen orientieren sich z. T. am Entgeltausfallprinzip, z. B. am sog. Referenzprinzip.

Das Entgeltausfallprinzip greift auf eine zukunftsbezogene Fiktion zurück: Maßgeblich ist danach die vorauss. Entwicklung des Verdienstes während der Dauer der Nichterbringung der Arbeitsleistung. Soweit in der Zukunft ein Mindestlohnanspruch besteht, ist dieser selbstverständlich maßgeblich für die Berechnung des Entgeltausfalls (z. B. § 615 BGB,<sup>34</sup> § 2 Abs. 1 EFZG oder § 4 Abs. 1 EFZG).<sup>35</sup>

Problematischer ist es beim Referenzprinzip, wie es z. B. in § 11 BUrlG oder § 11 MuSchG geregelt ist. Es stellt ex post auf einen zurückliegenden Zeitraum ab, knüpft also daran an, was ein AN verdient hat, bevor er durch ein Ereignis an seiner Arbeitsleistung gehindert war.<sup>36</sup> Nach dem Gesetzeswortlaut könnte man meinen, dass hier der Referenzlohn nicht normativ, sondern allein empirisch zu ermitteln sei. Allerdings deutet schon § 11 Abs. 1 S. 2 BUrlG in eine andere Richtung. Danach ist nicht nur bei dauerhaften Verdiensterhöhungen, die während des Berechnungszeitraums eintreten, vom erhöhten Verdienst auszugehen, sondern auch, wenn die Erhöhung erst wegen des Urlaubs eintreten wird. Dies weist auf eine normative Betrachtung auch des Referenzlohns hin: Die vergangenheitsbezogene Betrachtung soll lediglich pauschalieren, was voraussichtlich in der Zeit des Urlaubs verdient worden wäre.<sup>37</sup> Auch nach dem Referenzprinzip ist also mind. auf das Entgelt aus § 1 Abs. 2 MiLoG abzustellen.

<sup>24</sup> Berndt, DStR 2014, 1878, 1880.

<sup>25</sup> Sittard, NZA 2014, 951 ff; Bayreuther, NZA 2014, 865.

<sup>26</sup> So z. B. Bayreuther, NZA 2014, 865, 869; 874; so auch schon zum AEntG: Ulber, AEntG, 2009, § 8, Rn. 27; BAG 12.1.05, 5 AZR 617/01.

<sup>27</sup> Schweibert/Leßmann, BB 2014, 1866 ff (1866).

<sup>28</sup> ErfK/Franzen (Fn. 3), § 1 MiLoG, Rn. 10; so auch Lembke, NZA 2015, 70 (74).

<sup>29</sup> So aber ErfK/Franzen (Fn. 3), § 1 MiLoG, Rn. 10.

<sup>30</sup> So auch Spielberger/Schilling, NJW 2014, 2897, 2899.

<sup>31</sup> Zur Frage der Anspruchsgrundlage vgl. Waltermann, Aktuelle Fragen des Mindestlohngesetzes, AuR 2015, 166 (in diesem Heft); ErfK/Franzen (Fn. 3), § 1 MiLoG, Rn. 1 wirft dieselbe Frage unmittelbar aufgrund des MiLoG auf (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2: »erbrachte« Arbeitsleistung).

<sup>32</sup> Freistellungen nach dem BetrVG, wegen der Wahrnehmung der Funktion der Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten und der Wahlvorstände, nach den Bildungsurlaubsgesetzen der Länder u.ä.

<sup>33</sup> Bayreuther, in: Thüsing (Hrsg.), § 8 AEntG, 2010, Rn. 6; Lakies (Rn. 2), § 1 MiLoG, Rn. 81 ff.

<sup>34</sup> Lakies (Rn. 2), § 1 MiLoG, Rn. 92.

<sup>35</sup> ArbG Cottbus 6.6.13, 3 Ca 171/13; LAG Niedersachsen 20.11.13, 2 Sa 667/13 (Rev. anhängig unter 10 AZR 191/14, T zur mündlichen Verhandlung 13.5.15); LAG Niedersachsen 4.6.14, 16 Sa 1348/13 und 16 Sa 20/14 (Rev. anhängig unter 4 AZR 495/14 und 496/14); Schubert/Jerchel/Düwell (Fn. 5), Rn. 146. So auch Waltermann, AuR 2015, 166 (in diesem Heft).

<sup>36</sup> MünchArbR-Schlachter, 3. Aufl. 2009, § 74, Rn. 2.

<sup>37</sup> Genauso ohne weitere Begründung Schubert/Jerchel/Düwell (Fn. 5), Rn. 145. Im Ergebnis genauso für den Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG: LAG Niedersachsen 20.11.13, 2 Sa 667/13 (zum Stand der Rev. s.o. Fn. 35).

## 2. Auslegung nach Sinn und Zweck der Entgeltersatztatbestände

Zu den gleichen Ergebnissen kommt man, wenn man die Lösung vom Zweck derjenigen Normen her entwickelt, die den Entgeltersatzanspruch regeln. So dient die Fortzahlung des Urlaubsentgelts nach dem BUrlG dem Zweck des Erholungsurlaubs, nämlich der Erfüllung des Erholungsbedürfnisses. Dies ergibt sich insbes. aus dem Recht der EU, in dem das Recht auf einen bezahlten Erholungsurlaub ein Grundrecht<sup>38</sup> und einen »besonders bedeutsame[n] Grundsatz des Sozialrechts der Union« darstellt, der »nicht restriktiv« auszulegen ist.<sup>39</sup> Regelungen über die Entgeltfortzahlung sind unverzichtbar, wenn das Freistellungsrecht seinen sozialpol. Zweck erreichen soll.<sup>40</sup> Um für die Zeit des Urlaubs eine mit der Zeit der Arbeit vergleichbare wirtschaftliche Situation zu erreichen, verlangt auch der *EuGH* Fortzahlung des »gewöhnlichen Arbeitsentgelts«:<sup>41</sup> Das Urlaubsentgelt müsse auf der Basis eines Durchschnittswerts über einen hinreichend repräsentativen Referenzzeitraum berechnet und dürfe auch nicht als Aufschlag zum monatlichen Entgelt »umgelegt« werden.<sup>42</sup> Im Rahmen des § 11 BUrlG besteht also Anspruch auf mindestens den ges. Mindestlohn.<sup>43</sup>

Das Gleiche gilt für die Entgeltfortzahlung an Feiertagen nach § 2 EFZG: Ziel ist die »wirtschaftliche Kompensation«, d. h. Vermeidung finanzieller Nachteile des AN im Vergleich zu der wirtschaftlichen Situation bei tatsächlicher Erbringung der Arbeitsleistung. Auch in diesen Zeiten besteht ein Anspruch auf Mindestlohn.<sup>44</sup>

Für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§§ 3, 3a, 4 EFZG) ist vertreten worden, sie verfolge primär den Zweck, die Sozialversicherungssysteme vor Belastungen zu schützen; der Mindestlohn sei hier nicht einschlägig.<sup>45</sup> Dies ist in der Sache zwar zutreffend, verkennt aber die Instrumente, mit denen die Sozialversicherungssysteme hier geschützt werden: Denn die Zwecksetzung der Entlastung von Sozialversicherungssystemen kann ja nur erreicht werden, wenn man davon ausgeht, dass die Sozialversicherungssysteme die Aufgabe haben, wirtschaftliche Absicherung im Fall von Krankheit zu gewährleisten. Indem sie durch Inpflichtnahme des AG entlastet werden, übernimmt dieser die Aufgabe, die wirtschaftliche Absicherung arbeitsunfähiger Beschäftigter unmittelbar zu gewährleisten. Dieser Schutzzweck im Verhältnis zu den AN erfordert jedoch die Zahlung von Mindestlohn auch im Rahmen von §§ 3, 4 EFZG, jedenfalls solange keine subsidiären Ansprüche gegen die Sozialversicherung bestehen.<sup>46</sup> Was dies für die Tarifdispositivität nach § 4 Abs. 4 EFZG bedeutet, muss durch Auslegung dieser Norm ermittelt werden und ist keine Frage des MiLoG. Abweichende tarifliche Normen dürfen aber nicht die Substanz der Entgeltfortzahlung antasten;<sup>47</sup> es spricht deshalb viel dafür, dass § 4 Abs. 4 EFZG keine Regelung erlaubt, die nicht die Existenzsicherung (im Sinne der durch den Gesetzgeber im MiLoG getroffenen Wertung) gewährleistet.<sup>48</sup>

Dafür spricht übrigens eine parallele Erwägung für den Mutterschutz. Auch diese Entgeltersatzleistungen erfüllen vor allem eine sozialrechtliche Funktion; der *EuGH* betont ausdrücklich, dass die Höhe dieser Bezüge nur auf Willkür überprüft werden könne, weil sie sich nicht am bisherigen Arbeitsentgelt orientieren müssten und »die Bezüge in Form einer angemessenen Sozialleistung, eines Arbeitsentgelts oder einer Kombination aus beiden« gewährleistet werden könnten.<sup>49</sup> Die Weiterzahlung von Entgelt während des Mutterschaftsurlaubs nach Art. 11 Nr. 1 der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EG verfolgt also ähnliche Zielsetzungen wie im Fall des Urlaubs. Dennoch sind sie als Arbeitnehmerinnenschutzvorschriften zu bewerten.<sup>50</sup>

## 3. Rechtsgrundlagen und Rechtsfolgen

Diese Argumente stellen auf die Auslegung der Rechtsgrundlagen von Entgeltersatzleistungen ab, führen den jeweiligen Mindestlohnanspruch also nicht auf § 1 MiLoG zurück. Dies entspricht der Rechtslage nach dem AEntG, mit den entspr. Rechtsfolgen. Danach fänden weder die Bürgenhaftung nach § 13 MiLoG<sup>51</sup> noch die Kontroll- und Sanktionsnormen der §§ 14 ff MiLoG Anwendung.<sup>52</sup> Entspr. verweist der Zoll für die Geltendmachung von Ansprüchen nach EFZG und BUrlG auf den zivilrechtlichen Weg.<sup>53</sup>

Für die Parallele spricht auch, dass das MiLoG konzeptionell am AEntG ansetzt und dessen Begrifflichkeiten fortsetzt. Nach dem AEntG, insbes. nach § 2 AEntG, ist jedoch das Mindestentgelt für geleistete Arbeit (Nr. 1) klar geschieden vom Urlaubsentgelt (Nr. 2) und zusätzlichem Urlaubsgeld, siehe auch § 5 Nr. 1 und Nr. 2 AEntG.<sup>54</sup> Dagegen spricht allerdings, dass die Unterscheidungen zwischen Mindestentgelt und Urlaubsentgelt, wie sie sich dem AEntG entnehmen lassen, darin begründet liegen, dass die ursprüngliche Zielsetzung des AEntG in erster Linie in der Gewährleistung einer international zwingenden Wirkung lag. Die Unterscheidung zwischen Entgelt und Entgeltausfallansprüchen kommt also daher, dass letztere nicht notwendig international zwingend ausgestaltet sind. Diese Argumentation setzt einen grenzüberschreitenden Sachverhalt und die Anwendung ausländischen Rechts auf den Arbeitsvertrag voraus.<sup>55</sup> Ohnehin wird die Rechtslage nach dem AEntG als »misslich«<sup>56</sup>

38 Art. 31 Abs. 2 GRCh; Art. 7 RL 2003/88/EG; siehe auch Art. 158 AEUV.

39 *EuGH* 22.4.10, C-486/08 »Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols«, AuR 2010, 344 (LS); *EuGH* 8.11.12, C-229/11 und C-230/11 »Heimann und Toltschinn«, AuR 2012, 498 (LS); *EuGH* 13.6.13, C-415/12 »Brandes«, AuR 2013, 324 (LS).

40 *EuGH* 22.5.14, C-539/12 »Lock«, AuR 2014, 287 (LS).

41 Grundlegend *EuGH* 15.9.11, C-155/10 »Williams u.a.«. Zur Frage, welche Entgeltbestandteile dabei einzubeziehen sind, siehe auch *EuGH*, 22.5.14, C-539/12 »Lock«, AuR 2014, 287 (LS).

42 *EuGH* 16.3.06, C-131/04 und C-257/04 »Robinson-Steele u.a.«, Rn. 57, 61, AuR 2006, 293 (LS).

43 So auch LAG Niedersachsen 20.11.13, 2 Sa 667/13 (zum Stand der Revision s.o. Fn. 35); Viethen, NZA-Beilage 2014, 143, 147.

44 LAG Berlin-Brandenburg 11. 2.14, 3 Sa 1413/13, (Rev. eingelegt unter 10 AZR 336/14); Lakies (Rn. 2), § 1 MiLoG, Rn. 88.

45 *ErFK/Reinhard* (Fn. 3), § 3 EFZG, Rn. 1; siehe auch BAG 18.4.12, 10 AZR 200/11 (keine international zwingende Eingriffsnorm). Siehe auch *Koberski*, in: *Koberski/Asshoff/Winkler/Eustrup*, AEntG, 3. Aufl. 2011, § 5, Rn. 20, der ergänzend darauf hinweist, dass die Störung hier auf einem Umstand beruhe, welcher in der Risikosphäre des AN liege.

46 Siehe die in Fn. 35 zitierten Entscheidungen; *Schubert/Jerchel/Düwell* (Fn. 5), Rn. 146.

47 *ErFK/Reinhard* (Fn. 3), § 4 EFZG, Rn. 23.

48 Im Ergebnis genauso (aber mit anderer Begründung) *Waltermann*, AuR 2015, 116 (in diesem Heft).

49 Diese Einschränkung fehlt in *EuGH* 1.7.10, C-194/08 »Gassmayr«, Rn. 70, AuR 2010, 443 (LS).

50 Genauer *EuGH* 1.7.10, C-194/08 »Gassmayr«, Rn. 61 und C-471/08 »Parviainen«, Rn. 58.

51 *Schubert/Jerchel/Düwell* (Fn. 5), Rn. 232; siehe für § 14 AEntG BAG 12.1.05, 5 AZR 617/01 und 5 AZR 279/01; zu § 21 Abs. 2 MiLoG (Ordnungswidrigkeiten bei der Beauftragung von Subunternehmern) siehe *Bissels/Falter*, BB 2015, 373 ff.

52 Siehe für § 23 Abs. 1 Nr. 1 iVm. Abs. 3 AEntG *Koberski* (Fn. 45), Rn. 17 ff.; a.A. (aber ohne weitere Begründung) *Ulber* (Fn. 26), § 8 AEntG, Rn. 27; ders., § 16 AEntG, Rn. 15.

53 Schriftliche Auskunft des Informations- und Wissensmanagement Zoll zur Praxis nach dem AEntG.

54 *Lakies*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 AEntG, Rn. 10.

55 *Koberski* (Fn. 45), Rn. 19.

56 *Koberski* (Fn. 45), Rn. 17.

eingeschätzt. Auch das BAG ist in seiner Entscheidung zu § 2 der ersten PflegeArbbV ohne weitere Differenzierung in den Rechtsgrundlagen davon ausgegangen, dass das Mindestentgelt in der Pflegebranche auch für alle Stunden zu zahlen sei, während derer der AN aufgrund ges. Entgeltfortzahlungstatbestände von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung befreit ist.<sup>57</sup>

Allerdings lassen sich dem MiLoG selbst Hinweise darauf entnehmen, dass es unabhängig von der Rechtslage nach dem AEntG nicht auf Zeiten des Entfallens der Arbeitsleistung anwendbar ist. So stellte der Gesetzgeber für die Fälligkeit des Mindestlohns nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG in Kenntnis der Problematik von Entgeltersatzleistungen auf das synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ab und knüpft am Erbringen der Arbeitsleistung an. Es ist auch problematisch anzunehmen, dass der Gesetzgeber die international zwingende Wirkung von Entgeltersatzansprüchen durch § 20 MiLoG stillschweigend auf Ansprüche ausdehnen wollte, die nach allg. Regeln nicht auf Eingriffsnormen iSd. Art. 9 Rom I-VO beruhen.<sup>58</sup>

## Bericht aus Berlin

(Berichtszeitraum: März 2015)

### 1. Begrenzt Mindestlohn Minijobs?

Die aml. Arbeitslosenzahl entwickelt sich seit Jahresbeginn günstig; sie liegt derzeit um gut 100.000 unter Vorjahresniveau. Gleichzeitig geht die Zahl der Minijobs zurück. Für Januar zählte die Minijobzentrale bundesweit 255.000 geringfügige Beschäftigungsverhältnisse weniger als für Dezember. Die Gesamtzahl der Minijobs im gewerblichen Sektor ging damit um fast 4% auf 6,6 Mio. zurück. Zwar gab es zum Jahreswechsel oft einen Rückgang, etwa von Dezember 2013 auf Januar 2014 um 91.000. Nun aber ist der Rückgang stärker (vgl. Müller-Wenner, AuR 4/2015, 123, Der Kommentar). Die Minijobzentrale vermutet einen Zusammenhang zwischen Mindestlohn und Minijobzahlen. Ob die Minijobs in reguläre Stellen umgewandelt wurden oder wegfielen, lasse sich aus den Zahlen noch nicht ablesen, so die Meldestelle. 60.000 oder 4,7% Minijobs verschwanden im Handel. »Seit Einführung des Mindestlohns rechnen sich Minijobs für AG in vielen Fällen insg. schlicht nicht mehr«, meint HDE-Geschäftsführer Heribert Jöris.

Dass der Rückgang der Minijobs nicht spiegelbildlich zu einem Anstieg der Arbeitslosenzahlen führt, ist für die Gegner des Mindestlohns kein Grund zur Zurückhaltung. So argumentieren Ronnie Schöb (FU Berlin) und Andreas Knabe (Uni Magdeburg), sehr viele Minijobs würden von Rentnern, Studenten oder hinzuverdienenden Ehepartnern ausgeübt – diese würden in den meisten Fällen nicht arbeitslos, wenn ihr Minijob endet. Zum anderen würden viele Minijobber schon heute als Arbeitslose gezählt – nämlich alle, die nur den Minijob haben und zugleich einen typischen Arbeitsplatz suchen: nach aml. Definition gelten Personen als arbeitslos, die vorübergehend keine Beschäftigung haben oder weniger als 15 Std./Wo arbeiten. »Neben der Arbeitslosigkeit ist es daher notwendig, auch die Zahl der Beschäftigten und geleisteten Arbeitsstunden zu betrachten«, schreiben Schöb und Knabe in ihrem Papier für die arbeitgeberfinanzierte »Initiative

### IV. Zusammenfassung

- Der Begriff der Arbeitsstunde ist entspr. den Begrifflichkeiten des ArbZG zu verstehen. Der Mindestlohn ist also auch in Zeiten der Arbeitsbereitschaft und des Bereitschaftsdienstes zu zahlen.
- Der Mindestlohn knüpft allein an die Erbringung von Arbeitsleistung an; ein Minderungsrecht wegen Minderleistung besteht nicht. Dies gilt auch in Leistungslohnsystemen. Der Abrechnungszeitraum darf länger als eine Stunde, jedoch nicht länger als ein Monat sein.
- Wird keine Arbeitsleistung erbracht, besteht kein Mindestlohnanspruch. Allerdings sind Entgeltersatzansprüche (insbes. nach BUrtG, EFZG und § 615 BGB) auf Basis von § 1 Abs. 2 MiLoG zu berechnen. Die Rechtsgrundlagen hierfür finden sich in den jew. Entgeltersatzregelungen.

<sup>57</sup> BAG 19.11.14, 5 AZR 1101/12, AuR 2014, 488 f.

<sup>58</sup> Siehe z. B. BAG 18.4.12, 10 AZR 200/11, Rn. 13 zum fehlenden Eingriffsnormencharakter von §§ 2, 3 EFZG, AuR 2012, 369 (LS).

Neue Soziale Marktwirtschaft«. Statistiken zur geleisteten Arbeitszeit sind aber erst mit Verzögerung verfügbar. Das ifo-Institut hatte 2014 unter Mitwirkung von Schöb und Knabe behauptet, der Mindestlohn gefährde bis zu 900.000 Arbeitsplätze.

Der Bundesverband Dt. Zeitungsverleger (BDZV) rechnete aus anonymen Angaben Mehrkosten von ca. 205 Mio. € für die gesamte Auflage der Abonnementzeitungen hoch. Schon bisher sei es durch den Mindestlohn zu 2.000 Entlassungen beim Zustellpersonal gekommen; weitere 1.250 Entlassungen seien für 2015 geplant. Einmalige Ausgaben in Folge des Mindestlohns betrügen dieses Jahr etwa 13 Mio. Damit müssten die UN etwa 218 Mio. € in diesem Jahr aufbringen. Dabei kommt der Mindestlohn den Zeitungszustellern noch gar nicht zu Gute. Von diesem Jahr an erhalten sie erst 6,38 €/Std., im kommenden Jahr 7,22 € und von 2017 an die 8,50 €/Std., die alle anderen Branchen schon jetzt zahlen.

### 2. Mindestlohnkommission gestartet

Die aus 7 Personen bestehende Mindestlohnkommission hat sich zum ersten Mal getroffen. Henning Voscherau (SPD), früherer 1. Bürgermeister von Hamburg, erklärte anlässlich der Auftaktsitzung in Berlin: »Wir sind völlig weisungsfrei!« Die Kommission, der neben ihm je 3 Gewerkschafts- und Arbeitgebervertreter angehören, wolle »pragmatisch abgewogene, vernünftige Vorschläge zur Anpassung des Mindestlohns machen.« Auftrag der Kommission ist es, bis Ende Juni 2016 einen Vorschlag vorzulegen, wie der Mindestlohn von bisher 8,50 €/Std. zum 1.1.17 »angepasst« werden soll. Voscherau gab sich strikt neutral und vermied sogar das Wort »Erhöhung«. Die Kommission werde sich mit ihren alle 2 Jahre vorzulegenden Vorschlägen immer »nachlaufend« an den Tarifabschlüssen orientieren; sie werde zurückhaltend agieren müssen, um nicht mit ihren Empfehlungen reguläre Tarifrunden zu beeinflussen, sagte er. Nach der konstituierenden Sitzung wird sich die Kommission dem Aufbau ihrer im Gesetz vorgesehenen Geschäftsstelle widmen, die im Berliner Haus der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin angesiedelt sein wird.