BDA*ktuell* Nr. 21

Jöris / Röder / Dr. Schmitz-Witte / Warden / Wolff

MINDESTLOHN

Gesetzliche Rahmenbedingungen und Hinweise für die Praxis

2. überarbeitete Auflage

Arbeitgeber
BIBLIOTHEK

BDA*ktuell* Nr. 21

Jöris / Röder / Dr. Schmitz-Witte / Warden / Wolff

MINDESTLOHN

Gesetzliche Rahmenbedingungen und Hinweise für die Praxis

2. überarbeitete Auflage

Arbeitgeber
BIBLIOTHEK

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter http://dnb.ddb.de abrufbar.

Reihe **BDA***ktuell* Nr. 21
MINDESTLOHN
Gesetzliche Rahmenbedingungen
und Hinweise für die Praxis
2. überarbeitete Auflage

von Heribert Jöris, Judith Röder, Dr. Anita Schmitz-Witte,
Sandra Warden und Helena Wolff

An der 1. Auflage haben mitgewirkt Denis Henkel und Roland Wolf.

Herausgegeben von:
BDA | DIE ARBEITGEBER
Bundesvereinigung der
Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin

Verlag:
© GDA • KOMMUNIKATION
Gesellschaft für Marketing und Service
der Deutschen Arbeitgeber mbH
Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.gda-kommunikation.de

Gestaltung:
© GDA • KOMMUNIKATION
Gesellschaft für Marketing und Service
der Deutschen Arbeitgeber mbH

Titelfoto: iStock.com/MarioGuti

Stand: Mai 2019

Alle Rechte vorbehalten
Printed in Germany

ISBN 978-3-944997-10-0

VORWORT

Mit der zweiten Auflage der erfolgreichen Kommentierung des Mindestlohngesetzes wird die Bearbeitung auf den neuesten Stand gebracht. Ziel der Autoren ist es, Betrieben Handlungshilfen für die Arbeit mit dem Mindestlohngesetz zu geben. Dass dies weiter notwendig ist, ist eine der vielen negativen Folgen des sogenannten Tarifautonomiestärkungsgesetzes, das in Wirklichkeit das Potential zu deren Schwächung auf der Stirn trägt.

Der gesetzliche Mindestlohn gilt in Deutschland seit etwas mehr als vier Jahren. Zusammen mit unterschiedlichen erstreckten tarifvertraglichen Mindestlöhnen, hat der Staat damit partiell bereits erheblichen Einfluss auf die Vergütungskulturen gewonnen. In der Diskussion stehen darüber hinaus aktuell eine sogenannte Mindestausbildungsvergütung, die Vergütungsstrukturen im Bereich der Pflege und – als „Morgengabe" aus Brüssel – die Notwendigkeit, die sogenannte zweite Entsenderichtlinie umzusetzen. Das alles ist ein spürbarer Schlag gegen die tarifautonome Gestaltung von Arbeitsbedingungen.

Einigen geht dieser Schlag aber nicht weit genug. So werden neue Regelungen für die Allgemeinverbindlicherklärung, für die Anwendung des Arbeitnehmerentsendegesetzes, für Steuerprivilegierung von tarifgebundenen Unternehmen und/oder Arbeitnehmern oder Tariftreue- bzw. Vergabemindestlohnregelungen diskutiert und gefordert. Eine bessere Tarifbindung aber erreicht man nicht durch künstlich gesetzlichen Zwang. Tarifbindung muss in einem erfolgreichen System der freien Findung von Arbeitsbedingungen immer autonom gestaltet sein. Dafür ist Voraussetzung in erster und wichtigster Linie, moderne anpassungsfähige und für Betriebe und Arbeitnehmer akzeptable tarifvertragliche Bedingungen zu schaffen und so die Tarifbindung substantiell und nachhaltig zu erhöhen. Hierzu gehören Öffnungsklauseln in Tarifverträgen für Arbeitgeber und Betriebsrat ebenso wie die Öffnung von Tarifverträgen für eine modulare Tarifgestaltung.

Roland Wolf — Berlin, im Mai 2019

TEIL 1: DAS MINDESTLOHNGESETZ (MiLoG)

TEIL 1: DAS MINDESTLOHNGESETZ (MiLoG) 9

I. WEN BETRIFFT DER MINDESTLOHN? 9

1. Grundsatz 9
2. Sonderfälle 11
   a) Praktikanten 11
      aa) Pflichtpraktika 15
      bb) Freiwillige Orientierungspraktika 19
      cc) Freiwillige ausbildungs- oder studienbegleitende Praktika 23
      dd) Bachelor-, Master- und Diplomandenverträge . . 26
   b) Dual Studierende 27
   c) Einstiegsqualifizierungen 28
   d) Kinder und Jugendliche 34
   e) Auszubildende 35
   f) Ehrenamt 36
   g) Langzeitarbeitslose 37
   h) Sonstige 39
3. Sonderregelung für Arbeitnehmer-Entsendegesetz zu Branchen und Arbeitnehmerüberlassung 40
4. Räumlicher Anwendungsbereich 41

II. HÖHE DES MINDESTLOHNS UND ABWEICHENDE VEREINBARUNGEN 43

1. Was ist mit dem Mindestlohn zu vergüten? 44
2. Anrechnung von Arbeitgeberleistungen bei der Höhe des Mindestlohns 47
3. Stücklohn, Akkordlohn, Umsatzbeteiligung, Provisionen 57
4. Unterschreitung des Mindestlohns (Übergangsregelungen) 58
5. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaubsentgelt 58
6. Besondere Auswirkungen bei Minijobbern 59
7. Sittenwidrige Vergütung – Risiko trotz Mindestlohn 60
8. Arbeitgeberseitige Kündigung nach Mindestlohnforderung 62

III. FÄLLIGKEIT DES MINDESTLOHNS 63

1. Vereinbarte und späteste Fälligkeit 63
2. Arbeitszeitkonten 64
3. Wertguthabenvereinbarung nach SGB IV 66
4. Entgeltumwandlung zur betrieblichen Altersvorsorge . . . 67

IV. AUSSCHLUSSFRISTEN, VERZICHT UND VERJÄHRUNG 68

1. Ausschlussfristen 68
a) Tarifvertragliche Ausschlussklauseln 68
b) Arbeitsvertragliche Ausschlussklauseln 69
2. Verzicht 71
3. Verwirkung 71
4. Verjährung 71

V. ADMINISTRATIVE PFLICHTEN 72

1. Pflicht zur Aufzeichnung und Dokumentation der Arbeitszeit 73
2. Adressat der Aufzeichnungspflicht und Geltungsbereich 77
3. Einschränkung der Aufzeichnungspflicht für Familienangehörige und Gutverdienende durch Mindestlohndokumentationspflichtenverordnung 78
4. Art der Aufzeichnung 79
5. Abwandlung der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung für mobile Dienste durch Mindestlohnaufzeichnungsverordnung 81
6. Ausweitung der Aufzeichnungspflicht durch das GSA Fleisch 82
7. Bereithalten sonstiger Unterlagen 83
8. Melde- und Versicherungspflicht 84

VI. HAFTUNG DES AUFTRAGGEBERS 87

1. Adressaten der Haftung 88
2. Art der Haftung 91
3. Anspruchsinhaber 92
4. Einwände gegen die Inanspruchnahme 94
5. Haftungsumfang 95
6. Möglichkeiten des Unternehmers zur Einschränkung des Haftungsrisikos 96

VII. KONTROLLEN, SANKTIONEN UND WEITERE RISIKEN 99

1. **Befugnisse und Verfahren** 99
2. **Duldungs- und Mitwirkungspflichten** 103
3. **Bußgeldvorschriften** 104
4. **Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge** 104
5. **Unterrichtung anderer Behörden und sich daraus ergebende Risiken** 109
6. **Zivilrechtliche Folgeansprüche** 110

VIII. MINDESTLOHNKOMMISSION 111

1. **Zusammensetzung** 111
2. **Anpassungsentscheidung** 114

TEIL 2: ÄNDERUNGEN IN SONSTIGEN GESETZEN 119

I. ARBEITNEHMER-ENTSENDEGESETZ (AEntG) 119

1. **Verzahnung mit dem Mindestlohngesetz** 119
2. **Neue Strukturen des AEntG** 120
3. **Konstante Gesetzesinhalte** 121
   a) Regelungsmaterien 121
   b) Wettbewerbsrechtliche Unbeachtlichkeit von Verstößen 122
   c) Sonstiges, nicht verändertes Recht 123
4. **Rechtsverordnung als Basis künftiger Erstreckungen** 124
   a) Erstreckung durch Aufnahme in das Gesetz 124
   b) Erstreckung ausschließlich durch Rechtsverordnung 125
   c) Inhalt entsprechender Rechtsverordnungen 126
5. **Sachfremde Spezialerstreckung für die Zeitarbeit** 127
6. **Gesamtbewertung** 128

II. ÄNDERUNGEN IM TARIFVERTRAGSGESETZ (TVG) 130

1. **Bisherige Struktur der Norm** 130
   a) Tarifbindung 130
   b) Öffentliches Interesse 130
2. **Die Regelbeispiele** 131
   a) Überwiegende Bedeutung 132

b) Wirksamkeit tariflicher Normsetzung 132
c) Denkbarkeit weiterer Beispiele 134
d) Die Grenze des öffentlichen Interesses 134
3. Allgemeinverbindlicherklärung bei gemeinsamen Einrichtungen 134
4. Zusammenfassung 136

III. ÄNDERUNGEN DES ARBEITNEHMER-ÜBERLASSUNGSGESETZES (AÜG) 137

IV. ÄNDERUNGEN DES ARBEITSGERICHTSGESETZES (ArbGG) 138

TEIL 3: MUSTERTEXTE 140

I. MUSTER: VEREINBARUNG ÜBER DIE ERBRINGUNG EINER WERK-/DIENSTLEISTUNG 140

II. MUSTER: ANLAGE ZUR VEREINBARUNG ÜBER DIE ERBRINGUNG EINER WERK-/DIENSTLEISTUNG 143

III. MUSTER: VERTRAG ÜBER DIE ERSTELLUNG EINER MASTER-/BACHELORARBEIT 144

IV. MUSTER: VERTRAG ÜBER EIN PFLICHTPRAKTIKUM 147

V. MUSTER: VERTRAG ÜBER EIN ORIENTIERUNGS-PRAKTIKUM 151

VI. MUSTER: VERTRAG ÜBER EIN STUDIEN- BZW. AUSBILDUNGSBEGLEITENDES PRAKTIKUM 155

VII. MUSTER: NIEDERSCHRIFT NACH DEM NACHWEISGESETZ FÜR PRAKTIKANTEN 159

TEIL 4: GESETZESTEXTE 161

I. MINDESTLOHNGESETZ (MiLoG) 161

II. ARBEITNEHMER-ENTSENDEGESETZ (AEntG) 175

III. TARIFVERTRAGSGESETZ (TVG) 194

STICHWORTVERZEICHNIS 202

DOWNLOADHINWEIS

UNSER SERVICE ONLINE

Die Muster (siehe Teil 3) stehen Ihnen in der ArbeitgeberBibliothek kostenfrei zum Download zur Verfügung.

Für den Download gehen Sie bitte zunächst auf die Website **www.arbeitgeberbibliothek.de**. Klicken Sie dann auf den **Menüpunkt Login & Registrieren > Downloads zum Buch**. Wählen Sie dort das Buch „**BDAktuell Nr. 21, 2. Auflage | Mindestlohn**“ aus und geben Sie folgendes Passwort ein:

XXXXXXXX

TEIL 1: DAS MINDESTLOHNGESETZ (MiLoG)

I. WEN BETRIFFT DER MINDESTLOHN?

1. Grundsatz

Mit dem Mindestlohngesetz (MiLoG)[1] hat gemäß § 1 Abs. 1 jeder Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des aktuellen Mindestlohns[2] durch den Arbeitgeber. Das Gesetz gilt gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, unabhängig davon, ob sie befristet oder unbefristet sowie in Voll- oder Teilzeit beschäftigt werden. Der Mindestlohn gilt auch für geringfügig und kurzfristig Beschäftigte im Sinne der §§ 8 und 8a Viertes Sozialgesetzbuch (SGB IV). Ebenso macht das MiLoG keine Ausnahme für Arbeitnehmer, die aufgrund des Alters einen Anspruch auf Altersrente erlangt haben.

Freie Mitarbeiter (Soloselbstständige) oder Organmitglieder, die in keinem Arbeitsverhältnis zum Unternehmen stehen, haben keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Dementsprechend stellen sich in diesem Zusammenhang die üblichen Abgrenzungsprobleme bezüglich Scheinselbstständigkeit im Zusammenhang mit Personen, die aufgrund eines freien Dienst- oder Werkvertrags tätig sind.

---

1 Das Tarifautonomiestärkungsgesetz ist nach Maßgabe seines Art. 15 (Inkrafttreten/Außerkrafttreten) am 16. August 2014 mit einem Mindestlohn in Höhe von 8,50 € in Kraft getreten. Das Gesetz beinhaltet in erster Linie das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns, das den flächendeckenden Mindestlohn regelt. Außerdem enthält es Regelungen für die Erleichterung der Allgemeinverbindlichkeit (AVE) von Tarifverträgen und die Ausweitung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf alle Branchen.

2 Laut Mindestlohngesetz wird dieser alle zwei Jahre neu festgelegt. Er betrug zuletzt 8,84 €. Im Juni 2018 hat die Mindestlohn-Kommission empfohlen, den gesetzlichen Mindestlohn in zwei Schritten zu erhöhen. Die Bundesregierung ist diesem Vorschlag im Oktober per Verordnung gefolgt. Der gesetzliche Mindestlohn beträgt damit ab 1. Januar 2019 9,19 € und steigt zum 1. Januar 2020 auf 9,35 €.

HINWEIS

Minijobs[3]

Bei den sog. Minijobs wird häufig ein Pauschalbetrag vereinbart, ohne dass der Umfang der geschuldeten Arbeitszeit festgelegt wird. Da sich der gesetzliche Mindestlohn ab dem 1. Januar 2019 um 35 Cent erhöht, könnten Minijobber bei gleichbleibender Stundenzahl die Einkommensgrenze von 450 € überschreiten. Das Arbeitsverhältnis wäre dann grundsätzlich sozialversicherungspflichtig. Soll die Anstellung weiterhin als Minijob gelten, muss die monatliche Stundenzahl daher unter Umständen entsprechend reduziert und der Arbeitsvertrag angepasst werden. Arbeitet ein Minijobber bislang monatlich 50 Stunden mit einem Stundenentgelt von 8,84 €, kommt er auf ein Einkommen von insgesamt 442 €. Bei 9,19 € wären es nunmehr 459,50 €. In diesem Fall muss die Arbeitszeit von 50 auf 48 Stunden reduziert werden, wenn der Beschäftigte weiterhin von der Sozialversicherungspflicht befreit sein soll. Denn dann würde das Einkommen bei 441,12 € liegen.

Saisonarbeitskräfte[4]

Kurzfristig Beschäftigte sind nicht vom Mindestlohn ausgenommen. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hatte es Überlegungen gegeben, für diese Fallgruppe eine Ausnahmevorschrift aufzunehmen. Diese wurden allerdings wieder verworfen. Auch war die Ausweitung der Voraussetzungen für eine Sozialversicherungsfreiheit von 50 auf 70 Tage bzw. zwei auf drei Monate nur befristet. Nach erneuter Änderung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV ist eine sozialversicherungsfreie kurzfristige Beschäftigung nun längstens für 70 Tage bzw. für drei Monate im Kalenderjahr möglich.

---

3 Siehe unten Teil 1, V. 1., S. 73 f.

4 Siehe unten Teil 1, V. 1., S. 74 f.

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob das MiLoG auch für in Heimarbeit Beschäftigte anzuwenden ist. Da Heimarbeiter arbeitnehmerähnliche Personen sind, dürfte der Anwendungsbereich des MiLoG dem Wortlaut nach („für Arbeitnehmer") nicht eröffnet sein[5]. Dies gilt dann ebenfalls für andere arbeitnehmerähnliche Personen wie Einfirmen-Handelsvertreter und Ein-Personen-Unternehmen.

Keine Arbeitnehmer i. S. d. Gesetzes sind ferner Beamte, Richter und Soldaten, Selbstständige, sog. Ein-Euro-Jobber nach dem SGB II, Nonnen und Geistliche, DRK-Schwestern[6] und Strafgefangene, die im Rahmen des Strafvollzugs bzw. der Resozialisierung Arbeiten in einer JVA errichten. Auch diese gelten nicht als Arbeitnehmer, da sie in einem öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnis stehen. Bei Freigängern kann dies anders sein (§ 39 StrafVollzG).[7]

2. Sonderfälle

a) Praktikanten

Praktikanten im Sinne des § 26 Berufsbildungsgesetz (BBiG) gelten gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 MiLoG grundsätzlich als Arbeitnehmer und haben damit Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Das MiLoG definiert in § 22 Abs. 1 Satz 3 MiLoG, was unter einem Praktikanten zu verstehen ist: Praktikant ist danach, wer sich nach der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses für eine begrenzte Dauer zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen einer bestimmten Tätigkeit unterzieht, ohne dass es sich um eine Berufsausbildung i. S. d. BBiG oder um eine damit vergleichbare praktische Ausbildung handelt. Diese Definition fand erst spät im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens Eingang

---

5 Dobmann, in: Düwell/Schubert, MiLoG, § 22 Rn. 10; Fechner, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, MiLoG, § 22 Rn. 5.

6 Ob DRK-Schwestern auf vereinsrechtlicher Grundlage tätig sind oder als Arbeitnehmer gelten hat in der Vergangenheit immer wieder zu Rechtsstreitigkeiten geführt und ist nicht unumstritten geblieben, vgl. dazu Dobmann, in: Düwell/Schubert, MiLoG, § 22 Rn. 8 ff. m. w. N.

7 HK-MiLoG/Volker Dobmann, 2. Aufl. 2016, MiLoG § 22 Rn. 8–11.

in den Gesetzestext und soll sich – so die Begründung[8] – an dem EU-Qualitätsrahmen für Praktika vom 10. März 2014 orientieren, auf den auch die Ergänzungen des Nachweisgesetzes (NachweisG) zurückzuführen sind.[9] Es kommt demzufolge nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Bezeichnung des Vertragsverhältnisses an, sondern auf die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung.

BEISPIEL

Volontariate

Diese werden vom Gesetzgeber selbst als Beispiel für Rechtsverhältnisse ins Feld geführt[10], die auf eine praktische Ausbildung wie eine klassische Berufsausbildung abzielen, aber weder Arbeitsverhältnisse noch Praktikumsverhältnisse sind. Sie fallen daher nach Auffassung des Gesetzgebers nicht unter den Anwendungsbereich des MiLoG.

Wie auch schon vor dem MiLoG ist zwischen Praktikanten- und Arbeitsverhältnissen klar zu trennen. Allein die Bezeichnung eines Vertrages als Praktikantenvertrag ist nicht ausreichend. Wird ein „Praktikant" faktisch wie ein Arbeitnehmer im Betrieb eingesetzt, gilt er rechtlich als Arbeitnehmer mit allen Konsequenzen. In einem solchen Fall steht dem Betroffenen ggf. nicht nur der Mindestlohn zu, sondern aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes sogar das gleiche Entgelt vergleichbarer Kollegen.

Geltung des Nachweisgesetzes (NachwG)

Im Rahmen der gesetzlichen Änderungen durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz wurde auch das NachwG ergänzt. Seit dem 16. August 2014 sind bei einem Praktikanten nach § 26 BBiG gemäß § 1 und § 2 Abs. 1a NachwG unverzüglich nach Abschluss des

8 BT-Drucks. 18/2010 (neu) vom 2. Juli 2014, S. 26.

9 Siehe dazu Info-Kasten, S. 12 ff.

10 BT-Drucks. 18/2010 (neu) vom 2. Juli 2014, S. 24.

Praktikantenvertrages, spätestens aber vor Aufnahme der Praktikantentätigkeit, die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, zu unterzeichnen und an den Praktikanten auszuhändigen. Dadurch soll diesen Personen die Durchsetzung ihrer Ansprüche, insbesondere aus dem MiLoG, erleichtert werden.

§ 1 Anwendungsbereich

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

§ 2 Nachweispflicht

...

(1a) Wer einen Praktikanten einstellt, hat unverzüglich nach Abschluss des Praktikumsvertrages, spätestens vor Aufnahme der Praktikantentätigkeit, die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Praktikanten auszuhändigen. In die Niederschrift sind mindestens aufzunehmen:

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

Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

...

Nach dem Wortlaut des Gesetzestextes (Abs. 1) und der Begründung[11] ist davon auszugehen, dass davon Praktikanten ausgenommen sind,

---

[11] Laut Gesetzesbegründung werden Praktikanten, die gemäß § 22 Abs. 1 MiLoG als Arbeitnehmer gelten, in den Geltungsbereich des NachweisG mit einbezogen. Dadurch soll diesen Personen die Durchsetzung ihrer Ansprüche, insbesondere aus dem MiLoG, erleichtert werden; vgl. BT-Drucks.

soweit die Ausnahmevorschriften des § 22 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 MiLoG greifen. Bei der Ausnahmevorschrift des § 22 Abs. 1 Nr. 4 MiLoG handelt es sich nicht um eine auf Praktikanten bezogene Regelung. Für diese Gruppe der Betroffenen gelten die §§ 68 bis 70 BBiG.[12]

Von der Anwendung des NachwG kann gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 MiLoG demzufolge abgesehen werden, wenn:

- das Praktikum verpflichtend aufgrund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung im Rahmen einer gesetzlich geregelten Berufsakademie geleistet wird;
- das Praktikum zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für eine Aufnahme eines Studiums für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten geleistet wird;
- das Praktikum bis zu drei Monate begleitend zu einer Berufs- oder Hochschulausbildung geleistet wird und nicht zuvor ein solches Praktikumsverhältnis mit demselben Ausbilder bestanden hat.

HINWEIS

Wird die Nachweispflicht verletzt, kann dies Auswirkungen auf die Beweislast haben. Auch wenn die Nichteinhaltung der Nachweispflicht nicht unmittelbar zu einer Beweislastumkehr führt, kann die Nichterteilung des Nachweises vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks des Gesetzes eine Beweisvereitelung durch den Arbeitgeber darstellen.[13]

18/2010 (neu) vom 2. Juli 2014, S. 28; so auch Düwell, DB 2014, 2047 (2049).

12 Siehe unten Teil 1, I. 2. c), S. 31 ff.

13 M. w. N. Düwell, DB 2014, 2047 (2049).

PRAXISTIPP

Da die Ergänzung des NachweisG auch den Empfehlungen des Rates der Europäischen Union vom 10. März 2014 zu einem Qualitätsrahmen für Praktika Rechnung tragen soll und die Dokumentation der Vertragsbedingungen auch im Interesse des Arbeitgebers sein kann, ist zu empfehlen, die Anforderungen des NachweisG grundsätzlich für alle Praktikantenverträge zu beachten.

Das Gesetz macht jedoch in § 22 Abs. 1 Nr. 1–3 MiLoG einige sehr praxisrelevante Ausnahmen von diesem Grundsatz.

PRAXISTIPP

Soweit es sich um ein Praktikum handelt, welches vom Anwendungsbereich des MiLoG ausgenommen ist, sollte die Art des entsprechenden Praktikums im Praktikumsvertrag dokumentiert werden, denn die Beweislast für das Eingreifen einer Ausnahmebestimmung liegt bei der Ausbildungsstelle.

aa) Pflichtpraktika (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 MiLoG)

Kein Mindestlohn muss gezahlt werden, wenn ein Praktikum auf Grund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie geleistet wird.

Handelt es sich um ein Pflichtpraktikum, ist es unerheblich, ob dieses vor oder während der Ausbildung bzw. dem Studium abgeleistet wird. Auch auf die Dauer des Praktikums kommt es dann nicht an. Daher fallen auch Pflichtpraktika von über drei Monaten immer aus dem Anwendungsbereich des MiLoG heraus, sofern dies von der jeweiligen Rechtsgrundlage gedeckt ist.

Schulrechtliche Bestimmung

Der ursprünglich vorgesehene Begriff „Schulordnung“ wurde im Gesetzgebungsverfahren durch die umfassendere Formulierung „schulrechtliche Bestimmung“ ersetzt. Damit sollen insbesondere auch Praktika zur Erlangung eines schulischen Abschlusses mit erfasst werden.

BEISPIEL

Verordnung des Kultusministeriums über den Erwerb der Fachhochschulreife in der gymnasialen Oberstufe vom 17. Mai 2009 (BaWü)

„§ 3 Berufsbezogener Teil der Fachhochschulreife
(1) Der berufsbezogene Teil der Fachhochschulreife wird nachgewiesen durch
...
4. ein mindestens einjähriges Praktikum nach Absatz 2 oder
...
(2) Das Praktikum nach Absatz 1 Nr. 4 dient dem Kennenlernen der Arbeitswelt. Es wird in einem Betrieb der Wirtschaft oder in einer vergleichbaren außerschulischen Einrichtung durchgeführt. Das Praktikum soll Einblicke in unterschiedliche Arbeitsbereiche und Arbeitsmethoden, in den Aufbau und die Organisation der Praktikumsstelle sowie in Personal- und Sozialfragen geben. Die Durchführung des Praktikums ist der Schule durch eine Bescheinigung des Betriebs oder der Einrichtung im Sinne von Satz 2 nachzuweisen, aus der die Dauer der Beschäftigung, der zugewiesene Aufgabenbereich oder die zugewiesenen Aufgabenbereiche und die Fehltage hervorgehen müssen.“

Hochschulrechtliche Bestimmung

An die Stelle des Begriffs „Studienordnung“ trat der umfassend zu verstehende Begriff „hochschulrechtliche Bestimmung“. Unter diesen Begriff fallen auch Zulassungsordnungen, welche die Absolvierung eines Praktikums als Voraussetzung zur Aufnahme eines Studiums verpflichtend vorschreiben.

BEISPIELE

Studienordnung für den Bachelorstudiengang Elektrotechnik an der Technischen Universität Berlin vom 20. Januar 2010:

„§ 10 – Berufspraktische Tätigkeit (Fachpraktikum)
(1) Während des Studiums der Elektrotechnik ist ein Fachpraktikum im Umfang von 13 Wochen abzuleisten, typischerweise dann, wenn die für das Praktikum wesentlichen Grundlagenmodule erfolgreich abgelegt sind."

Richtlinien für die praktische Tätigkeit der Studierenden des Bachelorstudiengangs Maschinenbau an der RWTH Aachen University (nach Beschluss des Fakultätsrats Mai 2013):

„Vor Studienbeginn
Zum Zeitpunkt der Immatrikulation müssen 6 Wochen Praktikum nachgewiesen werden. Es wird empfohlen, diese 6 Wochen aus dem Bereich des Grundpraktikums abzuleisten. Die Ausbildungszeit in einem Betrieb sollte mindestens drei Wochen betragen. ..."

Im Studium
Die praktische Ausbildung im Studium dauert für die Studierenden des Maschinenbaus 14 Wochen. Diese sollten innerhalb des im Studienplan vorgesehenen Praxissemesters (7. Semester) durchgeführt werden. Die Ausbildungszeit in einem Betrieb sollte mindestens 3 Wochen betragen. ..."

PRAXISTIPP

Nachweis über Pflichtpraktikum

Die Schwierigkeit in der Praxis wird sein, rechtssicher nachhalten zu können, ob das Praktikum tatsächlich durch eine Studienordnung o. ä. abgedeckt ist bzw. ob der Praktikant nicht bereits ein solches Pflichtpraktikum absolviert hat. Denn in der Regel wird die jeweilige Bildungseinrichtung nicht bescheinigen können (oder wollen), dass es sich um ein solches Pflichtpraktikum handelt.

Der Praktikumsbewerber sollte daher verpflichtet werden – sofern es ihm nicht möglich ist, eine Bestätigung der (Hoch-)Schule vorzulegen – die einschlägige Ausbildungs- oder Studienordnung dem Betrieb nachzuweisen. Zudem sollte der Praktikumsbewerber unter Bezugnahme auf diese Studienordnung im Praktikantenvertrag versichern, dass das vereinbarte Praktikum ein Pflichtpraktikum ist und noch nicht absolviert wurde.[14] Denn täuscht der Praktikumsbewerber zur Erlangung des Praktikumsplatzes vor, er habe das Pflichtpraktikum noch nicht absolviert, ist die spätere Geltendmachung des Mindestlohnanspruchs gemäß § 242 BGB treuwidrig. Auch ist dann im Hinblick auf den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 21 MiLoG ein Verschulden des Arbeitgebers ausgeschlossen. Allerdings trifft den Praktikumsgeber insofern die Obliegenheit zur ausdrücklichen Erkundigung.[15] Die schriftliche Versicherung dient somit auch Dokumentations- und Beweiszwecken.

HINWEIS

Die Privilegierung durch Abs. 1 Nr. 1 entfällt nicht rückwirkend, wenn der Praktikant zu einem späteren Zeitpunkt nach Beendigung des Praktikums das Studium bzw. die Ausbildung aufgibt oder in den Geltungsbereich einer anderen Rechtsgrundlage wechselt, in der das Pflichtpraktikum nicht vorgesehen ist. Es kommt stets auf die Verhältnisse zu dem Zeitpunkt an, in welchem das Praktikum absolviert wird. Wird das Studium bzw. die Ausbildung dagegen während des laufenden Praktikums abgebrochen, entfällt zeitgleich die mindestlohnrechtliche Privilegierung. Erhält der Praktikumsgeber keine Kenntnis von dem Abbruch, gelten die oben dargelegten Grundsätze, sodass die Privilegierung weiterhin gilt. Denn eine ständige Erkundigungsobliegenheit des Praktikumsgebers besteht nicht.[16]

---

[14] Siehe Muster Teil 3, IV., S. 147.

[15] Greiner, in: BeckOK ArbR, MiLoG § 22 Rn. 26.

[16] Greiner, BeckOK ArbR, MiLoG § 22 Rn. 27.

Es kommt also entscheidend auf die Studien- und Ausbildungsordnungen an.

bb) Freiwillige Orientierungspraktika (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG)

Die zweite Fallgruppe, die vom MiLoG ausgenommen wird, sind Praktika zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums. Der Begriff der Berufs- bzw. Hochschulausbildung ist dabei laut Gesetzesbegründung weit zu verstehen.[17]

■ Drei-Monats-Frist

Anders als bei den Pflichtpraktika nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 MiLoG ist die Ausnahme der freiwilligen Orientierungspraktika auf drei Monate begrenzt. Für ein Praktikum von bis zu drei Monaten muss kein Mindestlohn gezahlt werden. Dies führt zu einigen Anschlussfragestellungen, über die weder das Gesetz selbst noch die Gesetzesbegründung Aufschluss geben.

Zum einen stellt sich die Frage, wie mit Praktika zu verfahren ist, die länger als drei Monate dauern sollen. Dazu bestehen zwei Auslegungsmöglichkeiten. Die eine Möglichkeit ist, dass der Mindestlohn erst ab dem ersten Tag des vierten Monats zu zahlen ist, die ersten drei Monate aber weiter mindestlohnbefreit sind. Nach anderer Auslegung besteht bereits die Mindestlohnpflicht ab dem ersten Tag der gesamten Praktikumsphase.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) selbst hatte zunächst in seinem Leitfaden zum neuen MiLoG (Stand: bis Juli 2014) publiziert, dass diese Praktikanten den Mindestlohn erst für Zeiten bekommen, die über drei Monate hinausgehen. Diese Auffassung wurde später aufgegeben. Nunmehr heißt es in der aktuellen Auflage: „Dauert ein solches Praktikum länger als drei Monate, fällt es komplett unter den Mindestlohn und ist ab dem ersten Tag mit dem Mindestlohn zu vergüten. Das gilt sowohl, wenn das Praktikum von vornherein länger als drei Monate dauert, als auch, wenn ein auf drei Monate befristetes Praktikum über drei Monate hinaus

---

[17] BT-Drucks. 18/1558 vom 28. Mai 2014, S. 50.