



Henkel / Jöris / Röder / Dr. Schmitz-Witte / Warden / Wolf

MINDESTLOHN

**Neue gesetzliche Rahmenbedingungen
und Hinweise für die Praxis**

1. Auflage

Henkel/Jöris/Röder/Dr. Schmitz-Witte/Warden/Wolf

MINDESTLOHN

**Neue gesetzliche Rahmenbedingungen
und Hinweise für die Praxis**

1. 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 **BDAktuell** Nr. 21

MINDESTLOHN

Neue gesetzliche Rahmenbedingungen und Hinweise für die Praxis

1. Auflage

von Denis Henkel, Heribert Jöris, Judith Röder,
Dr. Anita Schmitz-Witte, Sandra Warden 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: id-photodesign/fotolia.com

Stand: November 2014

Alle Rechte vorbehalten
Printed in Germany

ISBN 978-3-936074-86-4

VORWORT

Ab dem 1. Januar 2015 gilt in Deutschland ein einheitlicher gesetzlicher Mindestlohn, den der Gesetzgeber auf 8,50 € festgesetzt hat. Die sonstigen Änderungen des Gesetzes (z. B. des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Tarifvertragsgesetzes) wirken bereits seit dem 16. August 2014.

Das Gesetz, das unter der Flagge der Tarifaufwärtigung steht, wird die Tarifaufwärtigung schwächen. Es zielt darauf, Tarifverträge durch ein gesetzlich fixiertes Entgelt zu verdrängen, und es zielt darauf, tarifliche Regelungen auf alle Arbeitgeber einer Branche zu erstrecken.

Das alles zusammen bedeutet ein gravierendes Abrücken von dem bisherigen erfolgreichen Weg, Tarifverträge auch als Ausdruck kollektiver Privatautonomie zu verstehen, und setzt an deren Stelle ein staatliches Reglement von Lohnfestsetzungen. Das passt nicht zu der erfolgreichen Geschichte der Tarifaufwärtigung.

Über Jahrzehnte haben Arbeitgeber und Gewerkschaften das Instrument Tarifvertrag verantwortungsvoll genutzt und weiterentwickelt und modernisiert. Flexible, mit Öffnungsklauseln versehene Vereinbarungen sind gerade in der jüngsten Vergangenheit Ausdruck dieser Entwicklung. Darauf können alle Beteiligten mit Recht Stolz sein. Warum das in Frage gestellt wird, lässt sich sachlich nicht begründen.

Es ist ja richtig, die Mehrheit der Partnerstaaten der Europäischen Union kennt einen gesetzlichen Mindestlohn; es ist aber zum Beispiel auch richtig, dass in fast allen dieser Partnerstaaten die Jugendarbeitslosigkeit signifikant höher ist als in Deutschland. Allein dieses Beispiel belegt, der Eingriff in die Tarifaufwärtigung ist nicht umsonst zu haben. Er gefährdet Beschäftigungschancen und den Zugang zu Arbeit – es ist eine Frage des Wann und nicht des Ob, wie der Arbeitsmarkt diese Folgen wird ertragen und erdulden müssen.

Roland Wolf

Berlin, im Oktober 2014

INHALTSVERZEICHNIS

TEIL 1: DAS NEUE MINDESTLOHNGESETZ (MiLoG)9

I. WEN BETRIFFT DER MINDESTLOHN?	9
1. Grundsatz	9
2. Sonderfälle	10
a) Praktikanten	10
aa) Pflichtpraktika	14
bb) Freiwillige Orientierungspraktika	17
cc) Freiwillige ausbildungs- oder studienbegleitende Praktika	20
dd) Übergangsfragen	23
ee) Bachelor-, Master- und Diplomandenverträge	24
b) Dual Studierende	25
c) Einstiegsqualifizierungen	26
d) Kinder und Jugendliche	32
e) Auszubildende	33
f) Ehrenamt	34
g) Langzeitarbeitslose	35
h) Sonstige	37
3. Sonderregelung für Arbeitnehmer-Entsendegesetz zu Branchen und Arbeitnehmerüberlassung	37
4. Räumlicher Anwendungsbereich	38
II. HÖHE DES MINDESTLOHNS UND ABWEICHENDE VEREINBARUNGEN	40
1. Was ist mit dem Mindestlohn zu vergüten?	41
2. Anrechnung von Arbeitgeberleistungen bei der Höhe des Mindestlohns	44
3. Stücklohn, Akkordlohn, Umsatzbeteiligung, Provisionen	51
4. Unterschreitung des Mindestlohns (Übergangsregelungen)	52
5. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaubsentgelt	53
6. Besondere Auswirkungen bei Minijobbern	54
7. Sittenwidrige Vergütung – Risiko trotz Mindestlohn	55

III. FÄLLIGKEIT DES MINDESTLOHNS	58
1. Vereinbarte und späteste Fälligkeit	58
2. Arbeitszeitkonten	59
3. Wertguthabenvereinbarung nach SGB IV	61
4. Entgeltumwandlung zur betrieblichen Altersvorsorge	62
IV. AUSSCHLUSSFRISTEN, VERZICHT UND VERJÄHRUNG	63
1. Ausschlussfristen	63
2. Verzicht	63
3. Verwirkung	64
4. Verjährung	64
V. ADMINISTRATIVE PFLICHTEN	65
1. Pflicht zur Aufzeichnung und Dokumentation der Arbeitszeit	65
2. Adressat und Anwendungsbereich	68
3. Art der Aufzeichnung	69
4. Bereithalten sonstiger Unterlagen	71
5. Melde- und Versicherungspflicht	72
VI. HAFTUNG DES AUFTRAGGEBERS	73
1. Adressaten der Haftung	74
2. Art der Haftung	76
3. Anspruchsinhaber	77
4. Einwände gegen die Inanspruchnahme	79
5. Haftungsumfang	80
6. Möglichkeiten des Unternehmers zur Einschränkung des Haftungsrisikos	81
VII. KONTROLLEN, SANKTIONEN UND WEITERE RISIKEN	84
1. Befugnisse und Verfahren	84
2. Duldungs- und Mitwirkungspflichten	86
3. Bußgeldvorschriften	87
4. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge	87
5. Unterrichtung anderer Behörden und sich daraus ergebende Risiken	90
6. Zivilrechtliche Folgeansprüche	91

VIII. MINDESTLOHNKOMMISSION	92
1. Zusammensetzung	92
2. Anpassungsentscheidung	95

TEIL 2:ÄNDERUNGEN IN SONSTIGEN GESETZEN

I. ARBEITNEHMER-ENTSENDEGESETZ (AEntG)	99
1. Verzahnung mit dem Mindestlohngesetz	99
2. Neue Strukturen des AEntG	100
3. Konstante Gesetzesinhalte	101
a) Regelungsmaterien	101
b) Wettbewerbsrechtliche Unbeachtlichkeit von Verstößen	102
c) Sonstiges, nicht verändertes Recht	103
4. Rechtsverordnung als Basis künftiger Erstreckungen ..	104
a) Erstreckung durch Aufnahme in das Gesetz	104
b) Erstreckung ausschließlich durch Rechtsverordnung	105
c) Inhalt entsprechender Rechtsverordnungen	106
5. Sachfremde Spezialerstreckung für die Zeitarbeit. . .	107
6. Gesamtbewertung	108
II. ÄNDERUNGEN IM TARIFVERTRAGSGESETZ (TVG)	109
1. Bisherige Struktur der Norm	109
a) Tarifbindung	110
b) Öffentliches Interesse	110
2. Die Regelbeispiele	111
a) Überwiegende Bedeutung	111
b) Wirksamkeit tariflicher Normsetzung	112
c) Denkbare weitere Beispiele	113
d) Die Grenze des öffentlichen Interesses	113
3. Allgemeinverbindlicherklärung bei gemeinsamen Einrichtungen	114
4. Zusammenfassung	116
III. ÄNDERUNGEN DES ARBEITNEHMER- ÜBERLASSUNGSGESETZES (AÜG)	116

IV. ÄNDERUNGEN DES ARBEITSGERICHTS- GESETZES (ArbGG)	117
---	-----

TEIL 3: MUSTERTEXTE

I. MUSTER: VEREINBARUNG ÜBER DIE ERBRINGUNG EINER WERK-/DIENSTLEISTUNG	119
II. MUSTER: ANLAGE ZUR VEREINBARUNG ÜBER DIE ERBRINGUNG EINER WERK-/DIENSTLEISTUNG	122
III. MUSTER: VERTRAG ÜBER DIE ERSTELLUNG EINER MASTER-/BACHELORARBEIT	123
IV. MUSTER: VERTRAG ÜBER EIN PFLICHTPRAKTIKUM	126
V. MUSTER: VERTRAG ÜBER EIN ORIENTIERUNGS- PRAKTIKUM	130
VI. MUSTER: VERTRAG ÜBER EIN STUDIEN- BZW. AUSBILDUNGSBEGLEITENDES PRAKTIKUM	134
VII. MUSTER: NIEDERSCHRIFT NACH DEM NACHWEISGESETZ FÜR PRAKTIKANTEN	138

TEIL 4: GESETZESTEXTE

I. MINDESTLOHNGESETZ (MiLoG)	140
II. ARBEITNEHMER-ENTSENDEGESETZ (AEntG)	155
III. TARIFVERTRAGSGESETZ (TVG)	174

STICHWORTVERZEICHNIS

HINWEIS ZU KAPITEL V

Nach Redaktionsschluss erreichten uns noch zwei Entwürfe des Bundesministeriums der Finanzen für Rechtsverordnungen gem. §§ 16, 17 MiLoG. Beide Verordnungen betreffen insbesondere geringfügige Vereinfachungen der administrativen Pflichten bei wechselnden und mobilen Tätigkeiten. Der Entwurf einer Mindestlohnmeldeverordnung (MiLoMeldV) gem. § 16 Abs. 5 MiLoG sieht eine Vereinfachung und Vereinheitlichung der Meldepflicht durch eine Einsatzplanung sowie Einschränkung von Änderungsmeldungen vor. Der Entwurf einer Mindestlohnaufzeichnungsverordnung (MiLoAufzV) gem. § 17 Abs. 4 MiLoG begrenzt die Aufzeichnungspflicht auf die Dauer der tatsächlichen täglichen Arbeitszeit für Arbeitnehmer mit ausschließlich mobilen Tätigkeiten, die sich ihre Arbeitszeit eigenverantwortlich einteilen. Beide Verordnungen erstrecken sich ebenfalls auf die Melde- bzw. Aufzeichnungspflichten nach dem AEntG.

DOWNLOADHINWEIS

UNSER SERVICE ONLINE

Die Muster stehen Ihnen im Downloadbereich der Arbeitgeber-Bibliothek kostenfrei zur Verfügung.

Für den Download gehen Sie bitte zunächst auf das Internetportal **www.arbeitgeberbibliothek.de**. Klicken Sie dann auf den **Menüpunkt „Login“** und nehmen Ihre Registrierung vor bzw. loggen sich ein. Unter dem **Menüpunkt „Mein Bereich“** stehen Ihnen dann im **Untermenü „Weitere Downloads“** die Anhänge zum Download zur Verfügung.

Das Passwort lautet: XXXXXX

Haben Sie die Broschüre direkt über den Online-Shop der ArbeitgeberBibliothek erworben, stehen Ihnen die Downloads in Ihrem Benutzerkonto unter „Erworbene Downloads“ automatisch zur Verfügung. Das abgedruckte Passwort benötigen Sie dann nicht.

TEIL 1: DAS NEUE 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 Mindestlohns in Höhe von 8,50 € brutto 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.

HINWEIS

Minijobs²

Bei den sog. Minijobs wird häufig ein Pauschalbetrag vereinbart, ohne dass der Umfang der geschuldeten Arbeitszeit festgelegt wird. Bei einem Einkommen von 8,50 € können Minijobber künftig nur noch rund 52 Stunden im Monat arbeiten, wenn sie weiterhin von

¹ Das Tarifautonomiestärkungsgesetz ist nach Maßgabe seines Art. 15 (Inkrafttreten/Außerkräfttreten) am 16. August 2014 in Kraft getreten. Der Mindestlohn in Höhe von 8,50 € nach Art. 1 § 1 MiLoG gilt ab dem 1. Januar 2015. Das Mindestarbeitsbedingungengesetz ist bereits mit Wirkung vom 16. August 2014 außer Kraft getreten. Da seine Regelungen bisher nie zur Anwendung gekommen sind, bleibt dieses Außerkräfttreten wirkungslos. Mit Wirkung vom 16. August 2014 gelten auch die Neuregelungen im Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Tarifvertragsgesetz, Arbeitsgerichtsgesetz und Nachweisgesetz (Art. 3a).

² Siehe unten V. 1., S. 65 f. und II. 6., S. 54 f.

der Sozialversicherungspflicht befreit sein sollen. Liegt das Einkommen über 450 € wird der Minijob sozialversicherungspflichtig.

Saisonarbeitskräfte³

Kurzfristig Beschäftigte sind nicht vom Mindestlohn ausgenommen. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hatte es Überlegungen gegeben, für diese Fallgruppe eine Ausnahmegesetzgebung aufzunehmen. Diese wurden wieder verworfen. Es ist jedoch durch eine Änderung des SGB IV die Sozialversicherungsfreiheit nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV – branchenunabhängig – ausgeweitet worden. Danach ist die sozialversicherungsfreie kurzfristige Beschäftigung im Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Dezember 2018 für 70 statt wie bisher 50 Tage bzw. für längstens drei Monate statt wie bisher zwei Monate im Kalenderjahr möglich.

Freie Mitarbeiter (Soloselbstständige) oder Organmitglieder, die in keinem Arbeitsverhältnis zum Unternehmen stehen, haben keinen Anspruch auf den 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.

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.

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

³ Siehe unten V. 1., S. 66.

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 in den Gesetzestext und soll sich – so die Begründung⁴ – an dem EU-Qualitätsrahmen für Praktika vom 10. März 2014 orientieren, auf den auch die Ergänzungen des Nachweisgesetzes (NachweisG) zurückzuführen sind.⁵ 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 geführt⁶, 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.

⁴ BT-Drucks. 18/2010 (neu) vom 2. Juli 2014, S. 26.

⁵ Siehe dazu Info-Kasten, S. 12 ff.

⁶ BT-Drucks. 18/2010 (neu) vom 2. Juli 2014, S. 24.

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 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 Begründung⁷ ist davon auszugehen, dass davon Praktikanten ausgenommen sind, soweit die Ausnahmegesetze des § 22 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 MiLoG greifen. Bei der Ausnahmegesetz 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.⁸

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.⁹

⁷ Laut Gesetzesbegründung werden Praktikanten, die gemäß § 22 Abs. 1 MiLoG als Arbeitnehmer gelten, in den Geltungsbereich des NachwG mit einbezogen. Dadurch soll diesen Personen die Durchsetzung ihrer Ansprüche, insbesondere aus dem MiLoG, erleichtert werden; vgl. BT-Drucks. 18/2010 (neu) vom 2. Juli 2014, S. 28; so auch Düwell, DB 2014, 2047 [2049].

⁸ Siehe unten I. 2. c), S. 26 ff.

⁹ 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 Fehltag 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 Praktikant sollte daher verpflichtet werden – sofern es ihm nicht möglich ist, eine Bestätigung der (Hoch-)Schule vorzulegen – die einschlägige Ausbildungs- oder Studienordnung dem Betrieb vorzulegen. Zudem sollte der Praktikant unter Bezugnahme auf diese Studienordnung im Praktikantenvertrag versichern, dass das vereinbarte Praktikum ein Pflichtpraktikum ist.¹⁰

In Zukunft wird es also entscheidend auf die Studien- und Ausbildungsordnungen ankommen.

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. Hochschul-ausbildung ist dabei laut Gesetzesbegründung weit zu verstehen.¹¹

■ **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.

¹⁰ Siehe Muster Teil 3, IV., S. 126.

¹¹ BT-Drucks. 18/1558 vom 28. Mai 2014, S. 50.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) selbst hatte 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 – leider ohne entsprechende Kennzeichnung im aktuellen Leitfaden – aufgegeben. Nunmehr heißt es in der aktuellen Auflage: „Ein Orientierungspraktikum oder ein ausbildungs- bzw. studienbegleitendes Praktikum, das länger als drei Monate dauert, ist ab dem ersten Tag der Beschäftigung mit dem Mindestlohn zu vergüten.“¹² Demzufolge wären Praktika, die unter § 22 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG fallen, aber auf mehr als drei Monate angelegt sind, von Anfang an mit dem Mindestlohn zu vergüten.

PRAXISTIPP

Auch wenn Sinn und Zweck der Ausnahmegesetzvorschrift für die erste Auslegungsvariante sprechen, liegt eine rechtssichere Lösung nur vor, wenn freiwillige Orientierungspraktika ausschließlich für die maximale Dauer von drei Monaten vereinbart oder längere Orientierungspraktika vom ersten Tag an mit Mindestlohn vergütet werden. Sind beide Varianten nicht gewollt, so muss eine betriebsinterne Risikoabwägung vorgenommen werden.

Ergibt sich erst während eines auf drei Monate angelegten Orientierungspraktikums, dass dieses verlängert werden soll (z. B. um drei weitere Monate), sollte dies nachvollziehbar dokumentiert werden, um im Zweifel nachweisen zu können, dass eine Verlängerung sachlich begründet ist und nicht von Anfang an geplant war. Ansonsten besteht die Gefahr, dass rückwirkend der Mindestlohn zu zahlen ist.

■ „zur Orientierung“

Weder Gesetzestext noch -begründung geben Aufschluss darüber, welche Anforderungen an die Orientierung zu stellen sind. Grund-

¹² http://www.der-mindestlohn-kommt.de/SharedDocs/Downloads/ml/broschuere-ml.pdf?__blob=publicationFile, S. 9.

sätzlich ist der Begriff damit erst einmal sehr weit zu verstehen. Denn denkbar sind auch Fälle, in denen ein Student sich nicht für die Aufnahme eines „Erststudiums orientiert, sondern ein Studium abbricht und sich neu „orientieren“ will. Entscheidend wird in diesen Fällen sein, dass die Orientierung im Vordergrund steht. Letztlich sind Praktika in dieser Phase die einzige Möglichkeit, vor dem Eintritt in das Berufsleben praktische Berufserfahrung zu sammeln. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift kann der Gesetzgeber eine Beschränkung auf Orientierungspraktika für die erstmalige Studien- oder Berufswahl nicht gewollt haben.¹³

PRAXISTIPP

Im Praktikantenvertrag sollte zur Klarstellung dokumentiert werden, dass die Orientierung im Vordergrund steht. Auch sollte nachvollzogen werden können, auf welchen Bereich sich die Orientierung bezieht.¹⁴

■ Kombination mehrerer Praktika

Nach dem Gesetzeswortlaut können freiwillige Orientierungspraktika mit Pflichtpraktika verbunden werden. Ein Anschlussverbot findet sich im Gesetzestext nicht.

Es stellt sich aber die Frage, ob ein freiwilliges Orientierungspraktikum in einem Einsatzbetrieb mit einem weiteren Orientierungspraktikum kombiniert werden kann. Hier gilt, dass ein Anschlussverbot wie in § 22 Abs. 1 Nr. 3 MiLoG nicht geregelt wurde. Bei solchen Kombinationen besteht aber die Gefahr, dass man sich dem Vorwurf einer Umgehung der Drei-Monats-Frist ausgesetzt sieht. Allenfalls bei einer deutlichen Unterscheidung der avisierten Berufe ist eine solche Kombination anzuraten. Es sollte dann allerdings nachvollziehbar dokumentiert werden können, dass sich beide Praktika vor dem Hintergrund des Orientierungszwecks deutlich unterscheiden.

¹³ So auch Hund/Pechthold, AuA 2014, 540.

¹⁴ Siehe Muster Teil 3, V., S. 130.