

Richter am BAG Dr. Hinrich Vogelsang und Rechtsanwalt Hans-Hubert Wensing*

Mindestlohn ohne Arbeit – Gilt das MiLoG auch für Entgeltansprüche?

Mit dem Mindestlohngesetz gibt es erstmalig auf einem staatlichen Rechtssetzungsakt beruhende einheitliche Entgeltuntergrenzen, die grundsätzlich flächendeckend für alle Arbeitnehmer gelten. Das Gesetz normiert dabei nicht nur bestimmte Entgeltansprüche, sondern sieht auch weitere Rechtsfolgen vor. Hierzu zählen vor allem eine Auftraggeberhaftung, Bußgeldvorschriften sowie Melde- und Dokumentationspflichten. Der folgende Beitrag untersucht die Frage, ob dieses Normenregime auch für den Bereich des Entgeltenschutzes gilt, also für Entgeltansprüche ohne Arbeit.

I. Einleitung

Das Mindestlohngesetz (MiLoG) ist am 16.8.2014 als Bestandteil des Tarifautonomiestärkungsgesetzes (ÄndG) in Kraft getreten. Der gesetzliche Mindestlohn von derzeit brutto 8,50 Euro je Zeitstunde gilt gem. § 1 II 2 MiLoG seit dem 1.1.2015. § 1 I iVm § 20 MiLoG stellen mit dem Hinweis „jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat Anspruch ...“ klar, dass das MiLoG für alle Arbeitsverhältnisse und damit auch dann gilt, wenn eine höhere Vergütung als der Mindestlohn vereinbart ist.¹

Nach dem gesetzlichen Grundmodell² setzen Entgeltansprüche im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich eine tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung voraus. Als gegenseitiger Vertrag gem. §§ 320 ff. BGB verpflichtet der Arbeitsvertrag Arbeitnehmer und Arbeitgeber zum Erbringen der jeweiligen Hauptleistungspflichten, nämlich der Arbeitsleistung sowie der Entgeltzahlung. Der Arbeitnehmer ist hierbei gem. § 614 BGB vorleistungspflichtig. Arbeitet er nicht, besteht grundsätzlich auch kein Entgeltanspruch („ohne Arbeit kein Lohn“). Es gibt aber eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen, die einen Vergütungsschutz normieren, indem sie Entgeltansprüche der Arbeitnehmer ausnahmsweise auch für Zeiträume vorsehen, in denen eine Arbeitsleistung nicht erbracht wird. Zu nennen sind hier die Regelungen im EFZG, im BUrlG, im MuSchG sowie die §§ 615, 616 BGB. Diese Entgeltenschutzbestimmungen werden teilweise als eigene Anspruchsgrundlage verstanden, teilweise aber als Normen, die lediglich den arbeitsvertraglichen Entgeltanspruch nach § 611 I BGB aufrechterhalten. Im Folgenden wird auch zu untersuchen sein, inwieweit die Frage der Qualifizierung der Entgeltenschutzbestimmungen als eigene Anspruchsgrundlage für die Geltung des MiLoG Bedeutung gewinnt. Eine ausdrückliche Regelung, ob der Arbeitgeber einen gesetzlichen Mindestlohn auch für Zeiten ohne Arbeit schuldet, findet sich jedenfalls im MiLoG nicht.³ Umgekehrt regelt das Gesetz auch keinen ausdrücklichen Vorrang der Entgeltenschutznormen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der gesetzliche Mindestlohn auch für Zeiten ohne Arbeit geschuldet wird und ob dies unmittelbar aus dem MiLoG oder nur mittelbar über die einen Entgeltanspruch aufrechterhaltenden Entgeltenschutzregelungen folgt. Sollte davon auszugehen sein, dass das MiLoG generell für Zeiten ohne Arbeitsleistung keine Anwendung findet, wäre nicht nur die Entgeltgarantie der §§ 1, 20 MiLoG

unanwendbar. Zudem entfielen wegen des auf der Grundlage von Entgeltansprüchen geschuldeten Entgelts die Bußgeldandrohung nach § 21 I Nr. 9 MiLoG, wenn der Arbeitgeber solche Entgeltansprüche nicht oder nicht vollständig oder verspätet erfüllt. Außerdem gäbe es für nicht oder nicht vollständig erfüllte Entgeltansprüche keine Haftung des Auftraggebers gem. § 13 MiLoG. Wesentlicher dürfte die Unanwendbarkeit von § 3 MiLoG auf solche Entgeltansprüche sein.

II. Entgeltenschutz und Mindestlohn

1. Prinzipien zur Ermittlung des Entgeltfortzahlungsanspruchs

a) *Ausgangslage.* Ausgangspunkt bei der Bemessung des Entgeltfortzahlungsanspruchs sind die Grundsätze für die Ermittlung des Entgelts für die tatsächliche Arbeitsleistung, vgl. §§ 3, 4 EFZG („Anspruch auf Entgeltfortzahlung“, „regelmäßig zustehendes Entgelt fortzahlen“); § 2 EFZG („... das Entgelt zu zahlen, das er ohne Arbeitsausfall erhalten hätte“); § 11 BurlG („... bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst“). Das Arbeitsentgelt wird allgemein gem. § 611 I BGB im Gegenseitigkeitsverhältnis nach der erbrachten (Arbeits-)Leistung berechnet. Die Entgeltvereinbarungen im Arbeitsvertrag oder in einem Tarifvertrag legen fest, nach welchem Prinzip die Arbeit vergütet wird, nämlich nach dem zeitlichen Umfang (zB Stundenentgelt, Monatsvergütung), nach der erbrachten Leistung (zB Akkord) oder nach dem Arbeitsergebnis (zB Provision, Umsatzbeteiligung), und wie das Entgelt pro Zeiteinheit oder bezogen auf das Arbeitsergebnis zu bemessen ist. Bei der Zeitvergütung ist ein Entgeltanspruch für einen bestimmten Zeitraum angesprochen. Unabhängig davon, ob eine Vergütung auf der Grundlage eines Stundenlohnes, eines Monats- oder eines Jahresgehalts vereinbart ist, besteht die Verpflichtung des Arbeitgebers, für einen definierten Zeitabschnitt ein festgelegtes Entgelt zu zahlen. Rechnerisch drückt sich die vereinbarte Vergütung zwangsläufig in einem Bruch aus, in dessen Nenner der Zeitabschnitt (Stunde, Woche, Monat, Jahr) und in dessen Zähler ein Vergütungsbetrag steht. Für die Ermittlung des Entgeltanspruchs, der auf einen bestimmten zu vergütenden kalendarischen Zeitabschnitt entfällt, ist zu errechnen, wie viele Vergütungsanteile pro Zeitabschnitt in diesen Zeitraum fallen. Bei einem Stundenlohn beispielsweise ist der pro Stunde gezahlte Lohn mit der Anzahl der in dem betreffenden Zeitabschnitt anfallenden Arbeitsstunden zu multiplizieren. Dieses Element der Entgeltberechnung wird allgemein als Zeitfaktor bezeichnet. Darüber hinaus ist zu ermitteln, welches Entgelt pro Zeiteinheit geschuldet ist, zB welcher Stundenlohn oder welcher Monatsgehalt. Dieses

* Der Autor Vogelsang ist Richter am BAG, Erfurt; der Autor Wensing ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der Münsteraner Rechtsanwaltskanzlei Harnischmacher Löer Wensing PartGmbH, Münster.

1 Waltermann, AuR 2015, 166; Boenke, JuS 2015, 385.

2 Das BAG bezeichnet dieses Grundmodell als Teil der Arbeitsrechtsordnung, BAGE 78, 174 = NZA 1995, 266 (unter II 2 c).

3 ErfK/Franzen, 16. Aufl. 2016, § 1 MiLoG Rn. 18.

Element der Entgeltberechnung wird als Entgeltfaktor (oder auch als Geldfaktor) bezeichnet.⁴

Für die Berechnung eines Anspruchs auf Entgeltzahlung ohne Arbeitsleistung kennen die genannten Entgeltzuschutznormen zwei Grundmodelle, nämlich das Entgeltausfallprinzip und die Referenzmethode.

b) *Entgeltausfallprinzip*. Das Entgeltausfallprinzip liegt der Regelung in § 4 EFZG und auch in § 2 EFZG für die Feiertagsvergütung zu Grunde. Nach allgemeiner Ansicht gilt es auch im Rahmen von § 616 BGB⁵ sowie § 615 BGB.⁶ Beim Entgeltausfallprinzip wird ermittelt, welches Entgelt der Arbeitnehmer in dem betreffenden Zeitraum erzielt haben würde, wenn er seine Arbeitsleistung erbracht hätte – also ein hypothetisches Arbeitsentgelt. Auf diese Weise soll ein möglichst effektiver Entgeltsschutz in Form einer größtmöglichen Übereinstimmung zwischen der Arbeitsvergütung und dem Entgeltfortzahlungsanspruch erzielt werden.

c) *Referenzmethode*. Dagegen normieren § 11 BUrlG und § 11 MuSchG grundsätzlich eine Berechnung nach der Referenzmethode (mit den in § 11 I 1 letzter Hs., § 11 I 2 u. S. 3 BUrlG sowie § 11 II MuSchG geregelten Modifikationen). Im Urlaubsrecht wendet das BAG allerdings seit einer Entscheidung aus dem Jahre 1988 die Referenzmethode nur noch für den Entgeltfaktor an, nicht dagegen für den Zeitfaktor und hat damit ein gemischtes System zur Berechnung der Urlaubsvergütung eingeführt. Die Dauer der während des Urlaubs weiter zu vergütenden Arbeitszeit soll sich nach der Dauer der Arbeitszeit richten, die konkret während der Urlaubszeit ausgefallen ist.⁷ In der Literatur ist diese Rechtsprechung des BAG vereinzelt auf Kritik gestoßen, weil sie eine unzulässige Abweichung von der im Gesetz verankerten Referenzmethode bedeute.⁸ Ganz überwiegend ist die Literatur jedoch der Gesetzesauslegung des BAG gefolgt.⁹

Bei der Referenzmethode muss der Arbeitgeber für den Entgeltfortzahlungszeitraum das in einem bestimmten – regelmäßig in der Vergangenheit liegenden – Referenzzeitraum erzielte Entgelt zur Grundlage für die Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs machen. Als Berechnungsprinzip ist die Referenzmethode insbesondere dann naheliegend, wenn das Entgelt für den Entgeltfortzahlungszeitraum im Vorhinein fällig ist, wie dies im Urlaubsrecht gem. § 11 II BUrlG der Fall ist. Beide Berechnungsmethoden verfolgen das Ziel, den Arbeitnehmer während des Zeitraums der Entgeltfortgewährung wirtschaftlich abzusichern. Die Referenzmethode ist dabei in erster Linie auf eine Verstetigung des Entgelts gerichtet, während das Entgeltausfallprinzip versucht, das Erbringen der Arbeitsleistung zu fingieren, also das Nichterbringen der Arbeitsleistung auf der Entgeltseite gewissermaßen ungeschehen zu machen.

2. Folgen für den gesetzlichen Mindestlohn nach dem MiLoG

Beide dargestellten Berechnungsmethoden bewirken letztlich, dass der Arbeitnehmer in den Zeiträumen, für die Entgeltsschutz besteht, bezogen auf den Entgeltfaktor – und nur diesen regelt das MiLoG –¹⁰ dasselbe bekommt wie für Zeiten tatsächlicher Arbeit. Beim Entgeltausfallprinzip ist das hypothetische Entgelt nämlich dasjenige, das bei Erbringen der Arbeitsleistung geschuldet wäre, also unter Geltung des MiLoG zumindest der gesetzliche Mindestlohn als unterste Entgeltgrenze. Bei der Referenzmethode ist wegen des Entgeltfaktors auf den Referenzzeitraum abzustellen, für den ebenfalls mindestens der gesetzliche Mindestlohn geschuldet war. Das gilt im Übrigen auch für die Fälle, in denen der

Referenzzeitraum vor dem Inkrafttreten des MiLoG oder in einem Zeitraum vor einer Anpassung gem. § 2 II 2 MiLoG liegt. Gemäß § 11 I 1 BUrlG ist nämlich bei Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur, die während des Berechnungszeitraums oder während des Urlaubs eintreten, von dem erhöhten Verdienst auszugehen. Entsprechendes gilt auch nach § 11 II 1 MuSchG. Der gesetzliche Mindestlohn ist also – zumindest wirtschaftlich – durch die von den Entgeltsschutznormen jeweils vorgegebenen Berechnungsmethoden gewährleistet, und zwar auch dann, wenn man annimmt, dass das MiLoG für Zeiten, in denen keine Arbeitsleistung erbracht wird, generell nicht gilt. Unterschreitungen sind allenfalls auf Grund einer tariflichen Regelung nach § 4 IV EFZG theoretisch denkbar. Denn umgekehrt enthält das MiLoG (ebenso wie die Mindestlohnverordnungen auf Grund des AEntG) auch keine Regelung, aus der sich ergeben könnte, dass der Entgeltsschutz eingeschränkt wäre, etwa mit dem Inhalt, dass nunmehr weitergehende abweichende tarifliche oder arbeitsvertragliche Regelungen zulässig wären oder dass für solche Zeiträume lediglich der gesetzliche Mindestlohn gelten soll.¹¹

Mit einer Unanwendbarkeit des MiLoG für Zeiten ohne Arbeitsleistung entfielen allerdings die Bußgeldandrohung nach § 21 I Nr. 9 MiLoG. Außerdem gäbe es für solche Zeiträume keine Haftung des Auftraggebers gem. § 13 MiLoG. Diese Bestimmung verweist insoweit auf § 14 AEntG, der aber nach Rechtsprechung des BAG ohnehin nur eine Haftung für Entgeltansprüche auf Grund tatsächlicher Arbeitsleistung regelt.¹² Bedeutsamer wäre die Unanwendbarkeit von § 3 MiLoG. Ein Anspruchsverzicht auf Entgeltsschutzansprüche wäre deshalb denkbar, Ausschlussfristen

- 4 Zum Entgeltfortzahlungsrecht zB BAGE 100, 25 = NZA 2002, 439 = AP § 4 EntgeltFG Nr. 56; BAG, DB 2002, 2439 = AP § 4 EntgeltFG Nr. 61 = BeckRS 2002, 30268057; NZA 2003, 156 = AP § 4 EntgeltFG Nr. 62; ErfK/Reinhard, EFZG, § 4 Rn. 2; Staudinger/Oetker, BGB, 2011, § 616 Rn. 396; KassHdB/Vossen, 2. Aufl. 2015, Kap. 2.2 Rn. 339; MüKoBGB/Müller-Glögge, 6. Aufl. 2012, § 4 EFZG Rn. 3; MüArbR/Boecken, 3. Aufl. 2009, § 84 Rn. 16; zum Urlaubsrecht: zB BAGE 92, 343 = NZA 2000, 1335 = AP BUrlG § 11 Nr. 47; BAGE 100, 189 = NZA 2002, 1041 = AP BUrlG § 11 Nr. 55; Leinemann/Linck, BUrlG, 2. Aufl. 2001, § 11 Rn. 6 ff.; ErfK/Gallner, BUrlG, § 11 Rn. 3; Friese, UrlaubsR, 2003, Rn. 333.
- 5 BAG, NZA 1986, 290 = AP § 63 HGB Nr. 39; BAG, NZA 1986, 231 = AP § 63 HGB Nr. 40; BAGE 81, 357 = NZA 1996, 640 = AP § 611 BGB Nr. 9; Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Hdb, 16. Aufl. 2015, § 97 Rn. 21; MüKoBGB/Henssler, BGB, § 616 Rn. 56; Staudinger/Oetker, BGB, § 616 Rn. 118; Kunz/Wedde, EFZR, 2. Aufl. 2005, BGB § 616 Rn. 23.
- 6 Vgl. BAG, Urt. v. 25.6.1981 – 6 AZR 524/78, BeckRS 1981, 04567; BAG, Urt. v. 24.10.1991 – 2 AZR 210/91, BeckRS 1991, 30739105; BAG, NZA 2002, 268 = AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 37; BAG, DB 2003, 1121 = AP BGB § 615 Nr. 99 = BeckRS 2003, 40398; Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB, 2012, § 615 Rn. 135; MüKoBGB/Henssler § 615 BGB Rn. 50; Soergel/Kraft, BGB, 12. Aufl. 1998, § 615 Rn. 48; Schaub/Linck, § 95 Rn. 65; ErfK/Preis, BGB, § 615 Rn. 76; MüArbR/Boewer, § 69 Rn. 35.
- 7 BAG, NZA 1989, 68 = AP BUrlG § 11 Nr. 22; so auch BAGE 92, 343 = NZA 2000, 1335 = AP BUrlG § 11 Nr. 47; BAGE 100, 189 = NZA 2002, 1041 = AP BUrlG § 11 Nr. 55.
- 8 Oetker, Gemeinsame Anm. zu BAG, EzA TVG § 4 Metallindustrie Nr. 40, 41; krit. auch Neumann/Fenski, BUrlG, 10. Aufl. 2011, § 11 Rn. 63 sowie Vogelsang, Vergütungsschutz bei flexibler variabler Arbeitszeit, 2014, 120 ff.
- 9 ErfK/Gallner, BUrlG, § 11 Rn. 3; GK-BUrlG/Stahlhacke, 5. Aufl. 1992, § 11 Rn. 75; Staudinger/Richardi, BGB, § 611 Rn. 905; Schaub/Linck, § 104 Rn. 102; MüArbR/Düwell, § 79 Rn. 18; KassHdB/Schütz, Kap. 2.4, Rn. 454, 459.
- 10 Schaub/Vogelsang, § 66 Rn. 22.
- 11 Vgl. BAG, NZA 2015, 1127 – für eine Mindestlohnverordnung auf Grund § 7 I AEntG.
- 12 BAGE 113, 149 = NZA 2005, 627 = AP AEntG § 1 a AEntG Nr. 2; so auch Deckers, NZA 2008, 321 (323); Riebert/Nimmerjahn, MiLoG, 1. Aufl. 2015, § 13 Rn. 35; Thüsing/Mohr, AEntG, 1. Aufl. 2010, § 14 Rn. 19; Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, AEntG, 3. Aufl. 2011, § 13 Rn. 28; ErfK/Schlachter, AEntG, § 14 Rn. 1.

könnten Entgeltansprüche zum Erlöschen bringen und die Ansprüche könnten verirken. Allerdings gibt es auch insoweit teilweise im Rahmen der Entgeltzuschutznormen Regelungen, die ein Aufweichen des gesetzlichen Schutzniveaus verhindern (s. § 12 EFZG, § 13 BUrlG).¹³

III. Generelle (Un-)Anwendbarkeit des MiLoG für Entgeltansprüche ohne Arbeitsleistung

Trotz der nur relativ geringen wirtschaftlichen Auswirkungen befasst sich die Literatur recht intensiv mit der Geltung des MiLoG für Entgeltansprüche ohne Arbeitsleistung. Die wohl überwiegende Meinung hält dabei das MiLoG für Zeiträume ohne tatsächliche Arbeitsleistung und damit auch im Bereich des Entgeltzuschutzes für nicht anwendbar,¹⁴ während andere Autoren generell eine Anwendbarkeit annehmen¹⁵ oder danach differenzieren, ob die Entgeltzuschutznorm an Umstände in der Sphäre des Arbeitnehmers (zB § 3 EFZG) oder des Arbeitgebers (§ 615 BGB) anknüpft.¹⁶

Zunächst liegt es nahe, für diese Frage auf den Gesetzeswortlaut des MiLoG abzustellen. Auch wenn dieser keinen ausdrücklichen Vorbehalt oder eine Bereichsausnahme enthält, nach der die Geltung des MiLoG für entgeltpflichtige Zeiten ohne Arbeitsleistung ausgeschlossen sein soll,¹⁷ verwendet das Gesetz doch an einigen Stellen Formulierungen, die eine Geltung nur für Ansprüche auf Grund tatsächlich geleisteter Arbeit nahelegen. So sprechen die §§ 1 I, 20 sowie die Bußgeldregelung des § 21 I Nr. 9 MiLoG von einem *Arbeitsentgelt* und knüpfen damit erkennbar an die Vergütung für geleistete Arbeit an. Noch deutlicher ist die Formulierung in § 2 I 1 Nr. 2 MiLoG, wo die Fälligkeit des gesetzlichen Mindestlohns geregelt wird. Das Gesetz spricht hier von einem Entgelt für eine *erbrachte Arbeitsleistung*. In diesem Sinne ist auch der Verweis in § 2 I 2 MiLoG auf die Regelung in § 614 BGB zu sehen, wo das Gesetz ebenfalls auf die *Leistung der Dienste* abstellt. Verstärkt wird dies noch durch die Formulierung in § 2 II 1 MiLoG, wo von *geleisteten Arbeitsstunden* die Rede ist. Der Gesetzeswortlaut lässt also den Schluss auf den Willen des Gesetzgebers zu, im MiLoG nur das Entgelt für tatsächlich erbrachte Arbeit zu regeln. Das korrespondiert zudem mit den Formulierungen der Gesetzesbegründung zu § 1 II MiLoG, wonach die Vereinbarung von Stück- und Akkordlöhnen zulässig bleiben soll, „wenn gewährleistet ist, dass der Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden erreicht wird“ (BT-Drs. 18/18858, 40).¹⁸ Ein weiteres starkes Argument für die Richtigkeit dieses Auslegungsergebnisses ist unseres Erachtens schließlich, dass Entgeltzuschutzvorschriften in der Strafvorschrift des § 21 MiLoG nicht benannt sind.¹⁹

Demgegenüber stellt *Waltermann* darauf ab, dass der Entgeltanspruch auch in Höhe des Mindestlohns aus dem Arbeitsvertrag folge, also § 611 I BGB die Anspruchsgrundlage für den gesetzlichen Mindestlohn bilde. § 1 I und II 1 MiLoG bestimmen lediglich, dass der vertraglich geschuldete Entgeltanspruch wenigstens in Höhe des Mindestlohns bestehe.²⁰ Wenn also die Entgeltzuschutznorm nur den Anspruch nach § 611 I BGB aufrechterhält, wäre der Mindestlohn Teil dieses vertraglichen Entgelts. Ein Abstellen auf diesen Gesichtspunkt würde daher zwangsläufig dazu führen, dass man bei den verschiedenen Entgeltzuschutzatbeständen konsequenterweise danach differenzieren müsste, ob sie eine eigene Anspruchsgrundlage darstellen (dann würde das MiLoG möglicherweise nicht gelten) oder ob sie lediglich den arbeitsvertraglichen Entgeltanspruch nach § 611 I BGB aufrechterhalten (dann würde das MiLoG gelten). Zum einen ergäbe sich damit ein uneinheitliches Bild: Ein bloßes Aufrechterhalten des arbeitsvertraglichen Entgeltanspruchs sieht die herrschende Meinung in den Regelungen in §§ 1, 11 BUrlG²¹ sowie im Fall des Annahmeverzugs gem. § 615 BGB.²² Als eigene Anspruchsgrundlage angesehen werden demgegenüber werden die Bestimmungen des § 2 EFZG,²³ § 11 MuSchG.²⁴

Umstritten ist diese Frage für § 3 EFZG²⁵ und für § 616 BGB.²⁶ Zum anderen wäre eine solche Unterscheidung ausgehend von dem Normzweck der jeweiligen Entgeltzuschutznorm sowie des MiLoG wenig plausibel. Die Frage, ob die verschiedenen Entgeltzuschutznormen eine eigene Anspruchsgrundlage normieren oder auch nicht, korrespondiert nämlich nicht mit der Frage, in welchem Ausmaß ein Entgeltzuschutzinteresse des Arbeitnehmers anzunehmen ist.²⁷ Die Bestimmungen des MiLoG schränken weder Entgeltzuschutznormen ein, noch stehen sie dem Umstand entgegen, dass Entgeltzuschutznormen Arbeitsbedingungen vorsehen, die über das MiLoG hinausgehen.

Für eine derartige von *Waltermann* intendierte Differenzierung besteht daher auch kein nachvollziehbares Bedürfnis. Außerdem würde das von *Waltermann* gefundene Auslegungsergebnis nichts an dem oben genannten Gesetzeswortlaut ändern, der eben nur Ansprüche auf Grund tatsächlicher Arbeitsleistung erfasst. Nur hierfür könnte man dann auch von einer Regelung des Entgeltanspruchs nach § 611 I BGB sprechen. Unser Ergebnis wird auch durch den Wortlaut des § 1 I MiLoG belegt, der einen „Anspruch“ gibt. Hier wird nicht etwa bloß festgelegt, dass der Mindestlohn gem. § 611 I BGG als mindestens geschuldetes vertragliches Entgelt vereinbart anzusehen sein soll, sondern das MiLoG normiert in § 1 I einen eigenen Anspruch auf Arbeitsentgelt („... hat einen Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts ...“). Dieser Auslegung entspricht zudem der Inhalt der Gesetzesbegründung, wo es ausdrücklich zu § 1 MiLoG heißt „Abs. 1 beinhaltet die zivilrechtliche Anspruchsgrundlage für den Mindestlohn.“²⁸ Dieser gesetzliche Anspruch besteht

13 Ausf. hierzu *Riechert/Nimmerjahn*, MiLoG, § 1 Rn. 40, 46, 52.

14 *Riechert/Nimmerjahn*, MiLoG, § 1 Rn. 32; *Schubert/Jerchel/Düwell*, MiLoG, 1. Aufl. 2015, Rn. 147; *Hilgenstock*, Mindestlohn, 2014, Rn. 116; *Greiner/Strippelmann*, BB 2015, 949; *Merkel/Götz*, DB 2015, 1407 (1411); wohl auch *Lakies*, MiLoG, 2015, § 1 Rn. 84 ff.

15 So *Waltermann*, AuR 2015, 166 (170); *Bayreuther*, NZA 2015, 385 (391, 392); *HK-MiLoG/Düwell*, 1. Aufl. 2015, § 1 Rn. 15; *Boemke*, JuS 2015, 385 (390); *Kocher*, AuR 2015, 173 (175).

16 *ErfK/Franzen*, MiLoG, § 1 Rn. 19, 20.

17 Hierauf stellt *HK-MiLoG/Düwell*, § 1 Rn. 15 ab, vgl. auch *LAG Niedersachsen*, Urt. v. 19.8.2014 – 15 Sa 14/14 = *BeckRS* 2014, 73603 Rn. 72 – zu einer MindestlohnVO auf Grund § 7 I AEntG.

18 Hierauf stellen *Riechert/Nimmerjahn*, MiLoG, § 1 Rn. 33 ab.

19 *Bayreuther*, NZA 2015, 385 (392).

20 *Waltermann*, AuR 2015, 166 (169).

21 StRspr des BAG, *BAGE* 95, 104 = NZA 2001, 100 = AP BUrlG § 7 Nr. 28; *BAGE* 100, 189 = NZA 2002, 1041 = AP BUrlG § 11 Nr. 55; *ErfK/Gallner*, BUrlG, § 11 Rn. 1; aA *Friese*, *UrlaubsR*, Rn. 32, 324.

22 BAG, DB 1991, 445 = *BeckRS* 1990, 30370935; NZA 2003, 973 = AP BGB nF § 280 Nr. 1; DB 2003, 1121 = AP BGB § 615 Nr. 99 = *BeckRS* 2003, 40398; *Schaub/Linck*, BUrlG, § 95 Rn. 3; *ErfK/Preis*, BGB, § 615 Rn. 1; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 74. Aufl. 2015, § 615 Rn. 3; *Staudinger/Richard/Fischinger*, BGB, § 615 Rn. 9.

23 *ErfK/Reinhard*, EFZG, § 2 EFZG Rn. 4.

24 So die stRspr. des BAG, vgl. zB BAG, DB 1972, 207 = AP MuSchG 1968 § 11 Nr. 6; NZA 2004, 257 = AP MuSchG 1968 § 11 Nr. 23; *Zimmermann* in *Roos/Bieresborn*, MuSchG, 1. Aufl. 2014, § 11 Rn. 1 b; unklar („arbeitsvertraglicher Individualanspruch“) *Buchnerl/Becker*, MuSchG, 8. Aufl. 2008, § 11 Rn. 3.

25 Eine eigene Anspruchsgrundlage nehmen zB *Schmitt*, EFZG, 7. Aufl. 2012, § 3 Rn. 9; *Kunz/Wedde*, EFZG, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 19 an, aA zB *Dunkl* in *Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge*, EFZG, 5. Aufl. 2000, § 3 Rn. 184; *ErfK/Reinhard*, EFZG, § 4 Rn. 1; *Treber*, EFZG, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 5.

26 Das BAG nimmt eine eigene Anspruchsgrundlage an: BAG, NJW 1983, 2600 = AP BGB § 616 Nr. 61; vgl. auch BAG, NZA 2002, 47 = AP BAT § 52 Nr. 8; *NJOZ* 2007, 4407 = NZA 2007, 1072 Ls.; aA die Lit. s. zB *Staudinger/Oetker*, BGB, § 616 Rn. 21; *Schaub/Linck*, BUrlG, § 97 Rn. 3.

27 Auf diesen Gesichtspunkt weist das LAG Niedersachsen in seinem Urteil vom 19.8.2014 – 15 Sa 14/14 (*BeckRS* 2014, 73603), für das insoweit vergleichbare Verhältnis der Bestimmungen des AEntG zu den verschiedenen Entgeltzuschutzbestimmungen zutreffend hin, s. dort Rn. 72/73.

28 BT-Drs. 18/18858, 40.

damit in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns neben dem Anspruch nach § 611 I BGB. Insoweit liegt also eine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz vor.

Eine andere Art von Differenzierung vertritt *Franzen*. Nach dieser Ansicht ist danach zu unterscheiden, ob die Entgeltansprüche an Umstände in der Sphäre des Arbeitnehmers (zB § 3 EFZG) oder des Arbeitgebers (§ 615 BGB) anknüpfen.²⁹

Abgesehen davon, dass auch Entgeltfortzahlungsansprüche nach dem EFZG unter Umständen aus der Sphäre des Arbeitgebers herrühren können, etwa bei einer Arbeitsunfähigkeit auf Grund eines vom Arbeitgeber zu vertretenden Arbeitsunfalls, ergibt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des MiLoG ein Anknüpfungspunkt für eine solche Unterscheidung. Die verschiedenen Entgeltansprüche regeln auch keine unterschiedlich hohen Entgeltansprüche, je nachdem, aus wessen Sphäre die Arbeitsverhinderung herrührt. Dieses „Sphären“-Element spielt vielmehr nur eine Rolle dafür, ob überhaupt Entgeltansprüche bestehen (zB bei einer selbst verschuldeten Arbeitsunfähigkeit) und für welchen Zeitraum (vgl. einerseits § 616 BGB „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ und andererseits § 615 BGB, der den Anspruchszeitraum nicht begrenzt). Daher kann der Ansicht *Franzens* unseres Erachtens ebenfalls nicht gefolgt werden.

Die Autoren, die eine Anwendung des MiLoG für Entgeltansprüche ohne Arbeitsleistung verneinen, stellen demgegenüber häufig auf den unterschiedlichen Sinn und Zweck der Entgeltansprüche auf der einen Seite und des MiLoG auf der anderen Seite ab. Während das MiLoG eine Austauschgerechtigkeit gewährleisten wolle, diene die Vergütung für Zeiten der Freistellung vornehmlich dem Ziel, dem Arbeitnehmer während dieser Zeit seine materielle Lebensgrundlage zu erhalten.³⁰ Dieses Argument ist allerdings aus zwei Gründen nicht so überzeugend, wie es zunächst scheinen mag. Denn zum einen bezweckt das MiLoG zumindest mittelbar auch die Sicherstellung der materiellen Lebensgrundlage der Arbeitnehmer. Nach den Gesetzesmaterialien ist Ziel des Tarifautonomiestärkungsgesetzes dessen Bestandteil das MiLoG ist, die Tarifautonomie zu stärken und angemessene Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer sicherzustellen. Gleichzeitig soll das Gesetz aber auch einen Beitrag zu fairen und funktionierenden Wettbewerbsbedingungen sowie zur Stabilität der sozialen Sicherungssysteme leisten.³¹ Die Entlastung der sozialen Sicherungssysteme soll gefördert werden, indem die materielle Lebensgrundlage eben möglichst auf Grund des Arbeitsentgelts gewährleistet wird und die Arbeitnehmer deshalb nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr im selben Umfang auf staatliche Transferleistungen angewiesen sind. Der Zweck einer Sicherstellung der materiellen Lebensgrundlage ist damit zumindest mittelbar auch durch das MiLoG intendiert. Zum anderen ist umgekehrt auch den Entgeltansprüchen der Gedanke der Austauschgerechtigkeit nicht fern. Immerhin gewährleisten auch sie nicht zwingend die Sicherstellung eines bestimmten Mindesteinkommensniveaus. Denn die Entgeltberechnung ist sowohl nach der Referenzmethode als auch nach dem Entgeltausfallprinzip von der an sich geschuldeten Vergütung abhängig, die insbesondere bei Teilzeitbeschäftigten sehr häufig nicht ausreichen wird, den Lebensunterhalt zu sichern.

Der Gedanke der Austauschgerechtigkeit spiegelt sich übrigens auch in der Rechtsprechung des BAG zur personenbedingten Kündigung wider, wonach der Arbeitgeber letztlich eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Begründung erreichen kann, die von ihm geschuldeten Entgeltleistungen stünden wegen der hohen vergütungspflichtigen

krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht mehr im angemessenen Verhältnis zu der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung des Arbeitnehmers.³² Entscheidend ist bei der Betrachtung des Sinn und Zwecks des gesetzlich geregelten Mindestlohnschutzes Folgendes: Der Zweck des MiLoG erfordert es nicht, Zeiten von Entgeltansprüchen ohne Arbeitsleistung einzubeziehen, weil die Gewährung einer angemessenen Vergütung bereits auf Grund der Prinzipien der Entgeltberechnung, nämlich des Entgeltausfallprinzips bzw. des Referenzprinzips wirtschaftlich gewährleistet ist. Diese Frage ist vielmehr Regelungsgegenstand der einzelnen Entgeltansprüche, die insoweit höchst unterschiedliche Berechnungsregelungen enthalten und die auch im Hinblick auf die Frage der Abdingbarkeit bzw. der Modifikation durch tarifliche oder arbeitsvertragliche Vereinbarungen jeweils über ein eigenes Regelungsregime verfügen,³³ das von einem sehr weitgehenden Schutzniveau (§ 12 EFZG, § 13 BUrlG) bis zu einer völligen Abdingbarkeit (§ 616 BGB)³⁴ reicht.

Schließlich könnte die Anwendbarkeit des MiLoG zumindest für Urlaubsentgeltansprüche noch auf Grund Art. 31 GRCh und auf Grund Art. 7 I der Richtlinie 2003/88/EG im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung geboten sein. Hierfür spricht auf den ersten Blick die Entscheidung des *EuGH* vom 12.2.2015.³⁵

Der *EuGH* führt hier aus, dass Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG (Entsenderichtlinie) im Licht der Art. 56 AEUV und Art. 57 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) dahin auszulegen sei, dass die Mindestvergütung, die dem Arbeitnehmer gem. Art. 3 I der Richtlinie 96/71/EG zu gewähren sei, dem Mindestlohn entspreche, auf den dieser Arbeitnehmer im Referenzzeitraum Anspruch habe. Diese Entscheidung zur Entsenderichtlinie besagt allerdings nur, dass der Arbeitnehmer wirtschaftlich während des Urlaubs ein Entgelt erhalten muss, das seiner sonstigen Vergütung und dem Mindestentgelt entsprechen muss. Das aber ist allein schon auf Grund der Regelung in § 11 BUrlG gewährleistet. Einer Anwendung der Regelungen des MiLoG bedarf es hierfür nicht.

Ausschlaggebend ist damit letztlich der Gesetzeswortlaut, der an mehreren Stellen für den Anwendungsbereich des MiLoG auf eine tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung abstellt. Der Gesetzeszweck erfordert eine Anwendung des MiLoG auf Entgeltansprüche ohne Arbeitsleistung nicht. Das gilt gleichermaßen für Entgeltansprüche, denen das Entgeltausfallprinzip zu Grunde liegt als auch für solche, bei denen die Referenzmethode anzuwenden ist. Eine Differenzierung danach, ob der Entgeltanspruch an Umstände aus der Sphäre des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers herrührt, ist ebenso unerheblich wie die Frage, ob die jeweilige Entgeltansprüche eine eigene Anspruchsgrundlage normiert oder lediglich den Entgeltanspruch nach § 611 I BGB aufrechterhält.

IV. Zusammenfassung

Damit ist die Ausgangsfrage nicht mit der typischen Auskunft der Juristen „es kommt darauf an“ zu beantworten. Es kommt nicht darauf an, ob die Entgeltansprüche eine eige-

29 *ErfK/Franzen*, MiLoG, § 1 Rn. 19, 20.

30 *Merkel/Götz*, DB 2015, 1407 (1411); *Greiner/Strippelmann*, BB 2015, 949 (950).

31 BT-Drs. 18/1558, 1 (30 ff.).

32 Vgl. zB *BAG*, NZA 1994, 67; *BAGE* 93, 255 = NZA 2000, 768.

33 Hierzu *Riechert/Nimmerjahn*, MiLoG, § 1 Rn. 40, 46, 52.

34 *BAGE* 3, 190 = NJW 1957, 438 = AP BGB § 616 Nr. 8; *BAG*, NZA 2002, 47 = AP BAT § 52 Nr. 8; NJOZ 2007, 4407 = NZA 2007, 1072 I.; *Schmitt*, EFZG, 7. Aufl. 2012, BGB § 616 Rn. 30; *ErfK/Preis*, BGB, § 616 Rn. 13; zweifelnd im Hinblick auf den völligen Ausschluss des Anspruchs durch Arbeitsvertrag: *Kunz/Wedde*, BGB, § 616 Rn. 27

35 *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:86 = NZA 2015, 345 – *Sähköalojen ammattiliitto*, hierzu *Franzen*, NZA 2015, 338.

ne Anspruchsgrundlage normiert, und es kommt auch nicht darauf an, ob die Entgeltzuschutznorm an Umstände in der Sphäre des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers anknüpft. Das MiLoG gilt nur für die Zeiträume mit tatsächlicher Arbeitsleistung. Das bedeutet aber nicht, dass im Bereich des Entgeltsschutzes im Ergebnis nicht doch der Mindestlohn zu zahlen wäre. Denn die einzelnen Entgeltzuschutznormen stellen mithilfe des Entgeltausfallprinzips bzw. der Referenzberechnung sicher, dass die Arbeitnehmer für die Zeiträume, in denen Entgeltansprüche ohne Arbeitsleistung bestehen, wirt-

schaftlich den gesetzlichen Mindestlohn erhalten. Gleichzeitig scheidet aber hierfür eine Auftraggeberhaftung nach § 13 MiLoG sowie die Bußgeldandrohung nach § 21 I Nr. 9 MiLoG aus. Weil § 3 MiLoG unanwendbar ist, können grundsätzlich auch Ausschlussfristen eingreifen. Für etwaige Beschränkungen des Anspruchs, für den Verzicht und für die Verwirkung gilt das jeweilige Regelungsregime der einzelnen Entgeltzuschutznormen. Damit ist die Frage nach der Geltung des Mindestlohns für den Entgeltsschutz letztlich mit einem klaren „Jein“ zu beantworten. ■

Von Rechtsanwalt Dr. Andreas Schönhöft und Rechtsanwalt. Nabil Oelze, LL. M.*

Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

Entgeltliche Arbeitsfreistellung für das Aufsichtsratsamt und Kollision mit dem Betriebsratsamt

Der Gesetzgeber gibt Arbeitnehmern viele Möglichkeiten zur Hand, die Geschicke ihrer Arbeitgeber mitzulenken – ein besonderes Instrument der Einflussnahme ist die Mitbestimmung. Eine spezielle Bedeutung kommt hier neben der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Möglichkeit der Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat zu.

I. Einleitung

Bei der unternehmerischen Mitbestimmung handelt es sich um die institutionelle Teilhabe der Arbeitnehmer(-vertreter) am Willensbildungs- und Entscheidungsprozess im Unternehmen oder Betrieb nach dem Aktiengesetz bzw. Mitbestimmungs- oder Drittelbeteiligungsgesetz. Mit der Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat ergeben sich rechtliche Fragestellungen, die weder eindeutig im Gesetz beantwortet werden, noch bis heute höchstrichterlich entschieden wurden. Insbesondere die Frage, ob Arbeitnehmer ihre Tätigkeit für den Aufsichtsrat während der Arbeitszeit unter Entgeltfortzahlung erbringen dürfen oder dem Arbeitnehmer lediglich ein unbezahlter Freistellungsanspruch zusteht, ist ungeklärt und führt in der Praxis häufig zu Unsicherheiten. Die Meinungen in der Literatur sind insbesondere hinsichtlich eines möglichen Entgeltanspruchs heftig umstritten, wobei sich eine tatsächliche herrschende Meinung aus Sicht der Verfasser bis heute nicht herausgebildet hat. Der folgende Beitrag durchleuchtet die unterschiedlichen Meinungen und gibt eine klare Handlungsempfehlung für die betroffenen Unternehmen. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die in der Praxis häufig vorkommende Konstellation von Betriebsräten als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gelegt werden.

II. Das Aufsichtsratsamt

Der Aufsichtsrat als zusätzliches Organ in einer Gesellschaft ist nur bei der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien zwingend, wobei sich die Verpflichtung zur Errichtung direkt aus dem Aktiengesetz, §§ 95–116 AktG, ergibt. Bei der GmbH steht es grundsätzlich im Ermessen der Gesellschafter, ob sie einen Aufsichtsrat (fakultativ) bilden möchten, es sei denn, das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) oder das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) schreibt auch hier die Bildung zwingend vor. Dabei werden die Regelungen der §§ 95 ff. AktG je nach Größe des Unternehmens durch das Drittelbeteiligungsgesetz oder das Mitbestimmungsgesetz ergänzt. In Unternehmen, die unter den Anwendungsbereich eines dieser Gesetze fallen, ist die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats verpflichtend, dh

sowohl die Arbeitnehmer als auch die Kapitaleigner entsenden jeweils die Hälfte an Aufsichtsratsmitgliedern in das Kontrollgremium.

1. Rechtsverhältnis des Aufsichtsratsamts

Auf welcher Grundlage die Entsendung der Arbeitnehmervertreter in den paritätisch besetzten Aufsichtsrat erfolgt (AktG, MitbestG oder DrittelbG), ist für die Bewertung des Rechtsverhältnisses unbeachtlich. Die Wahl in den Aufsichtsrat sowie die in der Regel damit einhergehende Annahme der Wahl begründen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Unternehmen ein parallel zum Arbeitsverhältnis bestehendes eigenständiges Rechtsverhältnis, wobei die Pflichten hieraus nebeneinander zu erfüllen sind.¹ Die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag bleiben grundsätzlich neben dem Aufsichtsratsamt weiterhin in vollem Umfang bestehen. Das Aufsichtsratsmitglied muss daher die Tätigkeit für den Aufsichtsrat im Rahmen seiner Möglichkeiten und im Bereich des Zumutbaren außerhalb der Arbeitszeit erledigen.² Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, eine strikte Trennung zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen durchzuführen. Dies führt dazu, dass eine Tätigkeit für das eine Rechtsverhältnis grundsätzlich nicht während der Arbeitszeit für das andere Rechtsverhältnis stattfinden darf. Kommt es zu einer Kollision der Pflichten aus den beiden Rechtsverhältnissen, geht grundsätzlich die Ausübung des Aufsichtsratsamts nach § 26 S. 1 MitbestG bzw. § 9 DrittelbG der Erfüllung der Arbeitspflicht vor.³ Aus dem in § 26 S. 1 MitbestG bzw. § 9 DrittelbG normierten Benachteiligungsverbot von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat folgt, dass Arbeitnehmer in ihrer Ausübung von Aufsichtsratsstätigkeiten nicht gestört oder behindert werden dürfen. Demnach müssen Arbeitnehmer zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsratsstätigkeit für die erforderli-

* Der Autor Dr. Andreas Schönhöft ist Fachanwalt für Arbeitsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht und Wirtschaftsmediator in Hamburg. Der Autor Nabil Oelze, LL. M. ist Rechtsanwalt in Hamburg.

1 Ascheidl/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 26 MitbestG. Rn. 6; Oetker in AktG, Großkommentar, 4. Aufl., 2008, § 26 MitbestG Rn. 5; Raiser/Veil, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. Aufl. 2009, MitbestG, § 26 Rn. 6; ErfKArbeitsR/Oetker, 14. Aufl. 2014, § 26 MitbestG Rn. 3; Hümmelich/Boecken/Düwell/Heither/voon Morgan, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 26 MitbestG Rn. 3.

2 Vgl. nur Wißmann in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2011, MitbestG, § 26 Rn. 9; ErfK/Oetker, § 26 MitbestG Rn. 3; MüKoAktG, 4. Aufl., § 26 MitbestG Rn. 6; Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 26 MitbestG Rn. 5; Raiser/Veil, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, § 26 MitbestG Rn. 6.

3 ErfK/Oetker, § 26 MitbestG Rn. 4; Hopf/Wiedemann/Assmann, Aktiengesetz – Mitbestimmungsgesetz, 2012, § 26 MitbestG Rn. 7.