

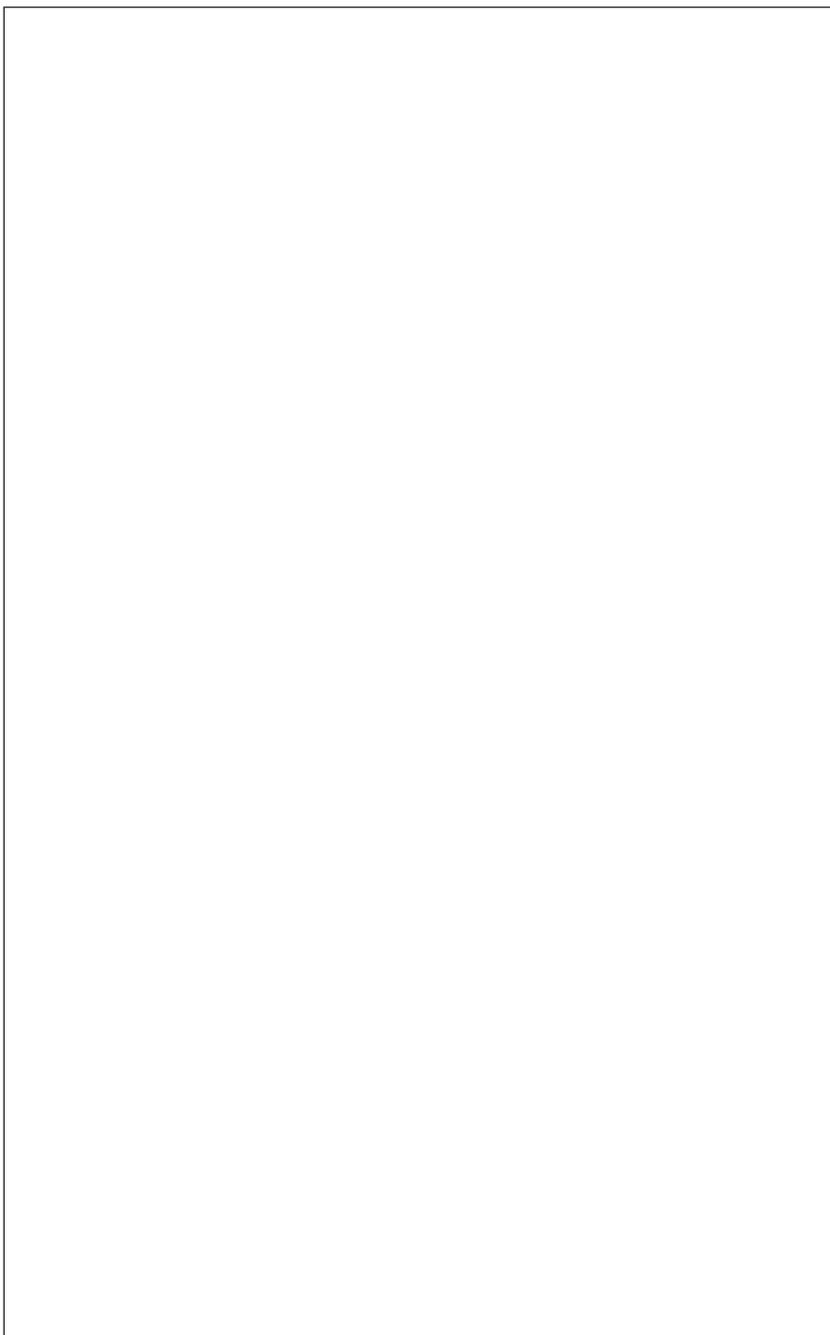
Franz Marhold | Ulrich Becker
Eberhard Eichenhofer | Gerhard Igl
Giulio Prosperetti (Hrsg.)

Arbeits- und Sozialrecht für Europa

Festschrift für Maximilian Fuchs



Nomos



Franz Marhold | Ulrich Becker
Eberhard Eichenhofer | Gerhard Igl
Giulio Prosperetti (Hrsg.)

Arbeits- und Sozialrecht für Europa

Festschrift für Maximilian Fuchs



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

ISBN 978-3-8487-6824-0 (Print)
978-3-7489-0923-1 (ePDF)

British Library Cataloguing-in-Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library.

ISBN 978-3-8487-6824-0 (Print)
978-3-7489-0923-1 (ePDF)

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Marhold, Franz / Becker, Ulrich / Eichenhofer, Eberhard / Igl, Gerhard / Prosperetti, Giulio
Arbeits- und Sozialrecht für Europa
Festschrift für Maximilian Fuchs
Franz Marhold / Ulrich Becker / Eberhard Eichenhofer /
Gerhard Igl / Giulio Prosperetti (eds.)
924 pp.

Includes bibliographic references.

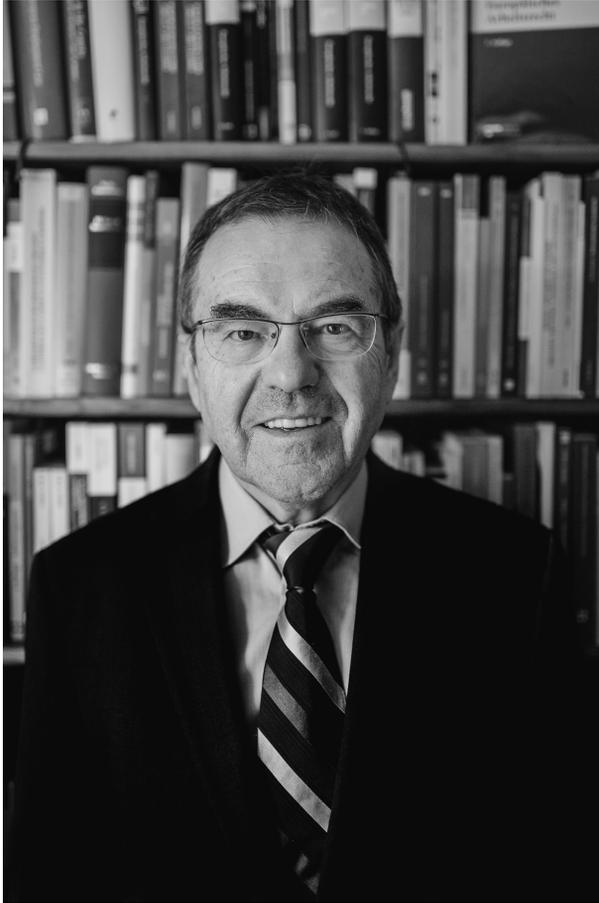
ISBN 978-3-8487-6824-0 (Print)
978-3-7489-0923-1 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

This work is subject to copyright. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or any information storage or retrieval system, without prior permission in writing from the publishers. Under § 54 of the German Copyright Law where copies are made for other than private use a fee is payable to "Verwertungsgesellschaft Wort", Munich.

No responsibility for loss caused to any individual or organization acting on or refraining from action as a result of the material in this publication can be accepted by Nomos or the editors.



Prof. Dr. jur. Maximilian Fuchs

Zum Geleit

Aus Anlass des 70. Geburtstages von Maximilian Fuchs geben wir diese Festschrift heraus und damit auf den Weg in die Öffentlichkeit. Darin folgen wir einer akademischen Tradition, der wir uns verpflichtet wissen. Uns erscheinen Festschriften als durchaus zeitgemäß. Der damit Bedachte freut sich auf eine solche Antwort auf sein über Jahrzehnte währendes öffentliches Wirken in Gestalt einer Sammlung von Beiträgen von Weggefährtinnen und Weggefährten.

Weil eine Festschrift ein langjähriges wissenschaftliches Wirken reflektiert, schafft sie diesem gebündelt öffentliche Aufmerksamkeit. Sie lässt sich kaum besser dokumentieren als durch eine Ansammlung wissenschaftlicher Abhandlungen. Sie macht damit das Jubiläum zu einem wahren Fest. Darüber hinaus nützen solche Bemühungen auch dem Fach. Wenn ihre darin aktiven Vertreter unterschiedlichen Alters zusammenwirken, können sich daraus sogar internationale Entdeckungen ergeben, wenn die Beteiligten – wie hier – aus vielen Ländern kommen. Ein derartiges Unternehmen bedeutet eine aktuelle Bestandsaufnahme des Faches und daraus wird zugleich ein Zeitzeugnis.

Die fünf Herausgeber empfanden und empfinden es als ihre ehrenvolle Pflicht und zugleich als Auftrag, das wissenschaftliche Wirken von Maximilian Fuchs in einer dessen Schaffen aufnehmenden und weiterführenden Festschrift zu würdigen. Die Internationalität des Herausgeberkreises ist dem internationalen Wirken des Jubilars kongenial. Die vielfältigen biografischen Bindungen fast aller Herausgeber an das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht – jetzt Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik – erinnern an den Ursprung seines Wirkens.

Das Werk von Maximilian Fuchs war seit Anbeginn denkbar breit angelegt. Die Festschrift würdigt den Jubilar demgemäß als Professor für Bürgerliches, Arbeits- und Sozialrecht. Diese Fächerbezeichnung ist im Hinblick auf Maximilian Fuchs in einem doppelten Sinne zu verstehen. Denn die Konjunktion „und“ hat einen doppelten Sinn. Zum einen wird sie als „oder“ verstanden. Wenn die drei verschiedenen Tätigkeitsfelder von Maximilian Fuchs aufgezählt, aneinandergereiht und damit summiert werden, weist die Aussage auf die beachtliche Spannbreite und -weite seines Schaffens hin. Maximilian Fuchs ging es aber auch und entscheidend um das diese Rechtsgebiete letztlich Verbindende. Er ist also gerade daran in-

teressiert, was die bezeichneten Gegenstände miteinander gemeinsam haben. Hier ist also das einschließende „und“ gemeint. Maximilian Fuchs will und wollte vor allem wissen, wie die in der Aufzählung nur nebeneinander gestellten und womöglich sogar disparaten Rechtsgebiete miteinander verknüpft sind. Die letztgenannte Frage und die darauf gefundenen Antworten geben seinem Schaffen seine eigentliche Tiefe und Richtung.

Was die genannten Fächer Zivilrecht und Sozialrecht vereint und trennt, war bekanntlich der zentrale Gegenstand seiner Habilitationsschrift und diese Thematik verfolgte ihn auch seither über viele Jahrzehnte hinweg. Die Antwort darauf ist vielfältig und facettenreich und nicht nur dies. Schon die Frage zu stellen, war und ist nachgerade verwegen, weil sie die überkommenen Fachhorizonte verrückt. Wer diese aufeinander bezieht, relativiert sie und bricht damit jedenfalls mit dem Selbstverständnis des Zivilrechts als ein eigenes, geschlossenes und deshalb in sich ruhendes System von Regeln. Aber auch das hergebrachte Verständnis des Sozialrechts sieht sich von solcher Fragestellung provoziert. Es wird traditionell als der staatlich organisierte Schutz für den Einzelnen gedacht, dessen Rechte auf einseitiger öffentlicher Gewährung und unter keinen erdenklichen Umständen je in Akten privater Freiheitsentfaltung gründen sollen.

Maximilian Fuchs konnte zeigen, dass die referierten und skizzierten Selbstverständnisse den Kern der beiden Fächer von Grund auf verfehlen. Das Zivilrecht kann nicht losgelöst vom öffentlichen Recht verstanden werden, weil es seine auf Privatautonomie und Rechtsgleichheit beruhenden Struktur der Verfassung der bürgerlichen Gesellschaft und damit dem zentralen Akt öffentlich-rechtlicher Normsetzung verdankt, welche in Mitteleuropa im 19. Jahrhundert prägend wurde. Auch das Sozialrecht ist nicht eine große, filigran unter den Trägern nach Zuständigkeiten unterteilte komplizierte Welt von Solidargemeinschaften unterschiedlicher Herkunft und Zusammensetzung, sondern im Kern privatrechtsabhängig, weil es auf dem Privatrecht aufbaut und das Privatrecht dort korrigiert, wo dieses seine soziale Bestimmung verfehlt. So erschließen Kranken- und Arbeitsunfallversicherungsrecht den Zugang des Einzelnen zur Medizin. Sozialrecht wird damit beim Ausgleich von Personenschäden elementar wichtig und tritt so gleichzeitig in ein Konkurrenzverhältnis zur zivilrechtlichen vertraglichen oder deliktischen Haftung.

Der Versicherungsschutz gründet in abhängiger oder selbständiger Arbeit und damit privatrechtlichen Vertragsverhältnissen. Das Sozialrecht schützt und stützt die bürgerliche Familie und trägt so zu ihrer Entfaltung entscheidend bei. Sozialer Schutz bei Eintritt von Lebensrisiken gründet in Versicherungsverhältnissen. Diese sind gewiss in Entstehung und Ausgestaltung von den Privatversicherungsverhältnissen verschieden, weil sie

durch das öffentliche Recht im Wege der Pflichtversicherung begründet werden und nicht einen Vertrag brauchen. Privat- und Sozialversicherung weisen aber in Sicherungszielen und -techniken Ähnlichkeiten auf.

In der Hauptschaffensperiode des Jubilars setzte sich die Erkenntnis durch: Zivilrecht und Sozialrecht lassen sich nicht mehr zureichend ohne das je andere Gebiet erklären. Arbeit und Familie sind von Normen sozialer Sicherheit geradezu durchdrungen, weil die zivilrechtlichen Lebensverhältnisse auf öffentlich-rechtlichen Schutz angelegt und angewiesen sind. Zu diesem Verständnis hat Maximilian Fuchs einen wesentlichen Beitrag geleistet. Diese Facetten werden auch von den Autorinnen und Autoren der Festschrift vielfältig und eigenwillig gewürdigt. Wer das heutige Recht verstehen will, muss deshalb das Zivil-, Arbeits- und Sozialrecht kennen und können und vor allem darum wissen, dass sie nur im Zusammenwirken ziviles Leben und sozialen Ausgleich hervorbringen.

Maximilian Fuchs hat zu diesem Zusammenhang manches Neue herausgefunden und vieles Gewichtiges gesagt. Zu seinem zentralen Forschungsgegenstand wurde im Verlauf der vergangenen Jahrzehnte das Arbeits- und Sozialrecht Europas. In dieser Zeit nahm dieses Europäische Arbeits- und Sozialrecht – aus bescheidenen Anfängen kommend – an Fahrt auf und heute nimmt es immer mehr Raum ein. Beginnend mit der Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit in ihren beiden allerersten Verordnungen mit Wirkung für die Allgemeinheit - sie trugen die Nrn. 3 und 4 aus dem Jahre 1958 – trat die der Wirtschaftsgemeinschaft verpflichtete EWG zuerst und zugleich umfassend auch sozial in Erscheinung. Später ging es dann um die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Erwerbsleben, Schutz der Beschäftigten in Unternehmenskrisen, Arbeitsschutz, atypische Arbeitsverhältnisse und schließlich die Beteiligung der Beschäftigten an der Leitung von Betrieb und Unternehmen. Damit wurden zentrale Themen des Arbeits- und Sozialrechts durch europäisches Recht geformt und mit wachsender Intensität geregelt. Es entstand – Schritt für Schritt und doch von vielen unbemerkt – das Arbeits- und Sozialrecht für Europa.

Dieser Weg war und ist bis heute umkämpft und umstritten. In einem Binnenmarkt, an dem Mitgliedstaaten nicht nur als Marktwirtschaften, sondern zugleich als Sozialstaaten beteiligt sind, ist die europäische Angleichung von Arbeits- und Sozialrecht gefordert, weil nur so der Wettbewerb unter Wahrung sozialer Standards möglich wird. Aber es geht um mehr. Denn das EU-Recht hat nicht nur den bereits erreichten Stand sozialen Schutzes der Mitgliedstaaten erhalten, sondern ihm vielerorts eine neue, sozialpolitisch weiterführende Ausrichtung gegeben. Maximilian Fuchs hat diesen Prozess publizistisch begleitet, rechtlich gewürdigt und vielfäl-

Zum Geleit

tig mit Rat und Tat, Kommentar und Anregung an der Entfaltung dieser Regeln mitgewirkt. In der Summe zielte sein Wirken auf das „Arbeits- und Sozialrecht für Europa“.

Die Herausgeber schulden viel und vielen Dank. Die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung und das Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik leisteten einen großzügigen finanziellen Beitrag zur Drucklegung, der Nomos-Verlag fand sich spontan zur Betreuung der Festschrift bereit und besorgte zielstrebig deren Erstellung, die angesprochenen Autorinnen und Autoren sagten begeistert zu und kooperierten bereitwillig und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien leisteten geräuschlos und wirkungsvoll umfassend redaktionelle und editorische Unterstützung. Herzlichen Dank an alle! Dem Jubilar wünschen wir viel Freude bei der Lektüre!

Im März 2020

*Franz Marbold,
Ulrich Becker,
Eberhard Eichenhofer,
Gerhard Igl,
Giulio Prosperetti.*

Inhalt

I. <i>Arbeitsrecht</i>	17
 Gesetzlicher Mindestlohn in Deutschland und Frankreich – Zur Mindestlohnwirksamkeit von Leistungen des Arbeitgebers <i>Martina Büter</i>	 19
 The ‘puzzle’ of workers’ mobility in Italy <i>Massimiliano Delfino</i>	 31
 Clickwork und das Arbeits- und Sozialrecht <i>Eberhard Eichenhofer</i>	 47
 Il diritto del lavoro italiano e la Germania <i>Lorenzo Gaeta</i>	 61
 Der Einfluss der EU-Grundrechte auf private Arbeitsverhältnisse <i>Carmen Freyler & Christian Heinrich</i>	 71
 Deliktsrecht und Arbeitsschutz – eine folgenreiche Schnittstelle <i>Wolfhard Kohle</i>	 83
 Centenary ILO – few notes on recent global social issues <i>Kristina Koldinská</i>	 101
 In defence of codetermination systems for implementing corporate decisions efficiently. A critical approach from the Spanish experience on workers’ participation <i>Juan-Pablo Landa</i>	 113
 Trade unions’ crisis in a globalized contest: can a transnational collective interest arise? <i>Andrea Lassandari</i>	 125

Inhalt

I tempi e luoghi del lavoro <i>Mariella Magnani</i>	137
Unzulässigkeit der Satzung unechter Firmenkollektivverträge <i>Franz Marhold & Peter C. Schöffmann</i>	145
Much Ado about Anything? The New Directive (EU) 2019/1152 on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union <i>José María Miranda Boto</i>	157
On Crowdfunding for Strikes <i>António Monteiro Fernandes</i>	175
Die Belange chronisch kranker Wissenschaftler*innen im Wissenschaftszeitvertragsgesetz <i>Katja Nebe & Andrea Ritschel</i>	187
Ludovico Barassi und Philipp Lotmar: Gemeinsamkeiten und Unterschiede <i>Luca Nogler</i>	205
Religious freedom versus company freedom: adjustment techniques <i>Antonio Ojeda-Avilés</i>	229
Die Veränderungen der Produktionsverhältnisse und die Überarbeitung des klassischen Arbeitsnormenmodells <i>Manuel Carlos Palomeque López</i>	251
Sind Vordienstzeiten nun stets anzurechnen? <i>Walter J. Pfeil</i>	265
Squared flexibility – Agency Employment in the Czech Republic <i>Jan Pichrt</i>	277
Workplace Bullying in Italy. Malicious Intent and Role of Anti- discrimination Law <i>Raffaello Santagata de Castro</i>	287

Grenzenlose Entsendung? – Spagat zwischen fairen Arbeitsbedingungen und Dienstleistungsfreiheit <i>Eva Sommer</i>	307
Gesetz für bessere Löhne in der Pflege – Gesetzgebung zwischen Sozialrecht, Arbeitsrecht und kirchlichen Sonderwegen <i>Raimund Waltermann</i>	319
Dilemmata des Europäischen Arbeitsrechts <i>Manfred Weiss</i>	335
Il distacco del lavoratore nel quadro giuridico delle fonti multidimensionali <i>Lorenzo Zoppoli</i>	351
II. Sozialrecht	367
Sozialrecht im europäischen Binnenmarkt: von asymmetrischen Einwirkungen zu einer gemeinsamen Sozialpolitik <i>Ulrich Becker</i>	369
Das BSG und der gemeinsame Arbeitsmarkt im SGB III <i>Karl-Jürgen Bieback</i>	379
Das (Erfolgs)Modell „Soziale Selbstverwaltung“ <i>Joachim Breuer</i>	389
Dinamiche demografiche e prospettive del <i>welfare</i> in italia: le problematiche <i>Maurizio Cinelli</i>	401
60 years of European social security coordination. Achievements, controversies and challenges <i>Rob Cornelissen</i>	417

Inhalt

Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und Arbeitsverhältnis <i>Olaf Deinert</i>	435
Incapacity to work: an amorphous social risk under Regulation 883/2004 <i>Elias Felten</i>	455
Zuständigkeitsbestimmung in der Gesetzlichen Unfallversicherung <i>Richard Giesen</i>	465
Il diritto sociale europeo alla ricerca dell'autonomia perduta <i>Stefano Giubboni</i>	495
'Family first' policy in Hungary: boosting native population without relying on mass migration <i>József Hajdú</i>	517
Die Problematik der Minderung bei sozialen Dienstleistungen <i>Andreas Hänlein</i>	535
Der Einfluss unionalen Rechts auf Ausbildung und Tätigkeit von Heilberufen (Pflegerberufe und Hebammen) <i>Gerhard Igl</i>	549
Familien und Bedarfsgemeinschaften – Gleichklang zwischen Sozialrecht und Freizügigkeitsrecht? <i>Constanze Janda</i>	573
Das Europäische Fürsorgeabkommen und EU-Recht <i>Rose Langer</i>	593
Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb – unterschiedliche Wege in Deutschland und Österreich <i>Rudolf Mosler</i>	607
Diritti a pensione, diritti quesiti, diritti tiranni <i>Mattia Persiani</i>	625

Der Beschäftigtenbegriff im Europäischen Sozialrecht <i>Ulrich Preis & Stephan Seiwerth</i>	639
I diritti sociali e il ruolo della Corte costituzionale italiana <i>Giulio Prosperetti</i>	651
Sozialrechtliche „Beschäftigung“ und/oder arbeitsvertragliche „persönliche Abhängigkeit“? <i>Hermann Reichold</i>	661
Der Nachhaltigkeitsfaktor – unbeabsichtigte (Zwischen-)Ergebnisse aufgrund überraschender Entwicklungen <i>Franz Ruland</i>	673
Brexit – Ein Thriller (auch für die soziale Sicherheit) <i>Bernhard Spiegel</i>	685
Gedanken zum System der Alterssicherung angesichts aktueller Herausforderungen <i>Heinz-Dietrich Steinmeyer</i>	723
Social Risk <i>Grega Strban</i>	741
Behinderung und Zugang zur Justiz im Recht der Europäischen Union: Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention <i>Peter Trenk-Hinterberger</i>	757
Changing Work Patterns’ Impact on Social Security in Europe <i>Gertruda Uścińska</i>	769
Sozialleistungen für EU-Arbeitnehmer <i>Ferdinand Wollenschläger</i>	779
20 Jahre Rentenreform in Polen <i>Marcin Zieleniecki</i>	789

Inhalt

III. Zivilrecht / Europarecht	809
Vorsorgevollmacht und Treuhandschaften <i>Makoto Arai</i>	811
Neuer Wein in alten Schläuchen? – Herausforderungen neuer Technologien und Künstlicher Intelligenz für das harmonisierte Produkthaftungsrecht in der EU <i>Alex Baumgärtner</i>	837
Europa unter der <i>rule of law</i> – Aktuelle Betrachtungen zu einem traditionellen Prinzip – <i>Waltraud Hakenberg</i>	849
Kein Ersatz fiktiver Schäden statt der mangelfreien Leistung <i>Werner Pauker</i>	863
Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs und Schutzzweck der Verhaltensnorm <i>Andreas Spickhoff</i>	879
Der ehrbare Kaufmann – Ein ironischer Topos der Betriebswirtschaftslehre? <i>Dieter Sadowski</i>	891
La metamorfosi della tutela risarcitoria per fatto illecito: itinerari della giurisprudenza italiana <i>Nicolò Trocker</i>	907
AutorInnenverzeichnis	921

I.
Arbeitsrecht

Gesetzlicher Mindestlohn in Deutschland und Frankreich – Zur Mindestlohnwirksamkeit von Leistungen des Arbeitgebers

Martina Büter, Troisdorf

I. Einleitung

Mit Einführung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) gibt es seit 2015 in Deutschland einen flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohn für Arbeitnehmer¹. Dieser betrug im Jahr 2019 9,19 EUR/Stunde.

Frankreich blickt auf eine Mindestlohntradition seit 1950 zurück². Der gesetzliche Mindestlohn, der seit 1970 als *Salaire minimum interprofessionnel de croissance* (SMIC) bezeichnet wird³, ist heute im französischen Arbeitsgesetzbuch, dem *Code du travail* (C. trav.), verankert (Art. L3231-1 ff., Art. R3231-1 ff.). Der SMIC betrug im Jahr 2019 10,03 EUR/Stunde.

Im Jahre des 70. Geburtstages von Prof. Dr. Maximilian Fuchs blicken wir damit auch auf siebenzig Jahre Auseinandersetzung mit dem gesetzlichen Mindestlohn in Frankreich zurück; in Deutschland sind es hingegen erst fünf Jahre. Auch wenn noch nicht sämtliche Fragen zum MiLoG höchst-richterlich geklärt sind, liegen schon zahlreiche Gerichtsentscheidungen vor, die für die Praxis richtungsweisend sind⁴. Zu den zentralen Fragen der Auseinandersetzung mit dem gesetzlichen Mindestlohn zählt, welche Leistungen des Arbeitgebers mindestlohnwirksam, d. h. auf den Mindestlohnanspruch anzurechnen, sind.

1 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 1.

2 Heukenkamp, Gesetzlicher Mindestlohn in Deutschland und Frankreich, 1. Auflage, Baden-Baden, 2017 (zitiert als: *Heukenkamp*), S. 33, 61 ff.

3 Loi n° 70-7 du 2 janvier 1970 portant réforme du salaire minimum garanti et création d'un salaire minimum de croissance, JORF v. 4.1.1970, 141.

4 *Stenlik*, Aktuelle Entwicklungen zum gesetzlichen Mindestlohn, DStR 2019, 336.

II. Die Ausgangslage in Deutschland und Frankreich

Das MiLoG gibt keine ausdrücklichen Hinweise zu der Frage, welche Leistungen des Arbeitgebers mindestlohnwirksam sind⁵.

Anhaltspunkte hierfür wurden zunächst in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur RL 96/71/EG (Entsenderichtlinie) gesehen⁶, wonach Vergütungsbestandteile in den Mindestlohn einbezogen werden können, die das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung nicht verändern⁷. Die entsprechende Prüfung der jeweiligen Vergütungsbestandteile wurde den innerstaatlichen Gerichten auferlegt⁸.

Das Bundesarbeitsgericht spricht in seinen Urteilen zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) von einer Anrechnung, wenn der Zweck der Leistung des Arbeitgebers dem Zweck des Mindestlohns „funktional gleichwertig“ ist. Dies bedeutet, dass die Zahlung des Arbeitgebers die „Normalität“ des Arbeitnehmers abgelten soll⁹.

Das BAG hat diese Grundsätze in seinen Urteilen zum MiLoG unter Verweis auf die zwischenzeitliche Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH¹⁰ modifiziert¹¹. Nach dieser Rechtsprechung sind alle „zwingend und transparent geregelten Gegenleistungen des Arbeitgebers“ für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers „Bestandteile des Mindestlohns“. Das BAG folgert daraus, dass von den im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis zu erbringenden Entgeltzahlungen des Arbeitgebers nur solchen die Erfüllungswirkung fehlt, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer

5 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 11; a. A. Weigert, Die Anrechenbarkeit von Vergütungsbestandteilen auf den gesetzlichen Mindestlohn, NZA 2017, 745: „Arbeitsentgelt“.

6 Gegenäußerung BReg. BT-Drs. 18/1558, 67; ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 11; Däubler, Der gesetzliche Mindestlohn – doch eine unendliche Geschichte?, NJW 2014, 1924, 1926; a. A. Bayreuther, Der gesetzliche Mindestlohn, NZA 2014, 865, 868 f.; Heukenkamp, S. 281 ff. m. w. N. Ausf. zur Auseinandersetzung mit der Frage im Gesetzgebungsverfahren zum MiLoG Lakies, MiLoG, § 1 Rn. 41 ff.

7 EuGH, Rs. C-341/02 (Kommission der Europäischen Gemeinschaft / Bundesrepublik Deutschland), NZA 2005, 573; EuGH, Rs. C-522/12 (Isbir), NZA 2013, 1359.

8 EuGH, Rs. C-522/12 (Isbir), NZA 2013, 1359, 1361; vgl. ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 12.

9 BAG, NZA 2013, 392, 393, 395; BAG, NZA 2014, 1277, 1280; vgl. ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 12. Zur „funktionalen Gleichwertigkeit der zu vergleichenden Leistungen“ s. auch Gegenäußerung BReg. BT-Drs. 18/1558, 67.

10 EuGH, Rs. C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto), NZA 2015, 345.

11 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 12a.

besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung, z. B. § 6 Arbeitszeitgesetz (ArbZG), beruhen¹². Weitere Entscheidungen des BAG bestätigen diese Haltung¹³.

Anders als das deutsche Recht enthält der *Code du travail* Informationen zur Mindestlohnwirksamkeit von Leistungen des Arbeitgebers. Nach Art. D3231-6 C. trav. sind Sachbezüge sowie Zulagen, die tatsächlich den Charakter von Lohnzuschlägen (*complément de salaire*) haben, mindestlohnwirksam. Beträge aus Kostenerstattung, gesetzliche Überstundenzuschläge und Fahrtkostenzuschüsse nimmt die Bestimmung dagegen ausdrücklich von einer Anrechenbarkeit auf den gesetzlichen Mindestlohn aus.

Näheren Aufschluss über die Mindestlohnwirksamkeit von Leistungen des Arbeitgebers in Frankreich geben staatliche Rundschreiben (*circulaires*) und die Rechtsprechung der *Cour de Cassation*.

Ein Rundschreiben des Ministers für Arbeit und soziale Sicherheit aus dem Jahr 1954 nimmt Zulagen von einer Anrechenbarkeit auf den Mindestlohn aus, die einen zufälligen und unvorhersehbaren Charakter haben¹⁴. Weitergehend ergibt sich aus diesem Rundschreiben, dass Prämien, die als Gegenleistung zur Arbeitsleistung zu sehen sind (Synallagma), stets mindestlohnwirksam sind¹⁵. Dem Kriterium des Synallagma folgt (inzwischen) auch die französische Rechtsprechung¹⁶.

III. Die Leistungen des Arbeitgebers im Einzelnen

Im Folgenden wird ein Überblick zur Frage der Mindestlohnwirksamkeit bestimmter Leistungen des Arbeitgebers in Deutschland und Frankreich gegeben.

In der noch jungen Rechtsprechung zum MiLoG finden sich bereits mehrere Entscheidungen des BAG zu Prämien, die als Gegenleistung für

12 BAG, NZA 2017, 378, 379.

13 BAG, DStR 2017, 2830, 2831; BAG, DStR 2018, 930, 931; krit. Sagan, Mindestlohnwirksame Vergütung: Grundlohn- vs. Entgelttheorie, Besprechung des Urteils BAG v. 21.12.2016 – 5AZR 374/16, RdA 2018, 121, 126.

14 Circulaire TR 9/54 du 28 octobre 1954 concernant l'application du décret n° 54-1003 du 9 octobre 1954 relatif à la revalorisation des salaires les plus bas, JORF v. 30.10.1954, S. 10260, abrufbar unter: https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JPDF3010195400010260&pageCourante=10260.

15 Heukenkamp, S. 235.

16 S. bspw. Cass. soc. 30.3.1994 - N° de pourvoi: 92-40531, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007225098>; Heukenkamp, S. 262.

die dem Berufsbild immanente Arbeitsleistung gezahlt und für mindestlohnwirksam gehalten werden. So ist eine Prämie, die der Arbeitgeber Kraftfahrern für das Sauberhalten ihres Fahrzeugs zahlt, geeignet, den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn zu erfüllen; es handelt sich um Aufgaben, die Teil der vom Arbeitnehmer zu verrichtenden Tätigkeiten sind¹⁷. Dasselbe gilt für eine „Leergutprämie“. Diese ist Gegenleistung für die ordnungsgemäße Abwicklung des von den Kunden zurückzugebenden Leerguts und unterliegt daher dem umfassenden Entgeltbegriff des MiLoG¹⁸. Auch im Falle einer „Nähprämie“, die ein Verkäufer neben seinem Grundentgelt für erbrachte Näharbeiten für Kunden erhält, hat das BAG entschieden, dass der Arbeitgeber mit der Zahlung die erbrachte Arbeitsleistung honoriert. Es handele sich nicht um eine zusätzliche Leistung außerhalb der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung. Die Nähprämie werde vielmehr als Gegenleistung für die Arbeitsleistung gezahlt und unterfalle daher dem Entgeltbegriff des MiLoG. Der Erfüllungswirkung steht nach Ansicht des BAG auch nicht entgegen, dass die Prämie jeweils lediglich zum Quartalsende gezahlt wird. Sie sei jedenfalls im Auszahlungsmonat mindestlohnwirksam¹⁹.

Das BAG hat auch entschieden, dass der Arbeitgeber den Mindestlohnanspruch nach § 1 Abs. 1 MiLoG durch die Zahlung einer „Leistungszulage“ erfüllen kann. In diesem dem Gericht vorliegenden Rechtsstreit ging es um eine Zulage, deren Höhe von der Anzahl der durch den Arbeitnehmer pro Stunde montierten Teile abhängig war. Nach Ansicht des BAG macht das MiLoG den Mindestlohnanspruch nicht von den mit der Arbeitsleistung verbundenen Erfolgen abhängig. Der Begriff der „Normalleistung“ habe auch keinen Eingang in den Wortlaut des MiLoG gefunden²⁰. Die „Leistungszulage“ sei eine im Synallagma stehende Geldleistung des Arbeitgebers. Mit ihrer Zahlung honoriere dieser die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung unterliege die Leistungszulage nicht.

In verschiedenen staatlichen Rundschreiben zur französischen Rechtslage wird eine Leistungszulage, die zusätzlich zum verstetigten Arbeitsentgelt für eine qualitativ oder quantitativ höhere Leistung gewährt wird (*pri-*

17 BAG, AP MiLoG § 1 Nr. 9.

18 BAG, AP MiLoG § 1 Nr. 9.

19 BAG, DSStR 2017, 2830, 2831.

20 BAG, NZA 2017, 1463.

me de rendement)²¹, als mindestlohnwirksam angesehen²². In (zwischenzeitlicher) Anwendung des Kriteriums des Synallagmas hält auch die Rechtsprechung in Frankreich eine Leistungszulage für berücksichtigungsfähig²³.

Erschwerniszulagen und andere an besondere Umstände der Arbeitsbringung anknüpfende Zuschläge wären nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn nach dem MiLoG anrechenbar, soweit entscheidend darauf abgestellt würde, dass eine regelmäßig über die Normalleistung des Arbeitnehmers hinausgehende Leistung zugrunde liegt²⁴. Das Kriterium der Normalleistung ist für die Frage der Mindestlohnwirksamkeit eines Vergütungsbestandteils nach aktueller Rechtsprechung jedoch, wie bereits ausgeführt, nicht entscheidend. Das BAG spricht sich daher in seinen Entscheidungen zu einer Wechselschichtzulage²⁵ und zu Sonn- und Feiertagszuschlägen²⁶ für deren Anrechnung auf den gesetzlichen Mindestlohn aus. Es handele sich bei diesen Leistungen grundsätzlich um im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachtes Arbeitsentgelt, das gerade für die tatsächliche Arbeitsleistung gewährt werde. Der gesetzliche Nachtarbeitszuschlag nach § 6 Abs. 5 ArbZG hingegen kann nach der Rechtsprechung des BAG aufgrund seiner besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden²⁷.

21 *Heukenkamp*, S. 233.

22 Circulaire TR 9/54 du 28 octobre 1954, a.a.O., S. 10260; Circulaire du 2 septembre 1957 concernant l'application de l'arrêté du 8 août 1957 portant relèvement du salaire minimum garanti, JORF v. 7.9.1957, S. 8694, abrufbar unter: https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?numJO=0&dateJO=19570907&numTexte=&pageDebut=08694&pageFin.

23 Cass. soc. 30.3.1994 - N° de pourvoi: 92-40531, a.a.O. (Prämie für erzielte Verkäufe). S. auch Cass. soc. 4.6.2002 - N° de pourvoi: 00-41140, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007044305&fastReqId=39422750&fastPos=1> (Prämie für Zielerreichung); Cass. soc. 14.11.2012 - N° de pourvoi: 11-14862, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026642825> (Tätigkeitszulage). Zur Entwicklung der Rspr. zur Leistungszulage in Frankreich s. *Heukenkamp*, S. 236 ff.

24 Vgl. ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 14; s. auch Gegenäußerung BReg. BT-Drs. 18/1558, 67.

25 BAG, NZA 2017, 378, 380.

26 BAG, NZA 2018, 781, 783.

27 BAG, NZA 2016, 1327, 1330; s. auch BAG, NZA 2019, 1013 zu aufgrund betrieblicher Übung gezahlten Nachtzuschlägen. Die Vorinstanz (LAG Hamm, DStR 2018, 367) hatte diese „Nachtzuschläge“ für während der Nachtzeit i. S. d. § 2 Abs. 3 ArbZG geleistete Arbeit (nicht Nachtarbeit i. S. d. § 2 Abs. 4 ArbZG) man-

Nach französischer Rechtslage sind Erschwerniszulagen bzw. -prämien (*majorations/ primes pour conditions particulières de travail*), z. B. Zulagen für besonders schwere oder gefährliche Arbeiten, Nachtarbeitszuschläge oder Sonn- und Feiertagszulagen, nicht mindestlohnwirksam²⁸.

Überstundenzuschläge sind nach einer zum AEntG vertretenen Auffassung bei der Erfüllung der Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung des Mindestlohns nicht zu berücksichtigen. § 2 Nr. 1 AEntG enthalte eine ausdrückliche Regelung zu Überstundensätzen; das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung würde daher verändert²⁹.

In der Literatur zum gesetzlichen Mindestlohn wird auf den Zusammenhang zwischen Arbeitsvergütung und Arbeitszeit abgestellt; irrelevant sei, wie bestimmte Vergütungsbestandteile bezeichnet würden. Die Erbringung von Überstunden und Vergütung mit entsprechenden Zuschlägen sei daher insoweit berücksichtigungsfähig, als das Zeitmaß des vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers mit durchschnittlicher Wochenarbeitszeit nicht überschritten werde³⁰.

Das BAG hat sich mit Urteil vom 25.4.2018 zur Mehrarbeit eines Arbeitnehmers dahingehend eingelassen, dass im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachtes zusätzliches Arbeitsentgelt für Mehrarbeit, das gerade für die tatsächliche Arbeitsleistung gewährt wird und einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung nicht unterliegt, mindestlohnwirksam ist³¹.

gels besonderer gesetzlicher Zweckbestimmung für mindestlohnwirksam gehalten.

28 Circulaire du 23 septembre 1950 relative à l'application aux travailleurs rémunérés mensuellement du décret n° 50-1029 du 23 août 1950 portant fixation du salaire minimum national interprofessionnel garanti, JORF v. 26. 9.1950, S. 10047, abrufbar unter: https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?numJO=0&dateJO=19500926

&numTexte=&pageDebut=10047&pageFin; Circulaire TR 9/54 du 28 octobre 1954, a.a.O., S. 10260; Circulaire du 2 septembre 1957, a.a.O, S. 8694; Cass. soc. 17.3.1988 - N° de pourvoi: 84-14494, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007020501>; Cass. soc. 29.3.1995 - N° de pourvoi: 93-41906, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007266935>.

29 *Koberski/Assboff/Winkler/Eustrup*, § 5 AEntG Rn. 13. S. die Darstellung bei ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 13.

30 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 13 unter Verweis auf BT-Drs. 18/1558, 28; a. A. *Riechert/Nimmerjahn*, Mindestlohngesetz, § 1 Rn. 126.

31 BAG, NZA 2018, 1145, 1148.

In Frankreich regelt ausdrücklich das Gesetz, dass gesetzliche Überstundenzuschläge (*majorations pour heures supplémentaires prévues par la loi*) nicht mindestlohnwirksam sind (Art. D3231-6 C. trav.).

Gewährt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Anwesenheitsprämie, handelt es sich nach deutscher Rechtsprechung regelmäßig um eine im Synallagma stehende Geldleistung, die zur Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohns geeignet ist³². Dabei stellt das BAG darauf ab, dass die Anwesenheitsprämie nicht für die bloße Anwesenheit im Betrieb gezahlt wird, sondern dafür, dass der jeweilige Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt. Die Prämie soll einen finanziellen Anreiz geben, auch bei (geringfügigen) gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu arbeiten und sich nicht krank schreiben zu lassen.

Hiervon unterscheidet sich die französische Rechtslage. Eine Anwesenheitsprämie (*prime d'assiduité*) ist danach grundsätzlich nicht mindestlohnwirksam³³. Auch nach französischem Recht würde sich aber ein Anderes ergeben, wenn die Prämie als Gegenleistung für die Arbeitsleistung und nicht für besonders geringe Fehlzeiten bzw. die regelmäßige Anwesenheit gezahlt würde.

Nicht mindestlohnwirksam sind in Frankreich grundsätzlich auch Dienstalterszulagen (*primes d'ancienneté*)³⁴. Diese werden nach einer bestimmten Zeit der Beschäftigung im Unternehmen gewährt³⁵. Die Zulagen sollen – wie auch die Anwesenheitsprämie – die Stabilität der Arbeitnehmer im Unternehmen belohnen; dieses Ziel würde nicht erreicht, wenn die Dienstalterszulagen mindestlohnwirksam wären.

Besitzstandszulagen sind geeignet, den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nach deutschem Recht zu erfüllen³⁶. In einem vom BAG entsprechend entschiedenen Rechtsstreit ging es um eine Zulage, die der Arbeitgeber an Arbeitnehmer als Teil der Entlohnung für geleistete Arbeit monatlich pauschal in gleichbleibender Höhe zum Ausgleich für die Ab-

32 BAG, NZA 2018, 525; BAG, AP MiLoG § 1 Nr. 9 („Immerda-Prämie“); vgl. ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 14.

33 Circulaire TR 9/54 du 28 octobre 1954, a.a.O., S. 10260; Circulaire du 2 septembre 1957, a.a.O., S. 8694; Cass. soc. 19.6.1996 - N° de pourvoi: 93-45958, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007315809&fastReqId=1604452427&fastPos=>.

34 Circulaire TR 9/54 du 28 octobre 1954, a.a.O., S. 10260; Circulaire du 2 septembre 1957, a.a.O., S. 8694; Cass. soc. 19.6.1996 - N° de pourvoi: 93-45958, a.a.O., st. Rspr.; vgl. *Heukenkamp*, S. 249.

35 *Heukenkamp*, S. 241.

36 BAG, NJW 2018, 1416; ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 14.

senkung vertraglich vereinbarter Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge unabhängig davon zahlte, ob und in welchem Umfang in den einzelnen Monaten Arbeit zu besonderen Zeiten anfiel.

Nach Auffassung der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren zum Tarifautonomiestärkungsgesetz³⁷, mit dem das MiLoG eingeführt wurde, können Einmalzahlungen wie Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zum Entsenderecht (nur) dann als Bestandteil des Mindestlohns gewertet werden, wenn der Arbeitnehmer den auf die Entsendezeit entfallenden anteiligen Betrag jeweils zu dem für den Mindestlohn maßgeblichen Fälligkeitsdatum tatsächlich und unwiderruflich ausbezahlt erhält³⁸.

Nach Ansicht des BAG im Jahre 2017 ist ein Urlaubsgeld, das zusätzlich zum Urlaubsentgelt gezahlt wird, nicht mindestlohnrelevant, weil es arbeitsleistungsunabhängige Zwecke verfolgt und nicht der Vergütung geleisteter Arbeit dient³⁹. Anhand dieses Maßstabs werden künftig Einmalzahlungen des Arbeitgebers zu bewerten sein⁴⁰.

Eine Einmalzahlung ist nach französischer Rechtslage mindestlohnwirksam und wird in dem Monat bzw. den Monaten berücksichtigt, in dem bzw. denen sie zum Fälligkeitszeitpunkt gezahlt wird⁴¹.

Anders als in Deutschland spielt in Frankreich die Frage eine wichtige Rolle, ob eine Beteiligung der Arbeitnehmer am Gewinn des Unternehmens (*prime de résultat, participation aux bénéfices, pourcentage sur les chiffres d'affaires*⁴²) mindestlohnwirksam ist. Auch hierzu verhalten sich staatliche Rundschreiben. Danach ist eine Anrechenbarkeit auf den Mindestlohn zu verneinen⁴³. Zu demselben Ergebnis kommt die französische Rechtsprechung⁴⁴. Die Gewinnbeteiligung wird losgelöst von der individuellen Leis-

37 BGBl. I 2014, 1348.

38 Gegenäußerung BReg. BT-Drs. 18/1558, 67; differenziert ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 15 bezogen auf die bereits o.g. Rs. Isbir: „Vor diesem Hintergrund wird man auch Einmalzahlungen, die ledigl. den Wert der Arbeitsleistung entgelten sollen, grds. auf den Mindestlohn anrechnen können“.

39 BAG, NZA 2018, 53, 54 f. Rn. 17; *Lakies*, MiLoG, § 1 Rn. 50.

40 A. A. BeckOK ArbR/Greiner MiLoG § 1 Rn. 32a.

41 *Heukenkamp*, S. 273, 262 ff. m. w. N. aus staatlichen Rundschreiben und Rechtsprechung.

42 Zu den Begriffen s. *Heukenkamp*, S. 255.

43 S. zuletzt Circulaire du 2 septembre 1957, S. 8694 f., a.a.O.

44 Cass. soc. 31.5.2011 - N° de pourvoi: 09-69553, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024122964>, zu einem tariflichen Mindestlohn.

tung des Arbeitnehmers gezahlt, stellt also keine Gegenleistung für dessen Arbeit dar⁴⁵.

Reisekostenerstattung, Aufwandsentschädigungen und sonstiger Aufwendungsersatz durch den Arbeitgeber stellen nach deutscher Rechtslage keine Gegenleistung für die Arbeitsleistung dar und können daher nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden; ein sog. Wegegeld hingegen kann auf den Mindestlohn angerechnet werden, wenn es als echter Entgeltbestandteil für die zur Zurücklegung des Wegs erforderliche Zeit bezahlt wird⁴⁶.

Wie bereits ausgeführt, nimmt der *Code du travail* in Art. D3231-6 Beträge aus Kostenerstattung (*sommes versées à titre de remboursement de frais*) und den Fahrtkostenzuschuss (*prime de transport*) ausdrücklich von einer Anrechenbarkeit auf den gesetzlichen Mindestlohn aus. Kostenerstattung ist Ersatz für vom Arbeitnehmer getätigte Aufwendungen im Zusammenhang mit seinem Arbeitsverhältnis⁴⁷.

Im deutschen Recht sind Sachbezüge nach Maßgabe des § 107 Abs. 2 GewO auf den gesetzlichen Mindestlohn anrechenbar⁴⁸. Allerdings bleibt hierfür wegen § 107 Abs. 2 S. 5 GewO tatsächlich wenig Raum, da der unpfändbare Teil des Arbeitseinkommens in Geld ausbezahlt werden muss⁴⁹.

Nach Art. D3231-6 C. trav. sind Sachbezüge (*avantages en nature*) grundsätzlich mindestlohnwirksam. Ein garantiertes Minimum (*minimum garanti*) in Höhe von 3,62 EUR⁵⁰ darf gemäß Art. L3231-12 C. trav. jedoch nicht unterschritten werden.

45 Heukenkamp, S. 261.

46 Vgl. BT-Ausschuss Arbeit und Soziales BT-Drs. 18/2010, 15; ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 17.

47 Cass. soc. 25.2.1998 - N° de pourvoi: 95-44096, 96-40144, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040389&fastReqId=802034010&fastPos=1>; Cass. crim. 7.11.1989 - N° de pourvoi: 88-82133, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007064355>.

48 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 6; Weigert, NZA 2017, 745, 750; Heukenkamp, S. 436; a. A. Lembke, Das Mindestlohngesetz und seine Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis, NZA 2015, 70, 75.

49 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 6; Lakies, MiLoG, § 1 Rn. 57 ff.

50 Décret n° 2018-1173 du 19 décembre 2018 portant relèvement du salaire minimum de croissance, Art. 2, JORF Nr. 0294 v. 20.12.2018, Text Nr. 47.

IV. Exkurs: Zur Mindestlohnwirksamkeit der Leistungen Dritter

Unterschiedlich ist die Rechtslage in Deutschland und Frankreich zur Frage der Mindestlohnwirksamkeit von Bedienungsgeldern und Trinkgeldern.

Das Bedienungsgeld, das als prozentualer Aufschlag auf die Preise erhoben werden kann⁵¹, ist im deutschen Recht als Verbindlichkeit des Gastes gegenüber dem Arbeitgeber nicht mindestlohnwirksam⁵². Auch das vom Gast ohne rechtliche Verpflichtung an den Arbeitnehmer gezahlte Trinkgeld (vgl. § 107 Abs. 3 S. 2 GewO) ist nicht mindestlohnwirksam⁵³. Es stellt kein Arbeitsentgelt dar. Allenfalls wäre eine individualvertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Anrechnung des Trinkgeldes auf den gesetzlichen Mindestlohn denkbar⁵⁴.

Aus Art. L3244-2 i. V. m. Art. L3244-1 C. trav. ergibt sich, dass Trinkgelder und Bedienungsgelder (*pourboires*) grundsätzlich mindestlohnwirksam sind.

V. Fazit

In der – gemessen an der französischen Mindestlohntradition – kurzen Zeit des Bestehens einer deutschen Mindestlohngesetzgebung ist bereits eine intensive Auseinandersetzung mit der Frage erfolgt, welche Leistungen des Arbeitgebers mindestlohnwirksam, d. h. auf den Mindestlohnanspruch anzurechnen, sind. Das BAG hat die hierzu im Gesetzgebungsverfahren getroffenen, aber nicht im MiLoG kodifizierten Aussagen weiterentwickelt bzw. modifiziert. Von den im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis zu erbringenden Entgeltzahlungen des Arbeitgebers fehlt danach nur solchen die Erfüllungswirkung, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen⁵⁵. In

51 ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 507.

52 Heukenkamp, S. 436.

53 Lakies, MiLoG, § 1 Rn. 51; Sagan, „Stimmt so!“ – Die Anrechnung von Trinkgeld auf den gesetzlichen Mindestlohn, NJW 2019, 1977, 1982; Heukenkamp, S. 34, 436; differenziert: Wobst, Mindestlohn und Trinkgeld, RdA 2016, 110, 114.

54 Heukenkamp, S. 34, 436.

55 BAG, NZA 2017, 378, 379; BAG, DSStR 2017, 2830, 2831; BAG, DSStR 2018, 930, 931.

vielen Fällen bejaht das BAG nach dieser Formel die Mindestlohnwirksamkeit von Leistungen des Arbeitgebers.

Anders als das MiLoG trifft der *Code du travail* Aussagen zur Mindestlohnwirksamkeit bestimmter Leistungen des Arbeitgebers. Nähere Ausführungen zur Rechtslage in Frankreich finden sich in staatlichen Rundschreiben und der Rechtsprechung. Danach können Leistungszulagen (*primes de rendement*) sowie – unter bestimmten Voraussetzungen – Einmalzahlungen, wie ein Weihnachtsgeld, auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet werden.

Wenngleich sich in Deutschland und Frankreich teilweise abweichende Ergebnisse bei der Antwort auf die hier untersuchte Frage zeigen, so ist doch der Zweck des gesetzlichen Mindestlohns in Deutschland und Frankreich jedenfalls vergleichbar, was die Bedürfnissicherung angeht⁵⁶. Durch die Einführung eines allgemeinen Mindestlohns in Deutschland sollten Arbeitnehmer vor niedrigsten Löhnen geschützt werden, die branchenübergreifend als generell unangemessen anzusehen sind. Der Mindestlohn trägt zugleich dazu bei, dass der Wettbewerb zwischen den Unternehmen nicht zu Lasten der Arbeitnehmer durch die Vereinbarung immer niedrigerer Löhne, sondern um die besseren Produkte und Dienstleistungen zustande kommt⁵⁷. Nach Art. L3231-2 C. trav. sichert der SMIC den Arbeitnehmern, deren Vergütung am geringsten ist, eine Kaufkraftgarantie. Hinzu kommt nach dem französischen Gesetzeszweck eine Teilhabe an der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes.

Abzuwarten bleibt, wie sich die Anwendung des MiLoG in Deutschland in den kommenden 65 Jahren entwickeln wird. Im Jahre 2020 wird das Gesetz zunächst einmal evaluiert (§ 23 MiLoG).

⁵⁶ Heukenkamp, S. 433.

⁵⁷ BT-Drs. 18/1558, 28.

