



Ausarbeitung

Einschränkung, Vereinfachung und Abwandlung der Dokumentationspflichten der Arbeitgeber von geringfügig Beschäftigten
Rechtsverordnungen nach § 17 Abs. 3 und 4 MiLoG



Einschränkung, Vereinfachung und Abwandlung der Dokumentationspflichten der Arbeitgeber von geringfügig Beschäftigten

Rechtsverordnungen nach § 17 Abs. 3 und 4 MiLoG

[REDACTED]

[REDACTED]

Aktenzeichen:

WD 6 - 3000 - 247/14

Abschluss der Arbeit:

22. Dezember 2014

Fachbereich:

WD 6: Arbeit und Soziales

[REDACTED]

[REDACTED]

Inhaltsverzeichnis

1.	Dokumentationspflichten des Arbeitgebers nach dem Mindestlohngesetz	4
2.	Rechtsetzungsermächtigung nach § 17 Abs. 3 und 4 MiLoG	4
3.	Gesetzeskonkretisierung durch Rechtsverordnung	5
4.	Einschränkungsmöglichkeit nach § 17 Abs. 3 MiLoG	6
4.1.	Einschränkung hinsichtlich bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern	8
4.2.	Einschränkung hinsichtlich der Wirtschaftsbereiche oder der Wirtschaftszweige	8
5.	Einschränkungsmöglichkeit nach § 17 Abs. 4 MiLoG	10
5.1.	Verordnung zur Abwandlung der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung nach dem Mindestlohngesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz	12
5.2.	Einschränkungs Voraussetzungen des § 17 Abs. 4 MiLoG	13
5.3.	Ausgestaltung einer Einschränkung der Dokumentationspflicht	14

1. Dokumentationspflichten des Arbeitgebers nach dem Mindestlohngesetz

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (MiLoG)¹ ist ein Arbeitgeber, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer² nach § 8 Abs. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (geringfügig Beschäftigte) oder in den in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) genannten Wirtschaftsbereichen oder Wirtschaftszweigen beschäftigt,³ ab 1. Januar 2015 verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit dieser Arbeitnehmer spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt aufzubewahren. § 17 Abs. 1 Satz 1 MiLoG gilt entsprechend für einen Entleiher, dem ein Verleiher einen oder mehrere Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung in einem der in § 2a SchwarzArbG genannten Wirtschaftszweige überlässt. Eine Ausnahme gilt nur für Beschäftigungsverhältnisse nach § 8a SGB IV (geringfügige Beschäftigung im Privathaushalt).

Die Arbeitgeber haben die für die Kontrolle der Einhaltung der Verpflichtungen nach § 20 i.V.m. § 2 MiLoG erforderlichen Unterlagen im Inland in deutscher Sprache für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Geltungsbereich dieses Gesetzes, mindestens für die Dauer der gesamten Werk- oder Dienstleistung, insgesamt jedoch nicht länger als zwei Jahre, bereitzuhalten. Auf Verlangen der Prüfbehörde sind die Unterlagen auch am Ort der Beschäftigung bereitzuhalten.

2. Rechtsetzungsermächtigung nach § 17 Abs. 3 und 4 MiLoG

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann gemäß § 17 Abs. 3 MiLoG durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Dokumentationspflichten nach § 17 Abs. 1 und 2 MiLoG hinsichtlich bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern oder der Wirtschaftsbereiche oder Wirtschaftszweige *einschränken* oder *erweitern*.

Des Weiteren kann das Bundesministerium der Finanzen nach § 17 Abs. 4 MiLoG durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen, wie die Verpflichtung des Arbeitgebers, die tägliche Arbeitszeit bei ihm beschäftigter Arbeitnehmer aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen aufzubewahren, *vereinfacht* oder *abgewandelt* werden kann, sofern Besonderheiten der zu erbringenden

1 Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns vom 11. August 2014, BGBl. I S. 1348.

2 Im Folgenden wird zur besseren Lesbarkeit nur noch der Begriff des Arbeitnehmers verwendet. Von diesem sind ausdrücklich auch weibliche Beschäftigte erfasst.

3 Dies sind das Baugewerbe, das Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, das Personenbeförderungsgewerbe, das Speditions-, Transport- und damit verbundene Logistikgewerbe, das Schaustellergewerbe, die Unternehmen der Forstwirtschaft, das Gebäudereinigungsgewerbe sowie die Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen beteiligen und die Fleischwirtschaft.

Werk- oder Dienstleistungen oder Besonderheiten des jeweiligen Wirtschaftsbereiches oder Wirtschaftszweiges dies erfordern.

3. Gesetzeskonkretisierung durch Rechtsverordnung

Die Rechtsgrundlage für den Erlass von Verordnungsermächtigungen ist Art. 80 GG, welcher die Rechtsetzung durch die Exekutive auf der Grundlage eines Gesetzes regelt.⁴

Gemäß Art. 80 Abs. 1 GG können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen durch ein Gesetz ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen *Inhalt, Zweck* und *Ausmaß* der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben (Zitiergebot). Ist durch das Gesetz vorgesehen, dass eine Ermächtigung weiter übertragen werden kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung.

Rechtsverordnungen haben eine sehr große praktische Bedeutung.⁵ Dies zeigt sich an dem Umstand, dass beispielsweise auf Bundesebene in der 16. Wahlperiode 1.516 Rechtsverordnungen, aber nur 613 Gesetze in Kraft traten.⁶

Art. 80 GG selbst enthält Anforderungen an Rechtsverordnungen und an die diesen zugrunde liegenden Ermächtigungsgrundlagen. Die Norm bezieht sich dabei nur auf Rechtsverordnungen, die auf einer bundesgesetzlichen Ermächtigung beruhen.⁷

Adressat einer bundesgesetzlichen Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung können nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen sein. Satz 2 formuliert daran anschließend die Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage der Rechtsverordnung. Wie bereits festgestellt, muss die Ermächtigungsgrundlage Inhalt, Zweck und Ausmaß der zu erteilenden Ermächtigung bestimmen. Bei unbefangener Betrachtung des Wortlauts bedeutet dies, dass das die Exekutive zum Verordnungserlass ermächtigende Gesetz angeben muss, welche Sachfragen (Inhalt) in welchem Umfang (Ausmaß) und mit welcher Zielrichtung (Zweck) von der Exekutive durch Verordnung geregelt werden können oder müssen.⁸ Jedoch reicht es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus, wenn sich

4 REMMERT, Barbara, in Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, 70. EL Dezember 2013, Rn.32.

5 SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift, in: Festschrift für Klaus Vogel, 2000, S. 477ff. (477).

6 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Tabelle 4.11.1 und 4.11.2, in: Statistisches Jahrbuch 2011, S. 111. Die Relation ähnelt den Verhältnissen in den Wahlperioden zuvor: 14. Wahlperiode: 549 Gesetze, 1515 Rechtsverordnungen; 15. Wahlperiode: 385 Gesetze, 968 Rechtsverordnungen

7 REMMERT, Barbara, in Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, 70. EL Dezember 2013, Rn. 4.

8 Vgl. REMMERT, Barbara, in Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, 70. EL Dezember 2013, Rn. 63.

Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der ermächtigenden Norm, aber im Wege ihrer Auslegung aus dem Kontext des gesamten Gesetzes hinreichend bestimmt ergeben.⁹ Eine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen ist danach nach Inhalt, Zweck und Ausmaß ausreichend gesetzlich bestimmt, wenn der Bürger schon nach dem Gesetz hinreichend deutlich vorhersehen kann, in welchen Fällen auf Grund der Ermächtigung Verordnungen erlassen werden können und welchen Inhalt diese haben können.¹⁰

Das Vorliegen einer gesetzlichen Ermächtigung ist schließlich für jede Rechtsverordnung konstitutiv.¹¹ Ein Gesetz kann jedoch nur Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsverordnung sein, wenn es nicht selbst wegen eines Verstoßes gegen das Grundgesetz nichtig ist.¹² Eine Rechtsverordnung, die sich auf eine nichtige Ermächtigungsgrundlage stützt, ist daher ebenfalls nichtig.¹³

4. Einschränkungsmöglichkeit nach § 17 Abs. 3 MiLoG

§ 17 Abs. 3 MiLoG bestimmt die Möglichkeit der Erweiterung oder Einschränkung der Dokumentationspflichten des Arbeitgebers nach § 17 Abs. 1 und 2 MiLoG im Hinblick auf „bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern“, „Wirtschaftsbereiche“ oder „Wirtschaftszweige.“

§ 17 Abs. 3 MiLoG hatte im Gesetzesentwurf zunächst folgenden Wortlaut:

„Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Verpflichtungen des Arbeitgebers nach § 16 und den Absätzen 1 und 2 hinsichtlich der Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder der Wirtschaftsbereiche oder den Wirtschaftszweigen einschränken oder erweitern.“¹⁴

Der Ausschuss für Arbeit und Soziales empfahl in seinem Abschlussbericht jedoch § 17 Abs. 3 MiLoG zu ändern. So sollte nach dem Wort „hinsichtlich“ das Wort „der“ durch das Wort „bestimmter“ ersetzt werden.¹⁵ Diese Empfehlung hat in dem letztlich verabschiedeten Gesetzestext seinen Niederschlag erfahren.

§ 17 Abs. 3 MiLoG erlaubt es dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales als Verordnungsgeber, die Dokumentations- und Vorhaltepflcht des Arbeitgebers aus den Absätzen 1 und 2 des

9 Vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 7. September 1987, Az.: 1 BvR 103/87 m.w.N.

10 BVerfG, Beschluss vom 13. Oktober 1970, Az.: 2 BvR 618/68.

11 REMMERT, Barbara, in Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, 70. EL Dezember 2013, Rn. 49.

12 REMMERT, Barbara, in Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, 70. EL Dezember 2013, Rn. 55.

13 BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1960, Az.: 1 BvR 190/53.

14 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie, Bundestagsdrucksache 18/1558 v. 28. Mai 2014, S. 13.

15 Bundestagsdrucksache 18/2010 (neu) vom 2. Juli 2014, S. 4f.

§ 17 MiLoG hinsichtlich bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern oder der Wirtschaftsbereiche oder Wirtschaftszweige einzuschränken oder zu erweitern. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 17 MiLoG kann nach der Gesetzesbegründung erfolgen, sofern die besonderen Anforderungen für eine Gruppe oder einen Wirtschaftsbereich „auf Grund besonderer Umstände nicht mehr“ vorliegen.¹⁶

Dem Wortlaut von § 17 Abs. 3 MiLoG nach ist durch die Rechtsverordnung nur eine generelle Einschränkung der Dokumentationspflicht möglich. Es geht damit zunächst nur um das „ob“ der Dokumentation, nicht um das „wie“ der Dokumentationspflicht. Bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern, Wirtschaftsbereiche oder Wirtschaftszweige können somit von Anwendungsbereich des § 17 MiLoG in Gänze ausgeschlossen werden.

Geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer gehören zu der Gruppe von Beschäftigten, deren Bruttolöhne sich durch den Mindestlohn am stärksten erhöhen werden. Zukünftig ist die Zahl der Arbeitsstunden begrenzt, wenn der Status der geringfügigen Beschäftigung beibehalten werden soll. Auf Grund der statusrechtlich relevanten Verdienstobergrenze kommt der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit eine besondere Bedeutung zu. Für kurzfristig Beschäftigte hat die Aufzeichnung der Arbeitszeit, insbesondere die Zahl der gearbeiteten Tage, auf Grund der sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen ebenfalls eine besondere Bedeutung.¹⁷

Schon um diesen Gesetzeszweck nicht zu gefährden, wird eine Einschränkung der Dokumentationspflichten nur mit Zurückhaltung möglich sein. Auch muss die Verordnungsermächtigung des § 17 Abs. 3 MiLoG grundsätzlich wegen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses eng ausgelegt werden.¹⁸

Weitere Konkretisierungen, beispielhafte Aufzählungen oder Voraussetzungen einer Einschränkung enthält der Gesetzeswortlaut selbst nicht. In diesem Zusammenhang erklärt jedoch die Gesetzesbegründung: Durch die Formulierung „bestimmter Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern“ sollte klargestellt werden, dass die Möglichkeit, die Dokumentationspflichten im Sinne größerer Flexibilität spezifischen Bedürfnissen der Praxis anzupassen, nicht nur hinsichtlich der verschiedenen Formen der geringfügigen Beschäftigung, sondern auch bezüglich weiterer Arbeitnehmergruppen (*etwa leitende Angestellte*) gegeben ist.¹⁹

16 Bundestagsdrucksache 18/1558 vom 28. Mai 2014, S. 41.

17 Bundestagsdrucksache 18/1558 vom 28. Mai 2014, S. 41.

18 Vgl. ENGEL, Susanne, in: NomosKommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 21b JArbSchG, Rn. 13, zu der Verordnungsermächtigung in § 21b JArbSchG.

19 Bundestagsdrucksache 18/2010 (neu) vom 2. Juli 2014, S. 23.

4.1. Einschränkung hinsichtlich bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern

Hinsichtlich der Einschränkung der Dokumentationspflichten bezüglich „bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern“ liegt es nach der Gesetzesbegründung daher nahe, tatsächlich auf die Spezifika der jeweiligen „Arbeitnehmer-Gruppe“ und nicht auf die möglichen Besonderheiten auf Seiten der Arbeitgeber abzustellen.

Eine Einschränkung

- für Arbeitgeber mit einer sehr geringen Anzahl von Beschäftigten,
- für Arbeitszeiten, in denen sich der Arbeitgeber an einem anderen Ort als der geringfügig Beschäftigte aufhält,
- der Arbeitgeber die Angaben des geringfügig Beschäftigten daher nicht aus eigener Kenntnis dokumentieren kann und
- kein leitendes Personal zur Verfügung steht, dem die Dokumentationspflicht übertragen werden kann,

kann unter diese Tatbestandsvoraussetzung damit wohl eher nicht subsumiert werden, denn dann würde lediglich auf bestimmte Besonderheiten auf Arbeitgeberseite abgestellt.

In diesem Zusammenhang hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales einen Entwurf zur Einschränkung der Dokumentationspflichten des § 17 Abs. 1 MiLoG vorgelegt, wonach zunächst Führungskräfte von einer solchen Pflicht ausgenommen werden sollten. Dieser Entwurf einer Mindestlohndokumentationspflichten-Einschränkungs-Verordnung (MiLodokEV) wurde nun dahingehend geändert, dass alle Arbeitnehmer, die in den in § 2a SchwarzArbG genannten Wirtschaftsbereichen oder Wirtschaftszweigen tätig sind und über einen bestimmten Schwellenwert verdienen (der voraussichtlich bei 2.958,00 EUR liegen wird), von der Dokumentationspflicht ausgenommen werden. Die Verordnung soll voraussichtlich über den Jahreswechsel verkündet werden.²⁰

4.2. Einschränkung hinsichtlich der Wirtschaftsbereiche oder der Wirtschaftszweige

Möglicherweise lassen sich die benannten Besonderheiten jedoch im Rahmen von Ausnahmen für „Wirtschaftsbereiche“ oder „Wirtschaftszweige“ berücksichtigen.

Bei beiden Begriffen handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die gesetzlich nicht definiert werden. Es stellt sich damit die Frage, wie diese Begriffe auszulegen sind. Es bietet sich –

20 Artikel der Süddeutschen Zeitung vom 17. Dezember 2014 sowie Angaben des BMAS nach telefonischer Nachfrage.

mangels einer gesetzlichen Definition – an, sich bei der Auslegung an anderen, bereits existierenden Gesetzen zu orientieren.

In der Gesetzesbegründung zum Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG)²¹ ging der Gesetzgeber von einer weiten Auslegung aus. „Wirtschaftszweige“ umfassten danach Gewerbe und Tätigkeiten.²²

In § 2a SchwarzArbG sind als Wirtschaftsbereiche bzw. –zweige das Baugewerbe, das Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, das Personenbeförderungsgewerbe, das Speditions-, Transport- und damit verbundene Logistikgewerbe, das Schaustellergewerbe, die Unternehmen der Forstwirtschaft, das Gebäudereinigungsgewerbe, die Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen beteiligen sowie die Fleischwirtschaft benannt.

Auch in der GewO wird der Begriff des „Wirtschaftszweiges“ verwendet. Dort hängt der Begriff von der jeweiligen Kategorisierung in Bezug auf Herstellung, Verwendung und Nachfrage ab. Zudem dürfte die Einordnung auch von der Spezialisierung des Angebots bzw. des Besucherkreises bestimmt werden.²³ Die vom Statistischen Bundesamt jährlich publizierte Systematik der Wirtschaftszweige bietet – zumindest für die Gewerbeordnung – entsprechende Anhaltspunkte.²⁴

Der Begriff des „Wirtschaftszweiges“ wird ebenfalls in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG verwendet. Für diese Vorschrift wird der Begriff des „Wirtschaftszweiges“ im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs zu verstehen und weit auszulegen sein.²⁵ Danach kann der Begriff im MiArbG wie auch im AÜG über den fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages hinaus reichen.²⁶ Ein Wirtschaftszweig kann daher auch eine Gruppe von Unternehmen sein, welche ähnliche Produkte herstellen oder ähnliche Dienstleistungen erbringen, ohne zugleich auch bereits eine Branche zu bilden.²⁷

Für Arbeitgeber mit einer sehr geringen Anzahl von Beschäftigten erscheint zunächst kein sachlicher Grund, warum ihm eine Dokumentation nicht möglich sein soll. Denn gerade dann scheint sich der Dokumentationsaufwand in einem geringem Umfang zu bewegen. Auch wurde durch

21 Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) vom 11. Januar 1952 (BGBl. I S. 17), welches am 16. August 2014 außer Kraft trat und durch das MiLoG ersetzt wurde.

22 Bundestagsdrucksache 16/10485 vom 7. Oktober 2008, S. 8.

23 KOOPMANN, Hans-Martin, in: Beck'scher Online-Kommentar, Stand 1. Juli 2014, Edition: 28, GewO § 64 Rn. 17.

24 Statistisches Bundesamt [Hrsg.]: Fachserie 15, Wirtschaftsrechnungen, Reihe 1, Einnahmen und Ausgaben ausgewählter privater Haushalte.

25 WANK, Rolf, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 1 AÜG, Rn. 54.

26 WANK, Rolf, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 1 AÜG, Rn. 54.

27 GUSSEN, Heinz, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, MiArbG [aK], Stand 1. September 2014, Edition: 33, § 1 Rn. 12.

den vom Gesetz vorgegeben Zeitraum von sieben Tagen für die Erfüllung der Pflicht zur Aufzeichnung – laut der Gesetzesbegründung – bereits den „Bedürfnissen der betrieblichen Praxis nach Flexibilität Rechnung getragen.“²⁸

Als Grund für eine Einschränkung der Dokumentationspflicht könnte jedoch in Betracht kommen, dass der Arbeitgeber eines *bestimmten Wirtschaftszweiges* aus tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, den Dokumentationspflichten nach § 17 MiLoG nachzukommen, etwa weil er sich über den Zeitraum von sieben Tagen hinaus an einem anderen Ort als der geringfügig Beschäftigte aufhält und ihm auch kein leitendes Personal zur Verfügung steht, dem die Dokumentationspflicht übertragen werden kann. Denn nach dem Gesetzestext und der Gesetzesbegründung müssen gerade die besonderen Anforderungen für den Wirtschaftsbereich „auf Grund besonderer Umstände nicht mehr“ vorliegen.²⁹

Schließlich muss bei jeder Ausnahmeregelung der Gesetzeszweck berücksichtigt werden. Denn die geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer, deren Bruttolöhne sich durch den Mindestlohn am stärksten erhöhen werden, sollen durch die Dokumentation von Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit geschützt werden. Dieser Zweck ist mit den Interessen der Arbeitgeber an einem möglichst geringen Verwaltungsaufwand und geringsten Kosten in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

5. Einschränkungsmöglichkeit nach § 17 Abs. 4 MiLoG

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung³⁰ fand sich der in der verkündeten Fassung des MiLoG enthaltene § 17 Abs. 4 zunächst nicht. Der Ausschuss für Arbeit und Soziales empfahl in seinem Abschlussbericht, einen Absatz 4 mit dem Wortlaut

„Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen, wie die Verpflichtung des Arbeitgebers, die tägliche Arbeitszeit bei ihm beschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen aufzubewahren, vereinfacht oder abgewandelt werden kann, sofern Besonderheiten der zu erbringenden Werk- oder Dienstleistungen oder Besonderheiten des jeweiligen Wirtschaftsbereiches oder Wirtschaftszweiges dies erfordern“

in den Gesetzentwurf aufzunehmen.³¹

28 Bundestagsdrucksache 18/1558 vom 28. Mai 2014, S. 41.

29 Bundestagsdrucksache 18/1558 vom 28. Mai 2014, S. 41.

30 Bundestagsdrucksache 18/1558 vom 28. Mai 2014.

31 Bundestagsdrucksache 18/2010 (neu) vom 2. Juli 2014, S. 5.

Die zusätzlich angefügte Verordnungsermächtigung soll es dem Bundesministerium der Finanzen ermöglichen, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Art und Weise der Erfüllung der Dokumentationspflichten im Sinne größerer Flexibilität spezifischen Bedürfnissen der Praxis anzupassen, wenn Besonderheiten der zu erbringenden Werk- oder Dienstleistungen oder Besonderheiten des jeweiligen Wirtschaftsbereiches oder Wirtschaftszweiges im Hinblick auf ihre Kontrollsituation dies erfordern.³²

§ 17 Abs. 4 MiLoG regelt damit – im Gegensatz zu Absatz 3 – nicht das „ob“ der Dokumentationspflicht, sondern die Frage, „wie“ die bestehenden Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers vereinfacht oder abgewandelt werden können.

Eine vergleichbare Regelung enthält beispielsweise auch § 17b Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Nach § 17b Nr. 3 AÜG kann das Bundesministerium der Finanzen durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen, wie das Meldeverfahren des § 17 Abs. 1 AÜG vereinfacht oder abgewandelt werden kann. Auch § 18 Abs. 5 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) ermächtigt das Bundesministerium der Finanzen zum Erlassung einer solchen Rechtsverordnung.

Die Gesetzesbegründung des § 17b AÜG verweist auf die Verordnungsermächtigung des § 18 Abs. 5 und 6 AEntG. Die Norm des § 18 Abs. 5 AEntG wiederum entspricht dem früheren § 3 AEntG a.F. Einzig geändert wurde, dass nunmehr die Rechtsverordnungen vom Bundesministerium der Finanzen im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales erlassen werden können.³³ Nach der Gesetzesbegründung des § 3 AEntG a.F. sollte die Verordnungsermächtigung dazu dienen, Meldevorschriften auch künftig zeitnah sinnvoll auszugestalten. Dafür sollte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Einvernehmen mit dem für die Kontrollbehörden federführenden Bundesministerium der Finanzen vom bisherigen Standardmodell der Meldepflicht abweichende Bestimmungen treffen können, mit denen den Besonderheiten der Branche und ihrer Kontrollsituation und dem auch europarechtlich relevanten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden können.³⁴

Im Rahmen der Verordnungsermächtigung des § 17 Abs. 4 MiLoG muss – wie auch bei Absatz 3 – zum einen beachtet werden, dass Ausnahmen von der Regel getroffen werden sollen und § 17 Abs. 4 MiLoG dementsprechend eng auszulegen ist. Zum anderen muss der Schutzzweck des Gesetzes gewahrt bleiben.

32 Bundestagsdrucksache 18/2010 (neu) vom 2. Juli 2014, S. 24.

33 Bundestagsdrucksache 16/10486 vom 7. Oktober 2008.

34 Bundestagsdrucksache 16/3064 vom 20. Oktober 2006.

5.1. Verordnung zur Abwandlung der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung nach dem Mindestlohngesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz

Das Bundesministerium der Finanzen teilte am 19. November 2014 mit, dass von der Verordnungsermächtigung des § 17 Abs. 4 MiLoG Gebrauch gemacht wird. Mit der Verordnung zur Abwandlung der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung nach dem Mindestlohngesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (MiLoAufzV)³⁵ soll die Dokumentationspflicht vereinfacht werden. Für Arbeitnehmer

1. mit ausschließlich mobilen Tätigkeiten,
2. die keinen Vorgaben zu konkreten täglichen Arbeitszeit (Beginn und Ende) unterliegen und
3. die sich ihre tägliche Arbeitszeit eigenverantwortlich einteilen,

entfällt danach die Pflicht zur Aufzeichnung von Beginn und Ende der Arbeitszeit. Liegen diese drei Voraussetzungen vor, genügt der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 1 MiLoAufzV seiner Aufzeichnungspflicht, wenn für diese Arbeitnehmer lediglich die Dauer der tatsächlichen täglichen Arbeitszeit aufgezeichnet wird.

Unter den mobilen Tätigkeiten sind nach § 1 Abs. 2 MiLoAufzV solche Tätigkeiten zu verstehen, die nicht an Beschäftigungsorte gebunden sind. Eine ausschließlich mobile Tätigkeit liegt danach insbesondere bei der Zustellung von Briefen, Paketen und Druckerzeugnissen, der Abfallsammlung, der Straßenreinigung, dem Winterdienst, dem Gütertransport und der Personenbeförderung vor. Arbeitnehmer unterliegen im Sinne des Absatzes 1 keinen Vorgaben zur konkreten täglichen Arbeitszeit, wenn die Arbeit lediglich innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens geleistet werden muss, ohne dass die konkrete Lage (Beginn und Ende) der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber festgelegt wird.

Diese Erleichterungen sollen nur für einen sehr kleinen Kreis von Fällen gelten, wie zum Beispiel für Zeitungszusteller und Kurierdienste. Sie gelten laut einer Pressemitteilung des Bundesministeriums der Finanzen z.B. nicht für die Baubranche oder das Transport- und Gaststättengewerbe.³⁶

Schon vor In-Kraft-Treten der Verordnung wurde seitens der Gewerkschaften bereits Kritik geübt. So sei es „nicht ersichtlich, woran bei einer Tätigkeit im Bereich der Straßen- oder Stadtreinigung oder der Personenbeförderung eine präzise Erfassung des Beginns und des Endes der täglichen Arbeitszeit scheitern sollte.“ Auch seien „pauschale Angaben über die Dauer der täglichen

35 BGBl. I 2014, S. 1824, Verordnung zur Abwandlung der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung nach dem Mindestlohngesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 26. November 2014.

36 Pressemitteilung des Bundesministeriums der Finanzen Nr. 49 vom 19. November 2014, abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2014/11/2014-11-19-PM49.html> [Abruf: 16. Dezember 2014].

Arbeitszeit ohne Anhaltspunkte für dessen Lage“ nicht nachvollziehbar und würden „Manipulationen Tür und Tore“ öffnen.³⁷

5.2. Einschränkungsvoraussetzungen des § 17 Abs. 4 MiLoG

Wie bereits dargelegt, muss die Verordnungsermächtigung des § 17 Abs. 4 MiLoG wegen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses grundsätzlich eng ausgelegt werden.³⁸

Eine Einschränkung

- für Arbeitgeber mit einer sehr geringen Anzahl von Beschäftigten,
- für Arbeitszeiten, in denen sich der Arbeitgeber an einem anderen Ort als der geringfügig Beschäftigte aufhält,
- der Arbeitgeber die Angaben des geringfügig Beschäftigten daher nicht aus eigener Kenntnis dokumentieren kann und
- kein leitendes Personal zur Verfügung steht, dem die Dokumentationspflicht übertragen werden kann,

erscheint auch nach § 17 Abs. 4 MiLoG schwierig. Denn die Einschränkung muss gerade wegen Besonderheiten der zu erbringenden Werk- oder Dienstleistungen oder des jeweiligen Wirtschaftsbereiches oder Wirtschaftszweiges³⁹ erforderlich sein. Die oben genannten besonderen Umstände stellen jedoch allein auf den Arbeitgeber ab. Es müsste vielmehr benannt werden, im Rahmen welcher Werk- oder Dienstleistungen, Wirtschaftsbereiche oder Wirtschaftszweige die oben genannten Voraussetzungen vorliegen.⁴⁰ Dies erfordert nicht nur das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 17 MiLoG – der grundsätzlich eine uneingeschränkte Dokumentationspflicht für Arbeitgeber von geringfügig Beschäftigten vorsieht – sondern auch das Bestimmtheitsgebot. Der Normadressat muss klar erkennen können, ob er von den Ausnahmen erfasst wird oder nicht.

37 Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Verordnungsentwurf des Bundesministeriums der Finanzen vom 5. November 2014, abrufbar unter: <http://www.dgb.de/themen/++co++d85050da-6be6-11e4-bcd9-52540023ef1a> [Abruf: 17. Dezember 2014].

38 Vgl. ENGEL, Susanne, in: NomosKommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 21b JArbSchG, Rn. 13, zu der Verordnungsermächtigung in § 21b JArbSchG.

39 Im Hinblick auf die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des „Wirtschaftsbereichs“ und des „Wirtschaftszweiges“ kann nach oben verwiesen werden.

40 Dies ist beispielsweise auch in § 1 Abs. 2 der MiLoAufzV erfolgt, wobei die Wortwahl „insbesondere“ bedeutet, dass die Aufzählung nicht abschließend ist.

5.3. Ausgestaltung einer Einschränkung der Dokumentationspflicht

Soweit konkrete Werk- oder Dienstleistungen bzw. Wirtschaftsbereiche oder Wirtschaftszweige benannt werden können, welche aufgrund ihrer Besonderheiten eine Vereinfachung oder Abwandlung der Dokumentationspflichten erfordern, stellt sich die Frage, wie die Vereinfachung oder die Abwandlung ausgestaltet werden könnte.

Zunächst könnte der Arbeitgeber von der Verpflichtung befreit werden, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit dieser Arbeitnehmer spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen. Stattdessen könnte beispielsweise eine längere Frist durch eine Rechtsverordnung festgeschrieben werden.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Gesetzgeber mit der Sieben-Tages-Frist bereits den Bedürfnissen der betrieblichen Praxis nach Flexibilität Rechnung getragen hat.⁴¹ Es ist vor diesem Hintergrund fraglich, ob die Frist durch Rechtsverordnung erweitert werden kann, zumal bei einer längeren Frist die Gefahr besteht, dass der Arbeitgeber Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit seiner geringfügig Beschäftigten schlicht nicht mehr kennt bzw. nicht mehr im Gedächtnis hat.

Es erscheint daher naheliegender, im Rahmen von bestimmten Werk- oder Dienstleistungen, Wirtschaftsbereichen oder Wirtschaftszweigen, in welchen der Arbeitgeber aus tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, die Dokumentation vorzunehmen – beispielsweise weil er sich an einem anderen Ort als der geringfügig Beschäftigte aufhält – die Dokumentation durch den Arbeitnehmer selbst vornehmen zu lassen und die Richtigkeit seiner Angaben glaubhaft versichern zu lassen. Dabei müsste jedoch in Erwägung gezogen werden, dass für diese Konstellation der Erlass einer Rechtsverordnung überhaupt nicht erforderlich sein dürfte. Möglicherweise könnte der Arbeitgeber den geringfügig Beschäftigten schlicht nach § 106 GewO bzw. § 315 BGB⁴² anweisen, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages selbst aufzuzeichnen.⁴³

Sofern man die Übertragung der Dokumentation auf den geringfügig Beschäftigten für zulässig erachtet, könnte dies in einer Rechtsverordnung auch rein klarstellend festgehalten werden.

41 Bundestagsdrucksache 18/1558 vom 28. Mai 2014, S. 41.

42 Aufgrund des Weisungsrechts kann der Arbeitgeber die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht nach Zeit, Ort und Art bestimmen, vgl. PREIS, Ulrich, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 106 GewO, Rn. 2.

43 Darüber hinaus besteht selbstverständlich die Möglichkeit, die Dokumentationsverpflichtung auf leitendes Personal bzw. Beschäftigte, die mit Personalangelegenheiten betraut sind, zu übertragen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Ausarbeitung von WD 3 (WD 3 - 3000 - 214/14, S. 6) zu verweisen.