

und auch die gesamten Sozialversicherungsbeiträge übernimmt (LAG München v. 27.2.2009, Az. 9 Sa 807/08).

Inwieweit die häufig mit der Vergütungsvereinbarung zugleich getroffene Verschwiegenheitsklausel, nach der der Arbeitnehmer verpflichtet ist, die Höhe seiner Bezüge vertraulich zu behandeln, rechtlich bindend ist, ist vom LAG Mecklenburg-Vorpommern (21.10.2009, Az. 2 Sa 237/09) entschieden worden. Danach soll eine Vereinbarung, die den Arbeitnehmer nicht nur nach außen, sondern auch gegenüber anderen Firmenangehörigen, d. h. betriebsintern zur Verschwiegenheit verpflichtet, unwirksam sein. Sie hindere den Arbeitnehmer in unzulässiger Weise daran, Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen der Lohngestaltung gegenüber dem Arbeitgeber erfolgreich geltend zu machen.

III. Vergütungshöhe

Die Höhe der Vergütung kann grundsätzlich beliebig vereinbart werden; Formulklauseln, die die Höhe der Vergütung regeln, unterliegen nicht der Angemessenheitsklausel nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. In der Bestimmung der Höhe der Vergütung werden die Arbeitsvertragsparteien nur durch verbindliche Mindestlöhne, die sich aus dem Gesetz (Mindestlohn und Sittenwidrigkeit) und bei Tarifgeltung aus dem entsprechenden Tarifvertrag ergeben (BAG v. 17.10.2012, Az. 5 AZR 792/11), beschränkt.

1. Tarifliche Vergütung

Im Fall der Tarifbindung – der Arbeitgeber ist Mitglied des Verbandes, der Arbeitnehmer Mitglied der Gewerkschaft, die jeweils den Tarifvertrag geschlossen haben – darf die vereinbarte Vergütung nicht geringer als die tarifliche Vergütung sein. Gleiches gilt, wenn ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist.

ACHTUNG!

Wer als Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern vorsätzlich oder fahrlässig weniger Lohn oder Gehalt zahlt, als er nach geltendem einschlägigen Tarifvertrag zahlen müsste, begeht damit eine Ordnungswidrigkeit nach §§ 8 Abs. 1, 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG. Bei Tariflohnunterschreitungen ist zudem die Höhe der Beitragsschuld zur Sozialversicherung nicht aufgrund des (geringeren) tatsächlich gezahlten oder unwirksam vereinbarten Lohns, sondern nach dem (höheren) geschuldeten Tariflohn zu berechnen. Ein Arbeitgeber, der es bewusst unterlässt, den tariflichen Mindestlohn zu zahlen, um sein eigenes Einkommen auf Kosten seiner Arbeitnehmer zu erhöhen, macht sich wegen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar (OLG Naumburg v. 1.12.2010, Az. 2 Ss 141/10).

Sofern ausnahmsweise Betriebsvereinbarungen Vergütungsfragen regeln, dürfen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auch das dort vorgesehene Entgelt nicht unterschreiten, es sei denn, die Betriebsvereinbarung sieht eine entsprechende Möglichkeit ausdrücklich vor.

2. Mindestlöhne auf Basis des AEntG, des TVG (§ 5) und des AÜG

Mindestlöhne, die durch Rechtsverordnung der Bundesregierung auf Basis des AEntG, des TVG (§ 5) und des AÜG festgelegt worden sind, dürfen nicht unterschritten werden. Zwingend einzuhalten sind damit:

- ▶ tarifliche Mindestlöhne, die von der Bundesregierung auf der Grundlage von § 5 TVG und den dortigen Voraussetzungen für allgemeinverbindlich erklärt worden sind und damit auch von nicht tarifgebundenen Unternehmen mit Sitz in Deutschland eingehalten werden müssen.
- ▶ Mindestlöhne auf der Grundlage einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 7 Arbeitnehmer-Entsendegesetz

(AEntG), die sich auch auf Unternehmen mit Sitz im Ausland, aber in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmern erstreckt. Voraussetzung ist, dass die Branche ausdrücklich in den Anwendungsbereich des AEntG aufgenommen ist oder dass die Erstreckung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages im öffentlichen Interesse geboten erscheint, um die in § 1 AEntG genannten Gesetzesziele zu erreichen und dabei insbesondere einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegen zu wirken.

- ▶ die Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung nach § 3a AÜG i. V. m. der Zweiten Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung vom 24.3.2014.

Alle Mindestlöhne, die auf diese Vorschriften zurückgehen, gehen dem Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) – dazu nachfolgend Punkt 3 – bis zum 31.12.2017 vor, dürfen jedoch bereits ab dem 1.1.2017 nicht unter 8,50 € pro Zeitstunde liegen.

Für die Frage, ob und inwieweit ein Arbeitgeber den Anspruch auf den Mindestlohn nach den hier genannten Vorschriften durch anderweitige Leistungen erfüllen kann, kommt es wohl darauf an, welchen Zweck die anderen Leistungen haben. Sie sind dann als funktional gleichwertig zum Mindestlohn anzusehen, wenn sie dazu dienen, die vorausgesetzte „Normalleistung“ abzugelten, nicht jedoch, wenn sie über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeitsstunden oder besondere Erschwernisse abgelten sollen (BAG v. 18.4.2012, Az. 4 AZR 139/10, BAG v. 16.4.2014, Az. 4 AZR 802/11).

3. Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG)

In der Vergangenheit waren Mindestlöhne in Deutschland nur auf einzelne Branchen oder auf bestimmte Konstellationen beschränkt. Diese beruhten auf einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG bzw. § 7 AEntG oder auf § 3 AÜG (vgl. oben III.2). Mit Wirkung zum 1.1.2015 hat der Gesetzgeber neben diese bisherigen Formen des Mindestlohns eine branchenunabhängige generelle Untergrenze je Zeitstunde in Deutschland eingeführt und diese zum Start auf 8,50 € festgesetzt. Zugleich wurde geregelt, dass eine im MiLoG näher beschriebene Mindestlohnkommission alle zwei Jahre über Anpassungen, die nach oben wie nach unten vorgenommen werden können, beschließt. Ein solcher Beschluss erfolgte erstmals im Jahr 2016 mit Wirkung zum 1.1.2017 mit einer Erhöhung des Mindestlohns auf 8,84 €, ein weiterer – zweistufiger – im Jahr 2018 mit Wirkung zum 1.1.2019 auf 9,19 € und mit Wirkung zum 1.1.2020 auf 9,35 €.

TIPP!

In neu abzuschließenden Arbeitsverträgen, die nur den Mindestlohn vorsehen sollen, sollte im Hinblick auf nicht auszuschließende Absenkungen des Mindestlohns nicht der Wert von 9,19 € genannt werden, sondern auf die gesetzliche Festlegung des Mindestlohns in § 1 MiLoG verwiesen werden.

Der gesetzliche Mindestlohn ist für jede geleistete Stunde zu zahlen. Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn entsteht nur mit jeder tatsächlich geleisteten Arbeitsstunde, die im Einzelnen vom Arbeitnehmer darzulegen ist (BAG v. 21.12.2016, Az. 5 AZR 374/16). Dies bedeutet, dass auch Bereitschaftszeiten (nicht aber Zeiten einer Rufbereitschaft! vgl. LAG Hessen, v. 21.11.2016, Az. 16 Sa 1257/15), in denen sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort – innerhalb oder außerhalb des Betriebs – bereithalten muss, um bei Bedarf die Arbeit aufzunehmen, als vergütungspflichtige Arbeit mit dem Mindestlohn zu vergüten ist. Dabei reicht es jedoch aus, wenn im Rahmen einer Monatsbetrachtung alle Arbeitsstunden, einschließlich des Bereitschaftsdienstes, mit dem Mindestlohn vergütet werden (BAG v. 29.6.2016, Az. 5

AZR 716/15). Der Mindestlohnanspruch ist somit erfüllt bei Multiplikation der im Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit dem jeweils aktuellen gesetzlichen Mindestlohnstundensatz (BAG, v. 21.12.2016, Az. 5 AZR 374/16).

Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, sind nach § 3 MiLoG unwirksam. Bedeutung hat dies auch für die häufig in Arbeits- und Tarifverträgen zu findende Ausschlussklausel, nach der nicht erfüllte Ansprüche innerhalb eines relativ kurzen Zeitraums nach Fälligkeit geltend gemacht werden müssen, wenn sie nicht verfallen sollen. Derartige Ausschlussklauseln sind unwirksam, jedenfalls soweit sie die Geltendmachung eines Anspruchs auf Mindestlohn beschränken (LAG Hessen v. 4.5.2017, Az. 1172/16; LAG Nürnberg v. 9.5.2017, Az. 7 Sa 560/16; vgl. auch BAG v. 24.8.2016, Az. 5 AZR 703/15 in Bezug auf den Mindestlohn in der Pflege).

3.1 Örtlicher Anwendungsbereich

Das MiLoG gilt für alle Beschäftigungsorte in Deutschland, unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz des Arbeitnehmers und erfasst damit auch Grenzgänger und Wanderarbeiter, sofern sie regelmäßig in Deutschland tätig sind. Auf den Sitz des Unternehmens kommt es dagegen nach § 20 MiLoG nicht an; mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber Arbeitgeber mit Sitz im Ausland ausdrücklich in den Geltungsbereich des MiLoG einbezogen, wenn sie Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigen.

3.2 Fälligkeit des Mindestlohns

Der Arbeitgeber ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 MiLoG verpflichtet, dem Arbeitnehmer den Mindestlohn für sämtliche tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt zu zahlen. In der Praxis wird dies oftmals der Monatsletzte des Monats sein, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde. Ist ausnahmsweise keine Vereinbarung getroffen, gilt § 614 BGB. Allerspätestens wird die Vergütung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG auch bei der ausnahmsweisen Anwendung von § 614 BGB jedoch am letzten Bankarbeitstag in Frankfurt a. M. des Monats fällig, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde. Dieser späteste Fälligkeitstermin wird insbesondere dort von Bedeutung sein, wo die Anzahl der monatlich geleisteten Stunden schwankt und die konkrete Berechnung – und damit auch die Auszahlung auf Grund einer Vereinbarung – erst nach dem letzten Arbeitstag des jeweiligen Monats vorgenommen werden kann.

Eine Ausnahme von dieser Grundregel gilt für Arbeitszeitkonten. Nach § 2 Abs. 2 MiLoG kann dem Arbeitnehmer Arbeitszeit, die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgeht, auf ein schriftlich vereinbartes Arbeitszeitkonto gutgeschrieben werden. Diese Zeiten müssen innerhalb von zwölf Kalendermonaten nach ihrer monatlichen Erfassung durch bezahlte Freizeitgewährung oder Zahlung des Mindestlohns ausgeglichen werden, soweit der Anspruch auf den Mindestlohn nicht bereits durch die Zahlung des verstetigten Arbeitsentgelts erfüllt ist.

3.3 Berechnung des Mindestlohns/Anrechenbarkeit von Vergütungsbestandteilen

In § 1 Abs. 2 MiLoG heißt es „Die Höhe des Mindestlohns beträgt ab dem 1. Januar 2019 brutto 9,19 Euro je Zeitstunde“. So einfach dies auf den ersten Blick erscheinen mag, so viele Fragen entstehen doch bei näherer Betrachtung. In der Praxis erhalten viele Arbeitnehmer neben einem reinen Stundenlohn zusätzliche Leistungen wie Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, vermögenswirksame Leistungen, Überstundenzuschläge etc. Können all diese Leistungen bei der Frage, ob der Mindestlohn gewährt wird, berücksichtigt werden, oder auch nur einige?

Wie erfolgt eine Abgrenzung? Zu all diesen Fragen äußert sich das Gesetz nicht.

Die Rechtsprechung bezogen auf das MiLoG hat in den letzten Jahren erste Klärungen gebracht, doch ist zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht alles abschließend geklärt. Die Bundesregierung hat ihrerseits im Rahmen einer Gegenäußerung zu einer Stellungnahme des Bundesrates erklärt, dass sich nach den Vorgaben des EuGH bestimme, welche Vergütungsbestandteile in den Mindestlohn einzubeziehen sind. Vom Arbeitgeber gezahlte Zulagen müssten nach den Urteilen des EuGH vom 14.4.2005 (C-341/02, Kommission/Deutschland) und vom 7.11.2013 (C-522/12, Isbir) als Bestandteil des Mindestlohns anerkannt werden, wenn sie nicht das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung veränderten. Dies sei regelmäßig der Fall, wenn die Zulagen oder Zuschläge zusammen mit anderen Leistungen des Arbeitgebers ihrem Zweck nach diejenige Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vergüten soll, die mit dem Mindestlohn zu vergüten ist. Diese im Hinblick auf Europäisches Recht aufgestellten Vorgaben des EuGH (im Grundsatz ebenso BAG v. 18.4.2012, Az. 4 AZR 139/10 und v. 16.4.2014, Az. 4 AZR 802/11) seien auf den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn zu übertragen (Bundestagsdrucksache 18/1558, S. 67).

Das BAG (v. 25.5.2016, Az. 5 AZR 135/16) ist dieser Auffassung gefolgt. Danach sind Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter – wie etwa Urlaubsgelder/Weihnachtsgelder/Jahressonderzahlungen, sofern sie erkennbar nur der Vergütung tatsächlicher Arbeitsleistungen dienen – auf den Mindestlohn anzurechnen, wenn sie monatlich zu je $\frac{1}{12}$ anteilig ausgezahlt werden.



TIPP!

Im Mindestlohnsektor sollte von Zusagen auf Weihnachts- und Urlaubsgeld abgesehen werden, insbesondere dann, wenn nicht eindeutig ist, ob diese Zahlungen ausschließlich als zusätzliche Vergütung zu verstehen sind oder ob sie etwa auch eine Treueprämie beinhalten. Die dadurch ersparten Aufwendungen lassen Spielraum für einen festen Stundenlohn, der nicht gegen das MiLoG verstößt.

Soll dagegen am Urlaubs- und Weihnachtsgeld festgehalten werden, so ist in neu abzuschließenden Arbeitsverträgen im Mindestlohnsektor unbedingt eine monatliche anteilige und unwiderrufliche Auszahlung zu vereinbaren. Altverträge sollten, sofern dies durchführbar ist, einvernehmlich angepasst werden. Hier hilft in Betrieben mit einem Betriebsrat die Auffassung des BAG, wonach arbeitsvertragliche Fälligkeitsvereinbarungen von Weihnachts- und Urlaubsgeld durch Betriebsvereinbarungen geändert werden können, wenn diese – wie üblich – in AGB-Arbeitsverträgen enthalten sind und einen kollektiven Bezug haben – nämlich den, den Auszahlungszeitpunkt betriebseinheitlich zu regeln (BAG v. 25.5.2016, Az. 5 AZR 135/16).

Ebenso sind arbeitsvertraglich vereinbarte Sonn- und Feiertagszuschläge grundsätzlich mindestlohnwirksam und nicht zusätzlich zum gesetzlichen Mindestlohn geschuldet (BAG v. 17.1.2018, Az. 5 AZR 69/17). Zuschläge für Überstunden, Sonn- und Feiertagsarbeit müssen danach auch nicht auf der Basis des gesetzlichen Mindestlohns berechnet werden, sondern können auf der Basis eines geringeren Stundenlohns festgesetzt werden, solange dieser zusammen mit den zusätzlich gewährten Sonderzahlungen den Mindestlohn nicht unterschreitet (BAG v. 24.5.2017, Az. 5 AZR 431/16). Auch eine gesonderte Vergütung von Überstunden ist nicht geschuldet, solange das monatliche gezahlte Entgelt diese im Durchschnitt mit dem Mindestlohn vergütet (BAG, a.a.O.).

Für Bereitschaftszeit gilt, dass auch diese mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten ist. Leistet ein Arbeitnehmer Vollarbeit und Bereitschaftsdienst, ist der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn allerdings bereits dann erfüllt, wenn er für die in einem Kalendermonat erbrachte Arbeit – einschließlich der Bereitschaft – mindestens eine Bruttovergütung erhält, die das