

- Für den Bereich der **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** gilt nach § 4 EFZG das Lohnausfallprinzip. Das bedeutet, der Arbeitnehmer muss im Rahmen der Entgeltfortzahlung den gleichen Betrag erhalten, als wenn er gearbeitet hätte. Demgemäß besteht über diese Regelung ein Anspruch mindestens in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns. 290

### 4.2 Höhe des Mindestlohns

Der gesetzlich festgelegte Mindestlohn beträgt für jeden Arbeitnehmer seit dem 1.1.2017 8,84 € pro Zeitstunde, und zwar als Bruttostundenlohn.<sup>1</sup> 295

Fraglich ist aber, wie sich dieser Betrag zusammensetzt und welche Gehaltsbestandteile konkret zu berücksichtigen sind. Das BAG hat in seiner ersten Entscheidung einen umfassenden Entgeltbegriff zugrunde gelegt.<sup>2</sup>



#### RECHTSPRECHUNG

Aufgrund des umfassenden Entgeltbegriffs sind alle Zahlungen, die der Arbeitgeber aufgrund des arbeitsvertraglichen Austauschverhältnisses erbringt, auf den gesetzlichen Mindestlohn anzurechnen. 296

Lediglich Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung erbringt oder die auf eine besondere gesetzliche Zweckbestimmung (z.B. Nachtzuschläge gemäß § 6 Abs. 5 ArbZG) beruhen, sind nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn anzurechnen.

### 4.2.1 Grundvergütung

Selbstverständlich ist, dass eine vereinbarte Grundvergütung bei der Prüfung, ob der gesetzliche Mindestlohn erreicht wird, zu berücksichtigen ist. Soweit die Grundvergütung in anderen Zeitabständen als der Zeitstunde gewährt wird, muss sie auf die Zeitstunde umgerechnet werden (→ Ziffer 4.1). 300

### 4.2.2 Provisionen

Bei Provisionen und vergleichbaren **leistungsbezogenen Entgelten** erhält der Arbeitnehmer keine Vergütung pro Zeitstunde, sondern die Vergütung wird erfolgsabhängig bezahlt. Üblicherweise werden solche Provisionszahlungen zusammen mit einer Grundvergütung bezahlt. 305

Grundsätzlich wäre es sogar möglich, dass ein Arbeitnehmer ausschließlich eine erfolgsabhängige Vergütung erhält.<sup>3</sup> Allerdings wäre eine solche, ausschließlich erfolgsabhängige Vergütungsregelung sittenwidrig, wenn es

1 BAG, Urteil vom 25.5.2016, 5 AZR 135/16 (Rn. 29)

2 Urteil vom 25.5.2016, 5 AZR 135/16 (Rn. 32)

3 vgl. LAG Berlin, Urteil vom 3.11.1986, 9 Sa 65/86

## M 4 Mindestlohn

### Berechnung des Mindestlohns nach dem MiLoG

---

dem Arbeitnehmer trotz aller Mühe nicht möglich ist, zu einer angemessenen Entschädigung für die geleistete Arbeit zu kommen.

Unstreitig ist, dass Provisionen zum Arbeitsentgelt bei der Berechnung des Mindestlohns hinzuzurechnen sind.<sup>1</sup> Allerdings kann hier sowohl die Frage der Berechnung der Provisionen (→ Ziffer 4.1.3) als auch der Zurechnung zu einzelnen Abrechnungszeiträumen problematisch sein. Denn charakteristisch ist bei Provisionszahlungen die nachschüssige Bezahlung in den Folgemonaten. Für die Berechnung, ob der gesetzliche Mindestlohn erreicht wurde, muss also die Grundvergütung des Vormonats, zusammen mit der dazugehörenden Provisionsabrechnung, welche aber erst im Folgemonat oder später abgerechnet wird, betrachtet werden.

310 Bei Provisionen, welche für bestimmte Geschäftsabschlüsse bezahlt werden, kann aber der im MiLoG vorgesehene monatliche Abrechnungszeitraum zu kurz sein, da Provisionen möglicherweise für Geschäfte bezahlt werden, die über mehrere Monate angebahnt worden sind. Allerdings existiert für diese Problematik eine gesetzliche Spezialregelung in § 87c HGB, die nach diesseitiger Ansicht der im MiLoG vorgesehenen Berechnungsmethode vorgeht.

Denn § 87c Abs. 1 HGB sieht vor, dass der Abrechnungszeitraum für Provisionen auf einen Zeitraum von drei Monaten erstreckt werden kann. Die Auszahlung hat dann spätestens im darauffolgenden Monat zu erfolgen.

Dies erscheint auch sachgerecht, da bei einem längeren Abrechnungszeitraum mögliche hohe provisionspflichtige Abschlüsse als auch Monate mit geringen Abschlüssen ausgeglichen werden können.

Demgemäß kann sich für bestimmte provisionspflichtige Geschäfte ein über den im MiLoG festgelegten Fälligkeitstermin (→ Ziffer 4.3.1) hinausgehender Zeitraum ergeben.



#### BEISPIEL

315 Der Arbeitnehmer ist im Vertrieb tätig. Er erhält eine Grundvergütung von 1.000 € brutto pro Monat. Darüber hinaus erhält der Arbeitnehmer Provisionen als erfolgsabhängige Vergütung. Die Provisionen werden quartalsweise abgerechnet. Der Arbeitnehmer erhält aber einen monatlichen Provisionsvorschuss von 200 € brutto.

Im Januar 2016 erwirtschaftet der Arbeitnehmer keine Provisionen, da er im wesentlichen Geschäfte durch Kundenbesuche anbahnt. Deshalb fallen in diesem Monat auch 220 Arbeitsstunden an. An Vergütung werden dem Arbeitnehmer 1.200 € brutto ausbezahlt (1.000 € Grundvergütung und 200 € Provisionsvorschuss).

1 vgl. ArbG Frankfurt, Urteil vom 16.12.2015, 9 Ca 5624/15

## Berechnung des Mindestlohns nach dem MiLoG

---

Im Februar 2016 werden Provisionen in Höhe von 200 € verdient, da es zu ersten Geschäftsabschlüssen kommt. Im Februar arbeitet der Arbeitnehmer 180 Stunden. An Vergütung werden dem Arbeitnehmer wieder 1.200 € brutto ausbezahlt (1.000 € Grundvergütung und 200 € Provisionsvorschuss).

Im März 2016 werden Provisionen in Höhe von 2.800 € erwirtschaftet, da die Tätigkeit nun Früchte trägt. Im März ist der Arbeitnehmer ebenfalls 180 Stunden tätig. An Vergütung werden dem Arbeitnehmer wieder 1.200 € brutto ausbezahlt (1.000 € Grundvergütung und 200 € Provisionsvorschuss).

Im April 2016 erhält der Arbeitnehmer zusätzlich zu seiner Grundvergütung und dem Provisionsvorschuss die Abrechnung der Provisionen für das erste Quartal und es werden ihm, zusätzlich zu den 1.200 € brutto für April, 2.400 € (3.000 € erwirtschaftete Provisionen abzgl. 600 € Provisionsvorschüsse) ausbezahlt.

Der Arbeitnehmer ist der Meinung, dass er wegen des gesetzlichen Mindestlohns noch eine weitere Vergütung für Januar 2016 bekommen müsse. Hat er Recht?

### **Lösung:**

Einen weiteren Vergütungsanspruch hat der Arbeitnehmer nicht, da der Mindestlohnanspruch spätestens mit der Zahlung im April erfüllt wurde. Allerdings könnten dem Arbeitnehmer Verzugszinsen zustehen.

### **Variante 1:**

320

Wenn man alleine die Regelungen des MiLoG zugrunde legt, dann würde der Arbeitnehmer in den Monaten Januar und Februar 2016 Verzugszinsen beanspruchen können.

Denn im Januar 2016 hat er für 220 Arbeitsstunden nur 1.200 € erhalten. Dies entspricht einer Stundenvergütung von 5,46 €. Somit hätte der Arbeitnehmer bei Zugrundelegung des 2016 geltenden Mindestlohns von 8,50 € je geleistete Arbeitsstunde noch Anspruch auf 3,04 € pro Stunde, mithin 668,80 € brutto gehabt.

Im Februar 2016 hat der Arbeitnehmer ebenfalls nur 1.200 € für 180 Arbeitsstunden erhalten. Dies entspricht einer Stundenvergütung von 6,67 €. Somit hätte der Arbeitnehmer noch Anspruch auf 1,83 € pro Stunde, mithin 329,40 € brutto gehabt.

Im März 2016 hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Nachzahlung wegen Verstoßes gegen den gesetzlichen Mindestlohn. Zwar hat er auch im März nur 1.200 € ausgezahlt bekommen. Obwohl er genauso viele Stunden gearbeitet hat wie im Februar, liegt kein Verstoß vor, da das

## M 4 Mindestlohn

### Berechnung des Mindestlohns nach dem MiLoG

---

mindestlohnspflichtige Entgelt nach § 2 Abs. 1 MiLoG auch erst im Folge-  
monat ausbezahlt werden kann.

Deshalb könnten in diesem Fall nur für die Monate Januar und Februar  
Verzugszinsen geltend gemacht werden.

#### **Variante 2:**

325 Nach der hier vertretenen Ansicht wäre der dreimonatige Abrechnungs-  
zeitraum von der Spezialregelung des § 87c Abs. 1 HGB gedeckt.

Demnach müsste die im April ausgezahlte Provision von 2.400 € auf die  
drei Monate gleichmäßig verteilt werden.

Das führt dazu, dass der Arbeitnehmer in den Monaten Januar bis März  
2016 jeweils 2.000 € verdient hat und somit mindestlohnkonform vergü-  
tet wurde.

Denn im Januar hätte der Arbeitnehmer eine Stundenvergütung von 9,09 €  
erhalten (2.000 € : 220 Stunden) und im Februar und März 2016 wäre  
seine Arbeitsstunde mit 11,11 € (2.000 € : 180 Stunden) vergütet worden.  
Somit würde überhaupt kein Anspruch bestehen.

#### **4.2.3 Zulagen, Zuschläge**

330 Bei der Frage, inwieweit gewährte Zulagen auf einen Mindestlohn-  
anspruch eines Arbeitnehmers anzurechnen sind, ist darauf abzustellen,  
welche (Gegen-)Leistung des Arbeitnehmers durch die Leistung des Ar-  
beitgebers ihrem Zweck nach vergütet werden soll.

Bei der Anrechnung von Leistungen auf einen gesetzlichen Mindestlohn  
ist somit zu prüfen, ob die vom Arbeitgeber gewährte Zulage ihrem er-  
kennbaren Zweck nach die vereinbarte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers  
vergüten soll.<sup>1</sup>

Auf den Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers sind alle Vergütungsbe-  
standteile anzurechnen, welche die arbeitsvertraglich geschuldete Tätig-  
keit nach Art und vereinbartem Volumen honorieren sollen. Es ist insofern  
ein weiter Entgeltbegriff anzuwenden. Es sind somit nur solche Zulagen  
bzw. Zuschläge nicht anzurechnen, die ohne Rücksicht auf eine tatsächliche  
Arbeitsleistung erbracht werden oder die auf einer besonderen Zweck-  
bestimmung beruhen (z.B. Nachtarbeitszuschläge gemäß § 6 Abs. 5 ArbZG  
oder Sozialzulagen).<sup>2</sup>

Wenn also Regelungen, welche die Rechte und Pflichten des Arbeitsver-  
hältnisses beschreiben (z.B. Arbeitsvertrag, AVR, Tarifvertrag, Dienstver-  
einbarung), besondere Leistungen und Zulagen als Gegenleistung für die  
zu erbringende Arbeit definieren, sind diese Leistungen auf den Mindest-  
lohn anzurechnen.

1 so wohl auch BAG, Urteil vom 18.4.2012, 4 AZR 139/10

2 BAG, Urteil vom 25.5.2016, 5 AZR 135/16 (Rn. 32)

## Berechnung des Mindestlohns nach dem MiLoG

---

Auch **Schichtzulagen** beziehen sich grundsätzlich auf die zu leistende Arbeit und sind demgemäß auf den Mindestlohn anzurechnen.

350

Hierbei sind die Regelungen des Arbeitsvertrags, aber auch tarifvertragliche Regelungen bzw. die AVR zu prüfen.



### RECHTSPRECHUNG

#### **Leitsatz:**

Bestimmt ein aufgrund Rechtsverordnung verbindlicher Tarifvertrag einen Mindestlohnanspruch "je Stunde" unabhängig von der zeitlichen Lage der Arbeitszeit, können vom Arbeitgeber aufgrund anderer Rechtsgrundlagen geleistete Zulagen für erbrachte Spätschichten vorbehaltlich anderslautender gesetzlicher oder tariflicher Regelungen auf einen Mindestlohnanspruch angerechnet werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Mindestlohntarifvertrag nicht entnommen werden kann, dass die Arbeitsleistung unter den Bedingungen einer Spätschicht einer gesonderten Vergütungsregelung vorbehalten worden ist.<sup>1</sup>

355

Allerdings existiert eine gegenläufige Rechtsprechung des Sächsischen Landesarbeitsgerichts, welche Arbeitgeberleistungen für eine vom Arbeitnehmer erbrachte überobligatorische über die geschuldete „Normalleistung“ hinausgehende Leistung nicht auf den Mindestlohn anrechnet.<sup>2</sup>



### RECHTSPRECHUNG

#### **Leitsatz:**

Findet bei Schichtzulagen eine arbeitsvertraglich abgestufte Differenzierung danach statt, ob mehrschichtig, zwei- oder dreischichtig gearbeitet wird, spricht dies nicht für die Vergütung einer "Normalleistung", sondern für den Ausgleich der sich durch wechselnde Arbeitszeiten an sich (zusätzlich) ergebenden Erschwernisse. Bei solchen Schichtzulagen kann keine Anrechnung auf den Mindestlohn erfolgen.

360

Es bleibt abzuwarten, wie das BAG sich zu der Frage positioniert, inwieweit es auf eine Normalleistung überhaupt ankommt. Revisionsverfahren sind hierzu bereits anhängig. Aus dem bislang veröffentlichten Urteil des BAG muss man aber eher schließen, dass jede Zulage, die auch in wei-

365

1 BAG, Urteil vom 16.4.2014, 4 AZR 802/11

2 Sächsisches LAG, Urteil vom 11.11.2015, 2 Sa 351/15

## M 4 Mindestlohn

### Berechnung des Mindestlohns nach dem MiLoG

---

testem Sinn als Gegenleistung für die geleistete Arbeit erfolgt, auf den Mindestlohn anzurechnen ist.

- 370 Soweit **Überstundenzuschläge** gezahlt werden, muss man aus der Entscheidung des BAG vom 25.5.2016 entnehmen, dass diese Zuschläge auf den Mindestlohn anzurechnen sind.

Darüber hinaus hat das BAG in dem genannten Urteil ausdrücklich entschieden, dass solche Zuschläge nicht auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns zu berechnen sind. Vielmehr sind Zuschläge auf der Grundlage des vereinbarten Stundenentgelts zu berechnen.<sup>1</sup>



#### BEISPIEL

- 372 Im Arbeitsvertrag ist vereinbart, dass ein Arbeitnehmer einen Bruttostundenlohn in Höhe von 8,50 € bekommt. Darüber hinaus erhält er für jede Überstunde einen Zuschlag von 25 % auf den vereinbarten Bruttostundenlohn. Die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit beträgt 20 Stunden pro Woche.

Im Monat Januar 2017 arbeitet der Arbeitnehmer 100 Stunden. Hierfür erhält er 850,00 € (8,50 € x 100 Stunden). Für 16 Stunden werden zusätzlich Überstundenzuschläge in Höhe von insgesamt 34,00 € (25 % von 8,50 € x 16 Stunden) bezahlt.

Hat der Arbeitnehmer noch Anspruch auf weitere Zahlungen?

#### Lösung:

Nein! Der Arbeitnehmer erhält insgesamt für den Monat Januar 884,00 €. Dies entspricht genau dem gesetzlichen Mindestlohn ab 2017 von 8,84 € pro Stunde.

Es besteht weder ein Anspruch darauf, dass der Überstundenzuschlag auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns berechnet wird, noch besteht ein Anspruch darauf, dass der Stundenlohn auf 8,84 € angehoben wird.

- 375 Bei **Funktions- und Leistungszulagen** wird man ebenfalls davon ausgehen müssen, dass diese sich auf die zu leistende Arbeit beziehen und demgemäß auf den Mindestlohn anzurechnen sind.

- 380 Für **Nachtarbeit** hat der Arbeitgeber die gesetzliche Verpflichtung nach § 6 Abs. 5 ArbZG, eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das dem Arbeitnehmer zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren. Aufgrund dieser gesetzlichen Verpflichtung sind **Nachtarbeitszuschläge** nicht auf den Mindestlohn an-

1 BAG, Urteil vom 25.5.2016, 5 AZR 135/16 (Rn. 35)

## Berechnung des Mindestlohns nach dem MiLoG

---

spruch anzurechnen.<sup>1</sup> Nachdem ein solcher Zuschlag sich auf das dem Arbeitnehmer zustehende Bruttoarbeitsentgelt bezieht, muss der Zuschlag, soweit das bezahlte Bruttoarbeitsentgelt den gesetzlichen Mindestlohn unterschreitet, auf Grundlage des Mindestlohns von derzeit 8,50 € berechnet werden.<sup>2</sup>

### 4.2.4 Sonderzahlungen

Als Sonderzahlung werden alle Leistungen bezeichnet, die der Arbeitgeber aus bestimmtem Anlass oder zu bestimmten Terminen zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt.<sup>3</sup>

385

Die Gestaltungsmöglichkeiten bei Sonderzahlungen sind außerordentlich vielschichtig. Hierzu zählen beispielsweise Urlaubs- und Weihnachtsgeld, Jubiläumsgratifikationen, Treueprämien sowie Jahresabschluss-Bonifikationen.

Auch bei Sonderzahlungen kommt es darauf an, ob es sich um eine Gegenleistung für die Arbeitsleistung handelt oder ob damit eine von der Arbeitsleistung abgekoppelte Zusatzleistung erbracht werden soll (→ Ziffer 4.2.3).

Von einer Gegenleistung für die Arbeitsleistung ist immer auszugehen, wenn es sich um eine gemischte Sonderzahlung handelt, die teilweise auch von der Erfüllung bestimmter festgelegter Ziele abhängig ist. Auch wenn der Begriff der Sonderzahlung gewählt wird und die Leistung freiwillig ist, genügt das nicht, um eine Anrechnung auf den Mindestlohn zu verhindern.

Entscheidend ist immer, an welche Voraussetzungen die Sonderzuwendung geknüpft ist.

In vielen Fällen ist tatsächlich nur die Dauer des Bestands des Arbeitsverhältnisses Voraussetzung für die Zahlung einer Sonderzuwendung, beispielsweise wenn bei unterjährigem Ein- und Austritt die Leistung gekürzt wird. Eine weitere Regelung ist oftmals, dass eine Kürzung für Zeiten ohne Vergütungsanspruch außerhalb der Entgeltfortzahlung erfolgt. Beide Voraussetzungen sprechen aber dafür, dass die Zahlung von der Arbeitsleistung abhängig ist. Deshalb ist in solchen Fällen, wenn nichts weiter geregelt ist, davon auszugehen, dass es sich um eine „saisonale Sonderleistung“ handelt, die auf den Mindestlohnanspruch anrechenbar ist.<sup>4</sup>

1 BAG, Urteil vom 25.5.2016, 5 AZR 135/16 (Rn. 32)

2 so auch Sächsisches LAG, Urteil vom 27.1.2016, 2 Sa 375/15 (Revision beim BAG eingelegt unter AZ: 10 AZR 171/16)

3 BAG, Urteil vom 24.11.2004, 10 AZR 221/04

4 Sächsisches LAG, Urteil vom 11.5.2016, 2 Sa 551/15 (Revision eingelegt beim BAG unter AZ: 5 AZR 410/16)

## M 4 Mindestlohn

### Berechnung des Mindestlohns nach dem MiLoG

---

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn sich aus den Kriterien, nach denen der Arbeitnehmer die Sonderzuwendung erhält, eindeutig ergibt, dass die Arbeitsleistung keine Rolle spielt, sondern nur die Betriebstreue honoriert werden soll. Eine solche Belohnung von Betriebstreue zeigt sich beispielsweise daran, dass die Sonderzuwendung bei Fehltagen gekürzt wird, und zwar unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer dafür Entgeltfortzahlung erhält oder nicht.<sup>1</sup> Ein weiteres Kriterium wäre die Vereinbarung, dass das Behalten der Zahlung davon abhängig gemacht wird, dass das Arbeitsverhältnis als solches über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus ungekündigt fortbesteht.

390 Die Frage, ob **Urlaubs- oder Weihnachtsgeld** auf den Mindestlohnanspruch angerechnet werden kann, ist nicht einheitlich zu beantworten.

Denn bei einer als Urlaubs- oder Weihnachtsgeld benannten Leistung des Arbeitgebers sind ebenfalls viele Varianten denkbar. Alleine die Bezeichnung als Urlaubs- oder Weihnachtsgeld genügt nicht, um eine Anrechnung auf den Mindestlohnanspruch zu verhindern. Denn jedenfalls eine unwiderrufliche, als Urlaubs- bzw. Weihnachtsgeld deklarierte Sonderzahlung, die monatlich ausbezahlt wird und ansonsten nicht an bestimmte weitere Voraussetzungen geknüpft ist, zählt zu den auf den Mindestlohnanspruch anrechenbaren Gehaltsbestandteilen.<sup>2</sup>

Soweit der Arbeitnehmer ein zusätzliches Urlaubsgeld erhält, ist erforderlich, dass eindeutig bestimmbar ist, dass es nicht als Gegenleistung für die erbrachte Arbeit gezahlt wird. Dies kann beispielsweise dann auszuschließen sein, wenn das zusätzliche Urlaubsgeld nur im Zusammenhang mit der jeweiligen Urlaubsgewährung ausgezahlt wird. Denn aus der Anknüpfung an den Urlaub folgt, dass das Urlaubsgeld dem Erholungszweck des Urlaubs und nicht der Vergütung einer Arbeitsleistung dienen soll.<sup>3</sup>

Problematisch hingegen wäre, wenn die Höhe des zusätzlichen Urlaubsgelds mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit steigt oder für Zeiten, in denen kein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht, gekürzt wird.

Solche Regelungen sprechen dafür, dass dieses zusätzliche Urlaubsgeld eine Gegenleistung zur Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ist und deshalb auf einen Mindestlohnanspruch anrechenbar ist.<sup>4</sup>

395 **Jubiläumsgelder und Treueprämien** sind Sonderleistungen, die eine bestimmte Betriebszugehörigkeit belohnen sollen oder die bei Erreichen eines Dienstjubiläums oder nach einer bestimmten Anzahl von Dienstjahren gezahlt werden. Ihnen fehlt deshalb die Anknüpfung an die Arbeitsleistung.

1 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2.10.2015, 9 Sa 570/15

2 BAG, Urteil vom 25.5.2016, 5 AZR 135/16 (Rn. 33)

3 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2.10.2015, 9 Sa 570/15

4 BAG, Urteil vom 21.1.2014, 9 AZR/134/12