

# Gesetzlicher Mindestlohn – Berechnung und Verhältnis zur Sittenwidrigkeit

Fabiano Collu, Bonn / Barbara Beerens, Bonn\*

Seit der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns am 01.01.2015 haben sich zahlreiche Rechtsfragen ergeben. Ein besonders diskussionswürdiges Thema ist die konkrete Berechnung des Arbeitnehmerlohns. Dabei ist eine Durchschnittsbetrachtung bei einem maximalen Referenzzeitraum von zwei Monaten sinnvoll. Liegt der vereinbarte Lohn unterhalb des Mindestlohns und ist dieser gleichzeitig sittenwidrig, besteht überzeugenderweise Anspruch auf Zahlung der üblichen Vergütung.

## A. Die Berechnung des gesetzlichen Mindestlohns – Problemfälle und Lösungen

### I. Einführung

Seit dem 1.1.2015 gilt in Deutschland ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn, der die Lohnuntergrenze branchenübergreifend und bundesweit für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf 8,50 € je Stunde festsetzt; seit dem 1.1.2017 beträgt der Mindestlohn gemäß § 1 MiLoV 8,84 € je Stunde. Trotz des vermeintlich klaren und unmissverständlichen Wortlauts des § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG haben sich in den letzten Jahren seit Einführung des MiLoG erhebliche Streitigkeiten über die Frage der Berechnung des Mindestlohns ergeben.

### II. Ausgangspunkt des § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG

Den Ausgangspunkt der Berechnung stellt § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG dar, der die Höhe des Mindestlohns *je Zeitstunde* festlegt.

Die Vorschrift stellt im Grundsatz auf einen nach Stunden berechneten Zeitlohn ab.<sup>1</sup> Ob der Mindestlohn erreicht

wurde, ist hiernach grundsätzlich durch Multiplikation des Geldfaktors mit den im betreffenden Zeitraum geleisteten Arbeitszeitstunden (Zeitfaktor) zu errechnen.<sup>2</sup> Der Mindestlohn nimmt hierbei lediglich auf den Geldfaktor Einfluss.<sup>3</sup>

Gerade in Bezug auf den Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG, der scheinbar selbstverständlich von dem Mindestlohn *je Zeitstunde* spricht, ergibt sich nun die Frage, ob für die Berechnung des gesetzlichen Mindestlohns auf die einzelne Zeitstunde abzustellen ist oder, ob der Mindestlohn vielmehr innerhalb eines bestimmten Referenzzeitraums *durchschnittlich* erreicht sein muss. Hieran schließt sich zugleich eine Folgefrage an. Geht man von einer Durchschnittsbetrachtung aus, so wird festzustellen sein, in welchem Zeitraum der Mindestlohn von derzeit 8,84 € als Verhältnis zwischen Arbeitsentgelt und Arbeitszeit erfüllt sein muss.

### 1. Durchschnittsbetrachtung oder stundenbezogene Einzelbetrachtung

Für eine auf die einzelne Arbeitsstunde abstellende Berechnung könnte der Wortlaut sprechen, der auf den Mindestlohn *je Zeitstunde* abstellt. Dies hätte wohl den Zusammenbruch ganzer variabler Vergütungssysteme zur Folge, da sowohl Monats- und Pauschallöhne, wie auch leistungsbezogene Vergütungsformen nicht mehr zulässig wären.<sup>4</sup>

Der eigentliche Grund für den Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG liegt aber wohl allein in dem politischen Ziel, diesen in der *versprochenen* Reinform in das Gesetz zu bringen.<sup>5</sup> Ziel des Gesetzgebers war es, die Zahlung unangemessen niedriger Löhne zu verhindern. Es soll darüber hinaus durch den Mindestlohn bei Vollzeitbeschäftigten (40-Stunden-Woche) ein Monatseinkommen „oberhalb der Pfändungsfreigrenze“ (§ 850c Abs. 1 ZPO) gesichert werden.<sup>6</sup> Arbeitnehmer sollen ihre Arbeitsleistung nicht

\* Die Autoren studieren Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag entstand anlässlich eines Proseminars zum Thema „Mindestlöhne – Rechtsgrundlagen, Hintergründe, Streitpunkte“ bei Herrn Prof. Dr. Waltermann. Herr Collu behandelt in seiner Arbeit Probleme bei der Berechnung des gesetzlichen Mindestlohns (Teil A). Frau Beerens problematisiert das Verhältnis des gesetzlichen Mindestlohns zur Sittenwidrigkeit (Teil B).

<sup>1</sup> Diewell, in: Diewell/Schubert (Hrsg.), MiLoG-Handkommentar, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 26; Franzen, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 1 MiLoG Rn. 5; Lakies, Mindestlohngesetz, Basiskommentar, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 20; Waltermann, AuR 2015, 166 (171).

<sup>2</sup> Diewell, (Fn. 2), § 1 Rn. 26.

<sup>3</sup> Vogelsang, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrecht-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 66 Rn. 22.

<sup>4</sup> Bayreuther, NZA 2014, 865 (867).

<sup>5</sup> Überzeugend Greiner, in: BeckOK-ArbR, 44. Edit. 2017, MiLoG § 1 Rn. 73.

<sup>6</sup> BT-Drs. 18/1558, S. 33.

mehr für ein Entgelt erbringen müssen, das den in Art. 1 GG und Art. 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Gerechtigkeitsanforderungen unserer Rechtsordnung elementar widerspricht.<sup>7</sup> Diese Gesetzeszwecke lassen sich jedoch auch dadurch erreichen, dass man bei der Berechnung auf das Verhältnis von Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt abstellt.<sup>8</sup>

Betrachtet man den Gesetzeswortlaut des § 2 Abs. 2 S. 1 MiLoG, dann fällt auf, dass dieser vom *verstetigten Arbeitsentgelt* spricht. Ein verstetigtes Arbeitsentgelt stellt aber gerade den Gegensatz zu der rein stundenbezogenen Betrachtung dar, wie der Vergleich zu § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG zeigt.<sup>9</sup>

Gerade im Zusammenhang mit dem wohl rein politischen Vorhaben, den Mindestlohn in seiner möglichsten *Reinform* in das Gesetz zu bringen, lässt das Gesetz im Wege der systematischen Betrachtung des § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG im Zusammenhang mit § 2 Abs. 2 S. 1 MiLoG den Schluss zu, dass die Berechnung des Mindestlohns nicht auf die stundenbezogene Einzelbetrachtung beschränkt werden sollte.<sup>10</sup>

Die stundenbezogene Entgeltvorgabe in § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG sollte als Rechengröße zur Ermittlung des mindestens zu bestehenden Wertverhältnisses von Arbeitsleistung und Entgelt verstanden werden.<sup>11</sup> Andere Berechnungszeiträume und andere Abrechnungsmethoden, wie die Zahlung von Stück- und Akkordlöhnen, bleiben weiterhin zulässig.

### a) Überstunden

Bedeutung kommt dieser Problematik vor allem im Rahmen geleisteter Überstunden zu.

#### aa) Beispiel 1

*A ist bei U beschäftigt und erhält für wöchentlich 40 Arbeitsstunden (8 Stunden pro Tag) ein Monatsgehalt von 5.500 €. Im Monat Juni (23 vergütungspflichtige Arbeitstage) macht er 15 Überstunden. Es wurde keine vertragliche Abgeltungsklausel bezüglich der Überstunden vereinbart.*

Würde man vorliegend den Mindestlohn für jede einzelne Zeitstunde berechnen, so ergäbe sich für die 15 Überstunden ein weiterer Anspruch auf Zahlung von  $15 \times 8,84 \text{ €} = 132,60 \text{ €}$ , denn die Überstunden wären grundsätzlich nicht vergütet worden. Insgesamt käme A auf einen Monatslohn

von 5632,60 €. Ginge man bei der Berechnung nach der überwiegenden Auffassung, die hier den Bruttomonatslohn ins Verhältnis zu den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden (5.500 €/199 Stunden) setzt, hätte A 27,64 € pro Zeitstunde erhalten, womit der Anspruch auf den Mindestlohn erfüllt wäre.

#### bb) Beispiel 2

*A ist bei U beschäftigt und erhält ein pauschaliertes Monatsgehalt von 850 € bei einer vertraglich vorgegebenen Arbeitszeit von 96 Stunden monatlich. Er leistet im Monat Juni 100 Arbeitsstunden. Es wurde eine vertragliche Abgeltungsklausel bezüglich vier geleisteter Überstunden vereinbart.*

Würde man den Stundenlohn vorliegend anhand der Durchschnittsmethode berechnen, so müsste man den erhaltenen Bruttoarbeitslohn für den vertraglich vereinbarten Zeitraum ins Verhältnis setzen zu der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit (850 €/100 Stunden). Dies hätte zur Folge, dass A im Monat Juni einen durchschnittlichen Stundenlohn von 8,50 € erhalten hat. Der U wäre folglich seiner Pflicht zur Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns von 8,84 € nicht nachgekommen. A könnte von ihm weitere 34 € verlangen. Die Überstundenabgeltungsklausel hätte in dieser Konstellation keinen Bestand und wäre wegen § 3 S. 1 MiLoG unwirksam.

Die Durchschnittsmethode trägt gerade im Bereich von Niedriglöhnen dem Sinn und Zweck des MiLoG hinreichend Rechnung. Dem A wird für den vertraglich vereinbarten Abrechnungszeitraum von einem Monat ein Entgelt gezahlt, das zumindest dem gesetzlich vorgeschriebenen Minimum von 8,84 € entspricht. Sie ermöglicht bei Niedriglohneempfängern also, dass das Verhältnis ihrer geleisteten Arbeit zum erhaltenen Entgelt nicht unter den Mindestlohnsatz sinkt. Einer Betrachtung jeder einzelnen Arbeitsstunde bedarf es nicht.

## 2. Referenzzeitraum

### a) Problemdarstellung

Folgt man nun der überwiegenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung und bestimmt die Frage, ob der Mindestlohn durch die Zahlung des Entgelts erreicht wurde, nach der Durchschnittsmethode, muss eine Antwort auf die Frage gegeben werden, in welchem Zeitraum der Mindestlohnsatz von derzeit 8,84 € je Zeitstunde mindestens vorzuliegen hat.

Das BAG nimmt den Kalendermonat als längst möglichen Referenzzeitraum für die Berechnung des Mindestlohns

<sup>7</sup> Schweibert/Leßmann, DB 2014, 1866 (1868).

<sup>8</sup> Schweibert/Leßmann, DB 2014, 1866 (1868).

<sup>9</sup> Mückl, in: Mückl/Pötters/Krause (Hrsg.), Das Mindestlohngesetz in der betrieblichen Praxis, 2015, Rn. 341.

<sup>10</sup> Mückl, (Fn. 10), Rn. 341.

<sup>11</sup> BAG Urt. v. 29.6.2016, 5 AZR 716/15 Rn. 23 – juris; überzeugend Greiner, (Fn. 6), § 1 Rn. 49.

an.<sup>12</sup> Danach wäre z.B. auch die Annahme eines wöchentlichen Referenzzeitraums zur Bestimmung des Mindestlohns möglich, eine Berechnung des Mindestlohns über diesen Kalendermonat hinaus ist nach der Rechtsprechung nicht zulässig.<sup>13</sup> Andere sind der Auffassung, dass der Kalendermonat hierbei nur den längst möglichen Referenzzeitraum statuiert.<sup>14</sup>

Eine in der Literatur vordringende Auffassung will als maßgeblichen Referenzzeitraum den Zeitraum annehmen, der zwischen den Fälligkeitsterminen des § 2 Abs. 1 MiLoG liegt.<sup>15</sup> Danach wäre zuerst die vertragliche Vereinbarung zur Bestimmung maßgebend, welchen Referenzzeitraum die Arbeitsvertragsparteien für die Fälligkeit des Entgelts festgelegt haben. Soll das regelmäßige Arbeitsentgelt jeweils am Ende des Monats gezahlt werden, so stellt der Monat den Referenzzeitraum dar. Innerhalb dieses Monats muss dann der Mindestlohn im Verhältnis von Bruttolohn und tatsächlich erbrachter Arbeitsleistung erfüllt sein. Soll das Arbeitsentgelt wöchentlich fällig werden, so soll die Woche als Referenzzeitraum dienen.<sup>16</sup> Besteht keine vertragliche Fälligkeitsvereinbarung, so gilt § 614 BGB.<sup>17</sup> Der längst mögliche Referenzzeitraum beträgt hiernach zwei Monate (§§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 20 MiLoG).<sup>18</sup> Ein längerer als der zweimonatige Zeitraum ist nicht zulässig.<sup>19</sup>

Für die Betrachtung des Kalendermonats als Referenzzeitraum kann ein praktisches Bedürfnis vieler Unternehmen sprechen, da diese häufig diesen Bezugszeitraum wählen und ihre Lohnabrechnung hierauf ausrichten.<sup>20</sup> Auch aus der üblichen Praxis laufender Kosten für die Arbeitnehmer könnte sich dieser Bezugszeitraum ableiten lassen. So werden gerade Mieten und Zinsen für Kredite in einem monatlichen Zeitraum zu zahlen sein.

Aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG wird teilweise der Schluss gezogen, dass dieser in der Bestimmung der Fälligkeit durch den Bezug auf den „letzten Bankarbeitstag des Monats, der auf den Monat folgt, in

dem die Arbeitsleistung erbracht wurde“ den Monat als Bezugspunkt für die Berechnung zwingend vorschreibt.<sup>21</sup> Das hieraus ein Monatszeitraum abgeleitet werden kann, erscheint wenig überzeugend. Dass aber kein anderer Referenzzeitraum als der Kalendermonat vom Gesetzgeber gewollt war, lässt sich diesem Wortlaut tatsächlich nicht entnehmen.

Die beiden zuletzt angeführten Ansichten lassen grundsätzlich beide einen Zeitraum von weniger als einem Monat zu und unterscheiden sich nur darin, wie lange der längst mögliche Abrechnungszeitraum sein darf.<sup>22</sup> Hier beziehen beide Meinungen den § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MiLoG in ihre Überlegungen ein, legen diesen jedoch unterschiedlich aus.

Die Auffassung, die einen maximalen Referenzzeitraum von einem Monat zulassen möchte, sieht in § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MiLoG eine reine Fälligkeitsregel. Durch sie soll lediglich der spätest mögliche Zahlungszeitpunkt festgelegt werden. Hieraus dürfte man nicht folgern, dass für die Berechnung des Mindestlohns ein zweimonatiger Referenzzeitraum besteht.<sup>23</sup> Auch wird angeführt, dass § 2 Abs. 1 MiLoG für die Erbringung der Arbeitsleistung gerade auf einen Zeitraum von einem Monat abstellt. Der entscheidende Zeitraum für die Berechnung des gesetzlichen Mindestlohns sei der, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbracht hat.<sup>24</sup> Das keine längeren Berechnungszeiträume als der Kalendermonat zulässig sind, folgert diese Auffassung in systematischer Hinsicht daraus, dass der Gesetzgeber durch die explizit genannten Ausnahmen der Fälligkeitsregelungen bezüglich Arbeitszeitkonten (§ 2 Abs. 2 MiLoG) und Wertguthabenvereinbarungen im Sinn des SGB IV (§ 2 Abs. 3 MiLoG), klargemacht hat, dass längere Zeiträume nicht mit dem MiLoG zu vereinbaren sind.<sup>25</sup>

Für einen längst möglichen Referenzzeitraum von zwei Monaten wird vor allem der Sinn und Zweck von § 2 Abs. 1 MiLoG angeführt. Dieser soll gewährleisten, dass dem Arbeitnehmer innerhalb dieser Fälligkeitsvorgaben der Mindestlohn tatsächlich zufließt. Dann müsste aber auch dieser Zeitraum für die Berechnung maßgeblich sein.<sup>26</sup> Diese Auffassung sieht in § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MiLoG also mehr als eine reine Fälligkeitsregel. Diese Norm soll systematischer Ansatzpunkt dafür sein, dass der Mindest-

<sup>12</sup> BAG Urt. v. 25. 5. 2016, 5 AZR 135/16, Rn. 25 – juris; so auch Baeck/Winzer/Kramer, NZG 2015, 265 (266); so nun auch Bayreuther, NZA 2015, 385 (391); Thüsing, in: Thüsing (Hrsg.) Mindestlohngesetz und Arbeitnehmerentsendegesetz Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 78; Kocher, AuR 2015, 173 (175); Griese, in: Küttner (Hrsg.), Personalbuch, 24. Aufl. 2017, Mindestlohn Rn. 17; Müller-Glöße, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 7. Aufl. 2016, MiLoG § 1 Rn. 21; Vogelsang, (Fn. 4), § 66 Rn. 22.

<sup>13</sup> BAG Urt. v. 25. 5. 2016, 5 AZR 135/16 Rn. 25 – juris.

<sup>14</sup> Bayreuther, NZA 2014, 865 (867); Sittard, NZA 2014, 951.

<sup>15</sup> Franzen, (Fn. 2), § 1 Rn. 8; Lembke, NZA 2015, 70 (74); ders., NZA 2016, 1 (4); Mückl, (Fn. 10), Rn. 347; Waltermann, AuR 2015, 166 (171).

<sup>16</sup> Franzen, (Fn. 2), § 1 Rn. 8; Lembke, NZA 2015, 70 (74); ders., NZA 2016, 1 (4).

<sup>17</sup> Waltermann, AuR 2015, 166 (171).

<sup>18</sup> Franzen, (Fn. 2), § 1 Rn. 8; Düwell, (Fn. 2), § 1 Rn. 52; Waltermann, AuR 2015, 166 (171).

<sup>19</sup> Franzen, (Fn. 2), § 1 Rn. 10; Lembke, NZA 2015, 70 (74); ders., NZA 2016, 1 (4).

<sup>20</sup> Bayreuther, NZA 2014, 865 (867).

<sup>21</sup> Bayreuther, NZA 2014, 865 (867).

<sup>22</sup> Zur Höchstgrenze des Referenzzeitraums von einem Kalendermonat Bayreuther, NZA 2015, 385 (391); Kocher, AuR 2015, 173 (175); Vogelsang, (Fn. 4), § 66 Rn. 22; Sittard, NZA 2014, 951 (951); zur Höchstgrenze des Referenzzeitraums von zwei Monaten Franzen, (Fn. 2), § 1 Rn. 8; Lembke, NZA 2015, 70 (74); ders., NZA 2016, 1 (4); Mückl, (Fn. 10), Rn. 347; Waltermann, AuR 2015, 166 (171); ders., Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2016, Rn. 195.

<sup>23</sup> Lambrich/Mitius, DB 2014, 126.

<sup>24</sup> Vogelsang, (Fn. 4), § 66 Rn. 22; Kocher, AuR 2015, 173 (175).

<sup>25</sup> Vogelsang, (Fn. 4), § 66 Rn. 22; Müller-Glöße, (Fn. 15), MiLoG § 1 Rn. 21.

<sup>26</sup> Mückl, (Fn. 10), Rn. 348.

lohn zumindest innerhalb eines zweimonatigen Zeitraums durchschnittlich vorliegen muss.<sup>27</sup>

### b) Bewertung

Beide Ansichten können Argumente für sich anführen, die zu überzeugen vermögen. Jene Ansicht, die einen maximalen Zeitraum von einem Kalendermonat für die Berechnung des gesetzlichen Mindestlohns fordert, verkennt wohl die systematische Stellung des § 2 Abs. 1 MiLoG. Dieser regelt zwar vor allem die Fälligkeit des Mindestlohnanspruchs, muss aber hierbei auch und gerade deshalb bei der Berechnung des gesetzlichen Mindestlohns mit einbezogen werden. Dieser will erreichen, dass dem Arbeitnehmer der Mindestlohn zu einem bestimmten Zeitpunkt nun auch tatsächlich zufließt. Liest man § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MiLoG, so spricht dieser von einem Zeitraum, der aus dem *Monat* besteht, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde und aus dem Zeitraum bis zum letzten Bankarbeitstag des *Folgemonats*. Insgesamt also aus zwei Monaten. Diese Regelung muss schon aufgrund der systematischen Stellung zu § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG und dem Regelungsinhalt als Fälligkeitsregel auch bei der Berechnung des gesetzlichen Mindestlohns mit einbezogen werden. Die Ansicht, die § 2 Abs. 1 MiLoG für das angesprochene Problem als irrelevant bezeichnet, verkennt dies.

Nicht außen vor zu belassen ist aber das praktische Bedürfnis vieler Arbeitnehmer und Arbeitgeber, bei der Lohnabrechnung als auch beim Lohnerhalt auf einen Kalendermonat abzustellen. Dies bleibt hiernach auch weiterhin möglich. Zuvorderst ist weiterhin die vertragliche Regelung der Arbeitsvertragsparteien maßgebend. Dass ein längst möglicher Zeitraum von zwei Monaten gelten kann, führt für die Arbeitsvertragsparteien nur zu einer größeren Flexibilität bei ihrer Vertragsgestaltung.

### III. Fazit

I. Der Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG stellt für die Berechnung des Mindestlohns eine nur sehr eingeschränkte Hilfe dar. Dies beruht vor allem darauf, dass die politische Motivation, den Mindestlohn in möglichster *Reinform* ins Gesetz zu bringen, sich doch erheblich im Gesetz widerspiegelt. Würde man das Gesetz *beim Wort nehmen*, so müsste man wohl seit dem 1.1.2015 den Mindestlohn für jede Zeitstunde berechnen und damit den Arbeitsvertragsparteien einen erheblichen Mehraufwand aufbürden und Flexibilität nehmen. Das dies nicht gewollt war und der Mindestlohn vielmehr in einem bestimmten Zeitraum durchschnittlich vorzuliegen hat, lässt sich mit Sinn und Zweck des Gesetzes deutlich belegen.

2. Die Frage, welcher maximale Referenzzeitraum nun zur Berechnung des Mindestlohns heranzuziehen ist, erscheint deutlich problembehafteter. So lassen sich sowohl für den Monat als Obergrenze gewichtige Argumente finden, wie auch für einen zweimonatigen Zeitraum. Als ausschlaggebende Argumente können am Ende der Wortlaut des § 2 Abs. 1 MiLoG sowie die gesteigerte Flexibilität für die Vertragsparteien genannt werden. Will der Gesetzgeber zukünftig einen zweimonatigen Zeitraum verhindern, so obliegt es ihm, dies – kraft seiner gesetzgeberischen Kompetenz – auf gesetzlicher Grundlage zu tun.

## B. Verhältnis von Mindestlohn und Sittenwidrigkeit – Skizze und Bewertung

### I. Einleitung

Seit Einführung des Mindestlohngesetzes tritt neben die langjährige Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Löhnen ein weiteres Korrektiv zur Verwirklichung eines effektiven Arbeitnehmerschutzes. Folgerichtig stellt sich nun die Frage, in welchem Verhältnis der gesetzliche Mindestlohn zum sogenannten richterlichen Mindestlohn<sup>28</sup> nach § 138 BGB steht. Aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtung des gesetzlichen und des richterlichen Mindestlohns ist nicht eine Regelung spezieller und damit vorrangig. Vielmehr ist bei einem Verstoß gegen beide Schutzsysteme die Rechtsfolge zu wählen, die im Einklang mit beiden Überprüfungen steht.

### II. Bisherige Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Arbeitsentgeltabreden

Das BAG zieht zur Bestimmung eines Lohnwuchers die beiden Wucherverbote des § 138 BGB heran.<sup>29</sup> Es muss ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegen, welches im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der geschuldeten Arbeitsleistung und des Lohns zu beurteilen ist.<sup>30</sup> Dabei ist immer auf die konkrete Arbeitsleistung im Einzelfall abzustellen, sodass ein Missverhältnis immer relativ festzustellen ist. Zur Festlegung des Wertes einer Arbeitsleistung sind die üblichen Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweiges heranzuziehen.<sup>31</sup> Ein auffälliges Missverhältnis liegt vor, wenn nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche oder Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht wird.<sup>32</sup> Als subjektives Element ist eine verwerfliche Ge-

<sup>28</sup> Hanau, EWiR 2002, 419.

<sup>29</sup> BAG, Urt. v. 27.6.2012, 5 AZR 496/11, Rn. 11 – juris.

<sup>30</sup> BAGE 143, 212; siehe dazu auch *Melms*, in: Moll (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 10 Rn. 12.

<sup>31</sup> *Boecken*, in: Hümmelich/Boecken/Düwell (Hrsg.), AnwaltKommentar Arbeitsrecht, Band 1, 2. Aufl. 2010, § 612 Rn. 10.

<sup>32</sup> BAGE 130, 338; *Hexel*, in: Moll (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 19 Rn. 41.

<sup>27</sup> *Franzen*, (Fn. 2), § 1 Rn. 8; *Lembke*, NZA 2015, 70 (74); *Düwell*, (Fn. 2), § 1 Rn. 56; *Waltermann*, AuR 2015, 166 (171).

sinnung des Arbeitgebers erforderlich.<sup>33</sup> Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit ist die Nichtigkeit der Vergütungsabrede, sodass der Arbeitnehmer dann einen Anspruch auf die übliche Vergütung gemäß § 612 Abs. 2 BGB hat.

### III. Schutzrichtungen

Die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung kann niemals eine Korrektur des Marktes selbst sein, sondern nur einzelne *Marktausreißer* verhindern.<sup>34</sup> Sind alle Arbeitnehmer in einem bestimmten Wirtschaftszweig strukturell schwach und haben gleichförmig geringe Löhne, kann die Sittenwidrigkeitskontrolle nicht zu einer Besserstellung der Arbeitnehmer führen.<sup>35</sup> Es ist sogar so, dass eine richterliche Korrektur in Form der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung unwahrscheinlicher wird, wenn mehr Arbeitnehmer niedrige Löhne erhalten.<sup>36</sup> § 138 BGB kann folglich keinem Unterbietungswettbewerb entgegenwirken.<sup>37</sup> Es kommt lediglich ein Gleichbehandlungsgedanke zum Ausdruck.

Der Mindestlohn hat drei Funktionen: Arbeitnehmerschutz, Verhinderung eines Lohnunterbietungswettbewerbs und Schutz finanzieller Stabilität der sozialen Sicherungssysteme.<sup>38</sup> Das MiLoG gibt eine unterste Grenze für die Entlohnung von Arbeitnehmern in Deutschland (von derzeit 8,84 € seit dem 1.1.2017 gemäß § 1 MiLoV) vor.<sup>39</sup> Nur ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn kann Lohndumping entgegenwirken und die Marktstruktur insgesamt korrigieren.

### IV. Verhältnis von Mindestlohn und Sittenwidrigkeit

Aufgrund der Fülle an denkbaren, möglichen Konstellationen, in denen der gesetzliche Mindestlohn und die Sittenwidrigkeit von Entgeltabreden in Arbeitsverträgen Berührungspunkte haben, ist eine Fallgruppenbetrachtung hilfreich.

#### 1. Verstoß gegen Mindestlohngesetz

Vereinbarungen, welche den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten, sind gemäß § 3 S. 1 MiLoG unwirksam. Wenn der Lohn nicht sittenwidrig ist, aber unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegt (z.B. Sittenwidrigkeitsgrenze bei 8,40 €, Mindestlohn von 8,84 €, vereinbarter Lohn von

8,60 €), ist fraglich, welche Vergütung dann geschuldet ist. Man könnte, wie ein großer Teil der Literatur, davon ausgehen, dass die Lohnabrede nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot unwirksam ist und so § 612 Abs. 2 BGB an die Stelle tritt, wonach die übliche Vergütung geschuldet ist.<sup>40</sup> Dafür spricht auch ein effektiver Arbeitnehmerschutz<sup>41</sup> und eine meist härtere Sanktion für den Arbeitgeber.<sup>42</sup>

Sachgerechter ist es hingegen, einen Differenzanspruch zum Mindestlohn anzunehmen,<sup>43</sup> was wohl auch das BAG seit seinem Grundsatzurteil vom 25.5.2016 so sieht.<sup>44</sup> Ein Einspringen von § 612 Abs. 2 BGB ist im Fall des MiLoG nicht nötig, weil das Gesetz selbst die angemessene Höhe der Vergütung festsetzt.<sup>45</sup> Der gesetzliche Schutzzweck ist auf die Mindestlohnsicherung beschränkt, sodass eine geltungserhaltende Reduktion, wie das Wort „insoweit“ in § 3 S. 1 MiLoG zeigt, geboten ist.<sup>46</sup> Das MiLoG kennt somit ein eigenes, selbständiges und vorrangiges Regelungssystem.

#### 2. Sittenwidrigkeit der Vergütung

Liegt der vereinbarte Lohn unter der Sittenwidrigkeitsgrenze, aber über dem gesetzlichen Mindestlohn (Sittenwidrigkeitsgrenze bei 12 €, Mindestlohn bei 8,84 €, vereinbarter Lohn von 10 €), ist fraglich, ob überhaupt noch Raum für eine Sittenwidrigkeitsprüfung besteht.

Diringer ist der Ansicht, dass es sich verbiete, die gesetzgeberische Entscheidung über die Generalklausel des § 138 BGB auszuhebeln.<sup>47</sup> Er führt an, dass eine vom Gesetzgeber festgelegte unterste Grenze des Lohns generell nicht mehr sittenwidrig sein kann. Bei einem Lohn, der zwar über 8,84 € liegt, aber nach § 138 BGB noch unterhalb der Sittenwidrigkeitsgrenze des BAG, wäre dem Gesetzgeber als Konsequenz der Vorwurf zu machen, dass er nicht zu den billig und gerecht Denkenden gehört.<sup>48</sup>

Richtigerweise ist aber davon auszugehen, dass beide Schutzsysteme wegen ihrer unterschiedlichen Ansatzpunkte nebeneinander Bestand haben. Der gesetzliche Mindestlohn stellt eben nur ein Minimum für jede Form

<sup>33</sup> BAGE 141, 348.

<sup>34</sup> Krause, in: Reinhard/Wlotzke/Wißmann/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 76.

<sup>35</sup> Picker, RdA 2014, 25 (32).

<sup>36</sup> Hejma, Deutsche Wege zur Lohngerechtigkeit, Zielsetzungen gesetzlicher Mindestlöhne, 2013, S. 198.

<sup>37</sup> Bayreuther, NJW 2007, 2022 (2023).

<sup>38</sup> Riechert/Nimmerjahn, Mindestlohngesetz Kommentar, 2015, Einf. Rn. 55.

<sup>39</sup> Bayreuther, NZA 2014, 865.

<sup>40</sup> Däubler, NJW 2014, 1924 (1927); Lakies, AuR 2014, 360 (363); Bayreuther, NZA 2014, 865 (866); Moll/Päßler/Reich, MDR 2015, 125 (128); Viethen, NZA-Beil. 2014, 143 (146).

<sup>41</sup> Hexel, (Fn. 5), § 19 Rn. 39.

<sup>42</sup> Pötters/Krause, NZA 2015, 398.

<sup>43</sup> So auch Riechert/Nimmerjahn, (Fn. 11), § 3 MiLoG Rn. 5; Lembke NZA 2015, 70 (77); Sittard, RdA 2015, 99 (106).

<sup>44</sup> BAG NZA 2016, 1327; Lembke, NJW 2016, 3617 (3619 f.).

<sup>45</sup> Franzen, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 3 MiLoG Rn. 1a.

<sup>46</sup> Lembke, NZA 2015, 70 (77).

<sup>47</sup> Diringer, AuA 2014, 151 f.

<sup>48</sup> Diringer, AuA 2014, 151 f.

der Arbeit dar.<sup>49</sup> Während § 138 BGB relativ an die Marktumstände anknüpft, ist der Mindestlohn mit seinem starren Betrag absolut.<sup>50</sup> Das MiLoG ist folglich nicht spezieller als § 138 BGB. Darüber hinaus liegt der gemäß § 138 i. V. m. § 612 Abs. 2 BGB übliche Lohn oft höher als der gesetzliche Mindestlohn. Nimmt man also an, dass nach Einführung des Mindestlohns eine Sittenwidrigkeitsprüfung ausgeschlossen ist, dann hätte der Gesetzgeber mit dem MiLoG zwar dem Lohndumping entgegengewirkt, aber die Stellung der Arbeitnehmer in höher bezahlten Branchen verschlechtert. Das MiLoG wurde gerade auch zum Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Arbeitsentgelten eingeführt.<sup>51</sup>

### 3. Verstoß gegen Mindestlohngesetz bei gleichzeitiger Sittenwidrigkeit

Möglich ist auch der Fall, dass der Lohn sowohl unter dem Mindestlohn als auch unterhalb der Sittenwidrigkeitsgrenze liegt. Unterschieden werden muss dann noch, ob die Sittenwidrigkeitsgrenze über oder unter dem Mindestlohn liegt.

#### a) Sittenwidrigkeitsgrenze liegt über Mindestlohn

Liegt die Sittenwidrigkeitsgrenze über dem Mindestlohn, richtet sich die Rechtsfolge nach § 138 BGB i. V. m. § 612 Abs. 2 BGB, sodass der übliche Lohn geschuldet ist. Bei einem Aufstockungsanspruch bis zum Mindestlohn von 8,84 € wäre der Lohn immer noch sittenwidrig, was aber gemäß § 138 BGB nicht der Fall sein darf.<sup>52</sup> Damit spielt in diesem Fall das Verhältnis von Mindestlohn und Sittenwidrigkeit keine Rolle.

#### b) Sittenwidrigkeitsgrenze liegt unter Mindestlohn

Wenn die Sittenwidrigkeitsgrenze unter dem Mindestlohn liegt (etwa bei einer Sittenwidrigkeitsgrenze von 8,00 €, einem Mindestlohn von 8,84 € und einem vereinbarten Lohn von 7,00 €) könnte einerseits ein Aufstockungsanspruch zum Mindestlohn bestehen, andererseits könnte aber auch die übliche Vergütung (12,00 €) geschuldet sein.

#### aa) Mindestlohn als Vergütung

Nach einer Ansicht ist die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung in diesem Fall nicht anzuwenden, sodass die Nichtigkeit allein nach § 3 MiLoG i. V. m. § 134 BGB eintritt.<sup>53</sup> Dann ist nur der Mindestlohn geschuldet, welcher auch nicht sittenwidrig ist. Forst/Degen führen hierfür dogmatische Gründe an.<sup>54</sup> Der von der Rechtsprechung herangezogene einheitliche Tatbestand des § 138 BGB sei schon nicht neben § 134 BGB anwendbar. Dies wird darauf zurückgeführt, dass § 134 BGB zumindest dem § 138 Abs. 1 BGB als speziellere Vorschrift vorgehe. Selbst wenn man aber die Nichtigkeit der Lohnabrede nur aus § 3 MiLoG ableitet, ginge das MiLoG als neueres und spezielleres Gesetz den allgemeinen Vorschriften des BGB vor. Dafür sprächen zudem der Wortlaut, die Systematik und der Zweck des MiLoG. Darüber hinaus stelle der Mindestlohn eine vorrangige Taxe i. S. d. § 612 Abs. 2 BGB dar.

#### bb) Übliche Vergütung gemäß § 612 Abs. 2 BGB

Die Argumente können im Ergebnis nicht überzeugen.<sup>55</sup> Zwar geht § 134 BGB dem § 138 Abs. 1 BGB als speziellere Vorschrift vor, jedoch hat § 138 Abs. 2 BGB Vorrang vor § 134 BGB.<sup>56</sup> Es ergibt sich somit eine *Patt-Situation*. Eine Vorrangigkeit als neueres oder spezielleres Gesetz kann nur bestehen, wenn derselbe Regelungsbereich betroffen ist. Das MiLoG und die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung haben gemeinsam, dass sie unangemessene Entgeltabreden korrigieren. Jedoch unterscheiden sie sich, wie bereits dargestellt, in ihren Schutzbereichen. Wenn aber schon die Funktion eine andere ist, kann keine Regelung der anderen vorgehen. Es ist vielmehr von einem Nebeneinander auszugehen, wobei beide Schutzsysteme ihre Berechtigung haben.

Darüber hinaus hinge es bei der oben dargestellten Ansicht allein von Zufälligkeiten ab, ob der Arbeitnehmer nur den Mindestlohn oder den üblichen Lohn beanspruchen kann. Liegt die Sittenwidrigkeitsgrenze über dem Mindestlohn, besteht ein Anspruch auf den üblichen Lohn (siehe IV.3.a.). Wenn aber die Sittenwidrigkeitsgrenze unterhalb des Mindestlohns liegt, soll nach der Ansicht von Forst/Degen nur ein Anspruch auf den Mindestlohn bestehen. Derjenige Arbeitnehmer, der in einer wirtschaftlich schwächeren Branche arbeitet, bei der die Zwei-Drittel-Grenze unterhalb des Mindestlohns liegt, stünde damit schlechter

<sup>49</sup> Däubler, NJW 2014, 1924 (1927); Baeck/Winzer/Kramer, NZG 2014, 254 (255); Bauer/Klebe/Schunder, NZA 2014, 12 (13); Sittard, RdA 2015, 99 (106).

<sup>50</sup> So auch Baeck/Winzer/Kramer, NZG 2014, 254 (255); Greiner, in: Thüsing (Hrsg.), Mindestlohngesetz und Arbeitnehmerentsendegesetz Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 3 MiLoG Rn. 3.

<sup>51</sup> BT-Drs. 18/1558, S. 28.

<sup>52</sup> So auch Linck, in: Schaub/Koch (Hrsg.), Arbeitsrecht von A-Z, 20. Aufl. 2016, § 34 Rn. 14b.

<sup>53</sup> Forst/Degen, DB 2015, 863 (866 f.); Linck, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrecht-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 34 Rn. 14b.

<sup>54</sup> Forst/Degen, DB 2015, 863 (866 f.).

<sup>55</sup> So auch Franzen, (Fn. 18), § 3 MiLoG Rn. 1a; Bayreuther, NZA 2014, 865 (866).

<sup>56</sup> Armbrüster, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Aufl. 2015, § 138 Rn. 4.

da als derjenige, der in einer wirtschaftlich stärkeren Branche arbeitet. Diese unangemessene Ungleichbehandlung wird anhand dieses Beispiels deutlich: Wenn bei einem Mindestlohn von 8,84 €, einem üblichen Lohn von 13,28 € sowie einer Sittenwidrigkeitsgrenze von 8,85 € der Arbeitnehmer 8,00 € verdient, kann er den üblichen Lohn i. H. v. 13,28 € beanspruchen. Die Zahlung des Mindestlohns von 8,84 € wäre weiterhin sittenwidrig. Wenn nun aber bei einem Mindestlohn von 8,84 €, einem üblichen Lohn von 13,25 € sowie einer Sittenwidrigkeitsgrenze von 8,83 € der Arbeitnehmer 8,00 € verdient, hätte er nach der oben genannten Ansicht nur einen Anspruch auf den Mindestlohn von 8,84 €, welcher auch nicht sittenwidrig wäre. Damit entschiede allein der Umstand, ob die Sittenwidrigkeitsgrenze ober- oder unterhalb des Mindestlohns liegt, darüber, wie viel Lohn dem Arbeitnehmer zusteht. Die Grenze kann der Arbeitnehmer nicht beeinflussen. Es ist zudem nicht sachgerecht, dass bloß kleine Abweichungen der Sittenwidrigkeitsgrenze ober- und unterhalb des Mindestlohns einen derart großen Unterschied bei der Bemessung der angemessenen Vergütung haben. Des Weiteren sollte das MiLoG gerade die Stellung der Arbeitnehmer verbessern, sodass nicht davon auszugehen ist, dass gerade sehr wenig verdienende Arbeitnehmer eine Schlechterstellung durch das MiLoG erfahren sollen.<sup>57</sup>

### V. Fazit

Es ist überzeugend, bei Überschneidungen von Mindestlohn und Sittenwidrigkeit eine isolierte Prüfung beider Schutzsysteme durchzuführen. Dabei dürfen die Tatbestände und Rechtsfolgen nicht miteinander vermischt werden.

## C. Zusammenfassung

Im Ergebnis der beiden Arbeiten zeigt sich, dass die Frage der Berechnung des Arbeitnehmerlohns im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Mindestlohn aus unterschiedlichen Blickwinkeln betrachtet werden kann. Dabei besteht Argumentations- und Diskussionspotenzial hinsichtlich sachgerechter Lösungen. Grundsätzlich ist eine Durchschnittsbetrachtung als Berechnungsgrundlage für den gesetzlichen Mindestlohn sinnvoll. Überzeugend ist es als maximalen Referenzzeitraum – anders als das BAG – einen Zeitraum von zwei Monaten anzunehmen. Bei einer schutzzweckorientierten Betrachtung der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung und des gesetzlichen Mindestlohns wird deutlich, dass die Sittenwidrigkeitsprüfung seit Einführung des Mindestlohns nicht entbehrlich geworden ist. Ist der vereinbarte Lohn sittenwidrig und liegt unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns, ist richtigerweise der übliche Lohn und nicht bloß der Mindestlohn als Rechtsfolge geschuldet, unabhängig davon, ob die Sittenwidrigkeitsgrenze ober- oder unterhalb des Mindestlohns liegt, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.

<sup>57</sup> Hexel, (Fn. 5), § 19 Rn. 49.