

## Mindestlohngesetz: MiLoG

Kommentar

Bearbeitet von  
Christian Riechert, Dr. Lutz Nimmerjahn

2. Auflage 2017. Buch. XXVIII, 498 S. In Leinen  
ISBN 978 3 406 69460 8  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsvertrag, Kündigungsschutz, Mutterschutz,  
Personalwesen

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

nis eine gesetzliche Lohnuntergrenze setzen. Der gesetzliche Mindestlohnanspruch wird durch die mindestlohnwidrige Entgeltvereinbarung nicht berührt (vgl. hierzu auch § 3 S. 1).

## § 2 Fälligkeit des Mindestlohns

(1) <sup>1</sup>Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer den Mindestlohn

1. zum Zeitpunkt der vereinbarten Fälligkeit,
2. spätestens am letzten Bankarbeitstag (Frankfurt am Main) des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde,

zu zahlen. <sup>2</sup>Für den Fall, dass keine Vereinbarung über die Fälligkeit getroffen worden ist, bleibt § 614 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unberührt.

(2) <sup>1</sup>Abweichend von Absatz 1 Satz 1 sind bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgehenden und auf einem schriftlich vereinbarten Arbeitszeitkonto eingestellten Arbeitsstunden spätestens innerhalb von zwölf Kalendermonaten nach ihrer monatlichen Erfassung durch bezahlte Freizeitgewährung oder Zahlung des Mindestlohns auszugleichen, soweit der Anspruch auf den Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden nach § 1 Absatz 1 nicht bereits durch Zahlung des verstetigten Arbeitsentgelts erfüllt ist. <sup>2</sup>Im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitgeber nicht ausgeglichene Arbeitsstunden spätestens in dem auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses folgenden Kalendermonat auszugleichen. <sup>3</sup>Die auf das Arbeitszeitkonto eingestellten Arbeitsstunden dürfen monatlich jeweils 50 Prozent der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit nicht übersteigen.

(3) <sup>1</sup>Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Wertguthabenvereinbarungen im Sinne des Vierten Buches Sozialgesetzbuch. <sup>2</sup>Satz 1 gilt entsprechend für eine im Hinblick auf den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vergleichbare ausländische Regelung.

### Übersicht

	Rn.
A. Überblick .....	1
B. Fälligkeit des gesetzlichen Mindestlohns .....	2
I. Vereinbarte und gesetzliche Fälligkeit .....	3
II. Erfasste Ansprüche .....	9
III. Umgang mit abweichenden Vergütungsmodellen .....	14
1. Umgang mit variablen Vergütungsmodellen .....	15
2. Umgang mit verstetigten Arbeitsentgelten .....	17
C. Arbeitszeitkonten .....	22
I. Vergütungsrechtliches Arbeitszeitkonto .....	23
II. Zahlung eines verstetigten Arbeitsentgelts .....	27
III. Schriftliche Vereinbarung .....	31
1. Gesetzliche Schriftform .....	32
2. Reichweite des Schriftformgebots .....	35
3. Rechtsfolge bei Formverstoß .....	36
IV. Führung des Arbeitszeitkontos .....	37
1. 50-Prozent-Grenze .....	38
a) Zweck der Regelung .....	39
b) Anwendungsbereich .....	40
c) Berechnung der 50-Prozent-Grenze .....	42
d) Überschreitung der 50-Prozent-Grenze .....	48
2. Arbeitszeitausgleich .....	49
a) Monatliche Erfassung der Mehrarbeitsstunden .....	50
b) Zwölfmonatiger Ausgleichszeitraum .....	52
c) Zeitausgleich durch Zahlung oder Freizeitgewährung .....	56
d) Bei Mindestlohnneinführung bestehende Salden .....	58
e) Bei Mindestlohnanpassung bestehende Salden .....	61

## § 2

Fälligkeit des Mindestlohn

3. Mindestlohnrelevanz des Arbeitszeitkontos	62
a) Nicht mindestlohnrelevante Arbeitszeitkonten	63
b) Teils mindestlohnrelevante Arbeitszeitkonten	65
D. In- und ausländische Wertguthabenvereinbarungen	69
I. Wertguthabenvereinbarungen, § 2 Abs. 3 S. 1	70
1. Voraussetzungen	71
2. Abgrenzungsfragen	74
3. Führung von Wertguthaben	76
II. Vergleichbare ausländische Regelungen, § 2 Abs. 3 S. 2	77
1. Hintergrund	78
2. Vergleichbares Schutzniveau	79

### A. Überblick

- 1 § 2 regelt die Fälligkeit des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs. Während sich § 2 Abs. 1 zur Fälligkeit des Mindestlohns verhält, stellt § 2 Abs. 2 eine auf § 2 Abs. 1 bezogene Ausnahmenvorschrift für Arbeitszeitkonten dar. § 2 Abs. 3 ist wiederum eine von § 2 Abs. 1 und Abs. 2 abweichende Sonderregelung für Wertguthabenvereinbarungen iSd SGB IV (sog. Langzeitkonten).

### B. Fälligkeit des gesetzlichen Mindestlohns

- 2 Die Fälligkeitsregelung des § 2 Abs. 1 hat eine **schuld- und eine bußgeldrechtliche Dimension**: Zum einen wird die Fälligkeit des zivilrechtlichen Mindestlohnanspruchs aus § 1 Abs. 1 geregelt. Eine verspätete Zahlung des Mindestlohns führt zivilrechtlich gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB zum Schuldnerverzug mit der Folge, dass der Arbeitgeber für den Verzugsschaden eintreten muss. Zum anderen wird bußgeldrechtlich der Zeitpunkt vorgegeben, zu dem der Mindestlohn gemäß § 20 spätestens zu zahlen ist. Eine nicht rechtzeitige Zahlung des Mindestlohns kann nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 mit einem Bußgeld von bis zu 500.000 Euro geahndet werden.

#### I. Vereinbarte und gesetzliche Fälligkeit

- 3 Die Fälligkeit des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs wird durch § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 **mit der vereinbarten Fälligkeit synchronisiert**. Grundsätzlich wird der gesetzliche Mindestlohnanspruch zusammen mit dem (tarif-)vertraglichen Vergütungsanspruch fällig (**Zeitpunkt der vereinbarten Fälligkeit**). Ist für das Arbeitsverhältnis eine Fälligkeit vereinbart worden, die vor dem Ablauf des Abrechnungszeitraums liegt, kann der Arbeitnehmer den Mindestlohn aber erst mit Ablauf des Abrechnungszeitraums verlangen. Dies folgt daraus, dass der Mindestlohnanspruch seinem konkreten Inhalt nach erst mit Ablauf des Abrechnungszeitraums feststeht, da er für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde und nicht für die vereinbarten Arbeitsstunden entsteht. Die Erfüllung eines Anspruchs, dessen Inhalt noch nicht feststeht, kann der Gläubiger aber nicht verlangen; dementsprechend kann der Arbeitgeber auch noch nicht nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Schuldnerverzug geraten.
- 4 Soweit die Parteien des Arbeitsvertrags **keine Regelung über die Fälligkeit** getroffen haben und die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, ist der Mindestlohnanspruch nach § 2 Abs. 1 S. 2 iVm § 614 S. 2 BGB nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu erfüllen. Im Regelfall der Monatsvergütung wäre der Mindestlohn bei fehlender oder unwirksamer Fälligkeitsvereinbarung daher am ersten Tag des Folgemonats zu entrichten (vgl. BAG Urt. v. 12.2.2014 – 4 AZR 317/12 Rn. 16, AP TVG § 4 Nr. 36). Bemisst sich die Vergütung nach Tagen oder Stunden, muss die Vergütung –

entgegen dem Wortlaut des § 614 S. 2 BGB – nach der Verkehrssitte erst am Wochenschluss entrichtet werden (ErfK/Preis BGB § 614 Rn. 5). Für einmalige Arbeitsleistungen ist der Mindestlohn im Anschluss an die Arbeitsleistung zu zahlen (§ 2 Abs. 1 S. 2 iVm § 614 S. 1 BGB).

Eine **äußerste Grenze** für die Fälligkeit des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs setzt § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2. Danach hat der Arbeitgeber den Mindestlohn spätestens am letzten Bankarbeitstag des auf die Arbeitsleistung folgenden Kalendermonats zu zahlen (**Zeitpunkt der gesetzlichen Fälligkeit**). Bankarbeitstage sind Montag bis Freitag mit Ausnahme gesetzlicher Feiertage. Maßgeblich ist wegen des Referenzortes Frankfurt am Main das HFeiertagsG. Durch § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 wird der Arbeitgeber – will er einen zusätzlichen Lohnlauf vermeiden – faktisch gezwungen, die Vergütung insgesamt spätestens am letzten Bankarbeitstag des auf die Arbeitsleistung folgenden Kalendermonats zu zahlen. Fälle, in denen der vereinbarte Fälligkeitszeitpunkt später liegt, dürften jedoch die Ausnahme bilden (vgl. Bayreuther NZA 2014, 865, 869). Zugleich bestimmt § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, bis wann der Arbeitgeber seiner sich aus § 20 ergebenden öffentlich-rechtlichen Grundverpflichtung zur Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns nachzukommen hat; eine spätere Zahlung des Mindestlohns stellt eine nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar. Die vereinbarte Fälligkeit ist also wegen § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 nur zivilrechtlich von Bedeutung, nicht jedoch für die Kontrolle der Zahlung des Mindestlohns durch den Zoll.

Ist der letzte Bankarbeitstag – Referenzort Frankfurt am Main – am Sitz des Arbeitgebers ein Feiertag, so findet **§ 193 BGB keine Anwendung** (HK-MiLoG/Kloppenburger § 2 Rn. 18; HWK/Sittard MiLoG § 2 Rn. 3). § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 dient – nicht zuletzt mit Blick auf grenzüberschreitende Sachverhalte – der Vereinheitlichung und soll damit sowohl die unionsrechtlich geforderte Transparenz des Mindestlohns als auch die hinreichende Bestimmtheit des Bußgeldtatbestands sicherstellen.

Der Zeitpunkt der gesetzlichen Fälligkeit ist nicht durch einzel- oder kollektivvertragliche Abrede abdingbar. Ist durch arbeits- oder kollektivvertragliche Abrede ein Fälligkeitstermin vereinbart, der nach dem in § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 geregelten Zeitpunkt liegt, so wird der gesetzliche Mindestlohnanspruch grundsätzlich am letzten Bankarbeitstag des Folgemonats fällig. Etwas anderes gilt im Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB. Ist die vertragliche Fälligkeitsabrede wegen eines Verstoßes gegen § 308 Nr. 1a BGB unwirksam, gelten gemäß § 306 Abs. 2 BGB die gesetzlichen Vorschriften. Die Fälligkeit des Mindestlohnanspruchs richtet sich in diesem Fall nach § 2 Abs. 1 S. 2 iVm § 614 BGB (HK-MiLoG/Kloppenburger § 2 Rn. 12; aA Lembke NZA 2015, 70, 76; MPK/Mückl MiLoG Rn. 335). Außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. BGB wird die vereinbarte Fälligkeitsregelung an § 271a BGB gemessen; § 2 Abs. 1 ist für den (tarif-)vertraglichen Vergütungsanspruch nicht *lex specialis*, da er nur den gesetzlichen Mindestlohnanspruch erfasst (aA HK-MiLoG/Kloppenburger § 2 Rn. 12).

Die gesetzliche Fälligkeitsregelung des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MiLoG schließt **Verwahrungsabreden** über den Mindestlohn, der bar oder durch Überweisung auf ein Bankkonto zu zahlen ist (hierzu → § 1 Rn. 80), nicht aus. Zwar steht der Fälligkeitstermin des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 nicht zur Disposition der Vertragsparteien. Das gesetzgeberische Schutzkonzept umfasst insofern auch den Aspekt, dass der Mindestlohn zeitnah zur Verfügung stehen soll; eine verspätete Mindestlohnzahlung ist nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 Alt. 2 bußgeldbewehrt (zur Unwirksamkeit von Stundungsabreden vgl. → § 3 Rn. 31). Soweit aber bspw. im Bereich der Saisonarbeit eine Übung dahingehend bestehen sollte, den Lohn ganz oder in Teilen erst zum Ende der Saison endgültig auszuzahlen und bis dahin durch den Arbeitgeber „verwahren“ zu lassen, um ein Verlustrisiko in Sammelunterkünften auszuschließen, kann diese Praxis iE auch unter dem MiLoG aufrechterhalten werden. Hierfür ist es allerdings erforderlich, dass der **Arbeitnehmer zunächst Verfügungsgewalt iSv Sachherrschaft über den (Bar-)Lohn erlangt**, indem der Lohn ihm zuvor tatsächlich ausgezahlt worden ist (vgl. hierzu auch → § 1 Rn. 80, → § 3 Rn. 32).

## II. Erfasste Ansprüche

- 9 § 2 Abs. 1 bestimmt ausschließlich die **Fälligkeit des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs** aus § 1 Abs. 1 (iVm § 20). Zum Fälligkeitszeitpunkt sind nicht die iSe vertraglichen Regelarbeitszeit vereinbarten Arbeitsstunden zum Mindestlohn auszus zahlen, sondern die **tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden**; umfasst ist damit auch vergütungs pflichtige Mehr- oder Überarbeit (vgl. BT-Drs. 18/1558 S. 34). Dies folgt bereits aus den Ausnahmeregelungen für Arbeits- und Langzeitkonten in § 2 Abs. 2 und Abs. 3.
- 10 Die Fälligkeitsregelung wirkt – bezogen auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch – **in jedem Arbeitsverhältnis**. Das MiLoG findet grds. auf alle Arbeitsverhältnisse Anwendung, die im Inland vollzogen werden, also auch auf Arbeitsverhältnisse, für die eine Vergütung oberhalb des Mindestlohns vereinbart ist (BAG Urt. v. 16.12.2016 – 5 AZR 374/16 Rn. 16, NZA 2017, 378, 378; Bayreuther NZA 2014, 865, 866; Lembke NZA 2016, 1, 2; MPK/Mückl MiLoG Rn. 169; Preis/Ulber Ausschlussfristen und MiLoG, S. 35 f.; Sagan/Witschen jM 2014, 372, 374; Sittard NZA 2014, 951, 952; Thüsing/Bayreuther MiLoG § 1 Rn. 10; aA Henssler RdA 2015, 43, 48; Lakies AuR 2014, 343, 345; Spielberger/Schilling NZA 2014, 414, 416; bereits → § 1 Rn. 2 ff.). Andernfalls wäre es möglich, sich bereits durch die Vereinbarung einer Arbeitsvergütung von knapp oberhalb des Mindestlohns der Anwendung des MiLoG, insbesondere also auch der Kontrolle durch die Zollbehörden, zu entziehen. Dass § 2 Abs. 1 in jedem Arbeitsverhältnis gilt, folgt auch im Umkehrschluss aus § 2 Abs. 2 S. 1 aE, der ansonsten inhalts leer wäre. Nach § 2 Abs. 2 S. 1 aE gelten die Vorgaben zur Führung von Arbeitszeitkonten nicht, soweit der gesetzliche Mindestlohnanspruch bereits durch die Zahlung des vertraglichen Arbeitsentgelts erfüllt ist.
- 11 Nicht geregelt wird von § 2 Abs. 1 die Fälligkeit des **(tarif-)vertraglichen Vergütungsanspruchs**. Wirtschaftlich gesehen ist deshalb die Vergütung in Höhe des Mindestlohns nach dem in § 2 Abs. 1 geregelten Fälligkeitsregime zu zahlen; die Fälligkeit von darüber hinausgehenden Vergütungsansprüchen richtet sich nicht nach § 2 Abs. 1 (MPK/Mückl MiLoG Rn. 338; Thüsing/Greiner MiLoG § 2 Rn. 3). Ebenso regelt § 2 Abs. 1 nicht die Fälligkeit von Vergütungsansprüchen für **Zeiten der Nichtarbeit** (vgl. MPK/Mückl MiLoG Rn. 335).
- 12 Für den gesetzlichen Mindestlohnanspruch geht die Fälligkeitsregelung des § 2 Abs. 1 sonstigen gesetzlichen Fälligkeitsvorschriften vor, ist insoweit also „lex specialis“. Dies gilt zunächst für § 87c Abs. 1 HGB, der den **Provisionsanspruch des Handelsvertreters** regelt. Nach § 87c Abs. 1 HGB kann für den Provisionsanspruch des Handelsvertreters der Abrechnungszeitraum auf bis zu drei Monate erstreckt werden, wobei die Abrechnung spätestens bis zum Ende des nächsten Monats zu erfolgen hat. Die Fälligkeitsregelung des § 87c Abs. 1 HGB erfasst nur den vertraglichen Provisionsanspruch des Handelsvertreters, nicht aber den gesetzlichen Mindestlohnanspruch. Auch der Handelsvertreter ist für die geleisteten Arbeitsstunden spätestens zum gesetzlichen Fälligkeits termin des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 mit dem Mindestlohn zu vergüten (ebs. Kocher AuR 2015, 173, 175; Thüsing/Greiner MiLoG § 2 Rn. 5; aA ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 10).
- 12a Soweit **Praktikanten iSv § 26 BBiG** nach Maßgabe von § 22 Abs. 1 S. 2 als Arbeitnehmer iSd MiLoG gelten und Anspruch auf den Mindestlohn haben, ist § 2 Abs. 1 bezogen auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch „lex specialis“ zu § 18 Abs. 2 BBiG. § 26 BBiG iVm § 18 Abs. 2 BBiG regelt allein die Fälligkeit einer nach § 26 BBiG iVm § 17 BBiG geschuldeten Praktikumsvergütung (vgl. auch Sagan/Witschen jM 2014, 372, 378). Sofern – wie in aller Regel der Fall – der Mindestlohnanspruch den Anforderungen an eine angemessene Vergütung iSv § 17 BBiG genügt (zum Verhältnis von § 1 Abs. 1 zu § 17 BBiG vgl. noch → § 22 Rn. 30 ff.), wird der Schutz des BBiG durch das insoweit weitreichendere Schutzkonzept des MiLoG konsumiert, so dass auch § 18 Abs. 2 BBiG für den Vergütungsanspruch des Praktikanten insgesamt zurücktritt. Ebenso tritt die

B. Fälligkeit des gesetzlichen Mindestlohns

§ 2

besondere **Fälligkeitsregelung** des § 64 HGB für die Vergütung von **Handlungsgehilfen** iSd § 59 S. 1 HGB hinter § 2 Abs. 1 zurück (ebs. MüKoBGB/Müller-Glöge MiLoG § 2 Rn. 1). Abgesehen davon, dass § 64 HGB nach dem Einigungsvertrag nicht in den Neuen Bundesländern gilt und somit für Zwecke des bundeseinheitlichen Mindestlohns nicht geeignet ist, verfolgen beide Normen ein unterschiedliches Schutzkonzept. § 64 HGB bezweckt im Kern, dass der Handlungsgehilfe mit einer festen laufenden Mindesteinnahme rechnen kann. Demgegenüber sichert das MiLoG keine feste laufende Mindesteinnahme, sondern knüpft an die tatsächlich geleistete Arbeitsstunde an; § 2 Abs. 1 will die zeitnahe Verfügbarkeit des Mindestlohns gewährleisten. Für den gesetzlichen Mindestlohnanspruch kann mithin auch eine von § 64 S. 1 HGB abweichende spätere Fälligkeit vereinbart werden, solange die Grenze des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 gewahrt bleibt.

Die **Fälligkeit** der tarifgestützten **Branchenmindestlöhne** nach dem AEntG sowie der Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG wird jeweils **durch** den im Wege der Verordnung „erstreckten“ **Mindestlohn- bzw. Lohnuntergrenzentarifvertrag** und nicht durch § 2 Abs. 1 **geregelt**. Dies folgt aus § 1 Abs. 3, der das Verhältnis zwischen Branchenmindestlöhnen bzw. der Lohnuntergrenze für die Arbeitnehmerüberlassung und dem MiLoG regelt (hierzu → § 1 Rn. 217 f.). Hiernach treten die Bestimmungen des MiLoG – auch bezogen auf branchenspezifische Regelungen zur Fälligkeit und zu Arbeitszeitkonten – hinter der jeweils einschlägigen branchenspezifischen Regelung zurück (vgl. BT-Drs. 18/1558 S. 34). 13

### III. Umgang mit abweichenden Vergütungsmodellen

Der Mindestlohnanspruch ist nach § 1 Abs. 1 als auf die Einheit Zeitstunde bezogener Entgeltanspruch konzipiert. Hiermit können vertragliche Vergütungsabreden konfliktieren, die an einen anderen Bezugspunkt anknüpfen (zB **Stücklohn**, **Monatsentgelt**). Für die Lösung dieser Konfliktlage sind einerseits das Zusammenwirken von § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 1, dh von Anspruch und Fälligkeit, und andererseits die **Anspruchskonkurrenz von gesetzlichem Mindestlohn- und vertraglichem Vergütungsanspruch** von zentraler Bedeutung. 14

#### 1. Umgang mit variablen Vergütungsmodellen

Variable Vergütungsmodelle wählen einen vom Stundenbezug des Mindestlohns (vgl. § 1 Abs. 1) abweichenden Bezugspunkt, knüpfen etwa leistungs-, erfolgs- oder umsatzabhängig an. Dies kann dazu führen, dass auf der Basis der vereinbarten variablen Vergütung der Mindestlohn für bestimmte Monate erreicht, für andere Monate hingegen unterschritten wird. Der gesetzliche Mindestlohn muss aber für den Abrechnungszeitraum – idR monatlich (dazu → § 1 Rn. 97) – und zum durch § 2 Abs. 1 vorgegebenen Fälligkeitstermin insgesamt erreicht werden, ungeachtet dessen, welche Berechnungsmethode und welcher Fälligkeitszeitpunkt für den vertraglichen Vergütungsanspruch maßgeblich sind. Denn die Vereinbarung einer variablen Vergütung kann wegen § 3 S. 1 den gesetzlichen Mindestlohnanspruch nicht abbedingen und zwar weder den Bezugspunkt der Arbeitsstunde noch den von § 2 Abs. 1 vorgegebenen Rahmen für den Abrechnungszeitraum und die Fälligkeit. Durch die Erfüllung des vertraglichen Vergütungsanspruchs wird zugleich der in Anspruchskonkurrenz stehende gesetzliche Mindestlohnanspruch getilgt und umgekehrt, ohne dass es einer entsprechenden Tilgungsbestimmung nach § 366 BGB bedürfte. Aus wirtschaftlicher Sicht setzt sich mithin der im jeweiligen Zeitraum höhere und somit für den Arbeitnehmer günstigere Anspruch durch. Dies bedeutet aber nicht, dass der Arbeitnehmer iSe Meistbegünstigung oder Rosinentheorie beliebig zwischen den Systemen springen kann. Macht ein Arbeitnehmer einen Ver- 15



## § 2

Fälligkeit des Mindestlohn

gütungsanspruch geltend, ist zunächst zu prüfen, ob er den gesetzlichen Mindestlohnanspruch oder den (tarif-)vertraglichen Vergütungsanspruch verfolgt. Die Ansprüche setzen zu ihrer Schlüssigkeit einen unterschiedlichen Sachvortrag voraus. Stützt der Arbeitnehmer sein Begehren auf das MiLoG ist – ungeachtet einer bestehenden variablen Vergütungsvereinbarung – zu prüfen, ob die im Abrechnungszeitraum geleisteten Arbeitsstunden zum Mindestlohn vergütet worden sind. Stützt der Arbeitnehmer sein Begehren auf die (tarif-)vertragliche Vergütungsabrede, bestimmt diese das Prüfprogramm (vgl. auch Lakies ArbR 2014, 343, 345). Im Ergebnis kann daher die Vergütung des Arbeitnehmers unter dem MiLoG nur dann auf Basis des vereinbarten variablen Vergütungsmodells unverändert erfolgen, wenn der Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden im Abrechnungszeitraum jeweils erreicht wird. Wird der Mindestlohn in einem Abrechnungszeitraum nicht erreicht, muss der Arbeitgeber die Vergütung bis zur Höhe des Mindestlohnanspruchs „aufstocken“.

- 16 Für **vertragliche Stück- und Akkordlohnmodelle** (wie zB im Bereich Zeitungszustellung verbreitet) ist dies in der Gesetzesbegründung ausdrücklich festgehalten: Danach kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur dann auf der Grundlage einer Stück- oder Akkordlohnvereinbarung vergüten, „wenn gewährleistet ist, dass der Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden erreicht wird“ (BT-Drs. 18/1558 S. 34). Es reicht also nicht aus, dass auf Basis der Stück- bzw. Akkordlohnvereinbarung der Arbeitnehmer bei Normalleistung eine Arbeitsvergütung in Höhe des Mindestlohns erreichen *kann*. Der Mindestlohn muss vielmehr wegen der Unabdingbarkeit seines Stundenbezugs und seiner Fälligkeitsvorgaben in § 2 Abs. 1 **für die geleisteten Arbeitsstunden im jeweiligen Abrechnungszeitraum** – idR also monatlich – erreicht werden.

A trägt für B Werbeprospekte aus. Sein Arbeitsvertrag sieht eine Vergütung von 0,10 Euro pro Stück vor. Die Vergütung ist bis zum 15. des auf die Arbeitsleistung folgenden Monats zu zahlen. A arbeitet sowohl im März als auch im April 2015 jeweils 40 Stunden. Während A im März nur 3.100 Stück verteilt, sind es im April 3.500 Stück. A steht für März und April 2015 aus § 1 Abs. 1 jeweils ein Mindestlohnanspruch von brutto 340,- Euro (40 x 8,50 Euro) zu. Für März 2015 bleibt der vertragliche Stücklohnanspruch von 310,- Euro hinter dem Mindestlohnanspruch zurück; Arbeitgeber B muss die Vergütung des A deshalb um 30,- Euro aufstocken und nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis zum 15. April 2015 auszahlen. Zur Schlüssigkeit seines Anspruchs muss A vortragen, dass er für B im März 2015 insgesamt 40 Stunden gearbeitet hat; ein Vortrag zu den verteilten Stückzahlen ist dagegen weder hinreichend noch erforderlich. Für den April 2015 ist es für A günstiger, wenn er sich auf den vertraglichen Vergütungsanspruch von 350,- Euro stützt, den B nach dem Arbeitsvertrag bis zum 15. Mai 2015 erfüllen muss. Für die Schlüssigkeit seines Anspruchs muss A neben der Stücklohnabrede vortragen, dass er im April 2015 3.500 Werbeprospekte zugestellt hat; die hierfür von ihm aufgewandten Arbeitsstunden sind für die Schlüssigkeit unerheblich.

## 2. Umgang mit verstetigten Arbeitsentgelten

- 17 Auch verstetigte Arbeitsentgelte können in Konflikt mit dem Normtext des § 2 Abs. 1 geraten. Bei einem verstetigten Arbeitsentgelt wird typischerweise die im Laufe eines Monats vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung unabhängig von der im betreffenden Monat gegebenen Zahl von Arbeits-, Werk- oder Kalendertagen in gleichbleibender Höhe vergütet. Beide Vertragsparteien gehen also nicht davon aus, dass der jeweilige Tageswert der Arbeitsleistung von Monat zu Monat schwankt (vgl. BAG Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 251/11, NZA 2012, 971, 972 f.). An sich zwingt das MiLoG in § 2 Abs. 1 zu einer konkret arbeitszeitbezogenen Betrachtung; jede geleistete Arbeitsstunde ist grundsätzlich zum gesetzlichen Fälligkeitstermin des § 2 Abs. 1 zu vergüten.

Bezogen auf eine Fünf-Tage-Woche und eine werktägliche Arbeitszeit von acht Arbeitsstunden ergibt sich bei 23 Arbeitstagen im Juli 2015 ein gesetzlicher Mindestlohnanspruch von brutto 1.564,- Euro. Bei 21 Arbeitstagen im August 2015 ergibt sich ein gesetzlicher Mindestlohnanspruch von lediglich brutto 1.428,- Euro. Bei 22 Arbeitstagen im September 2015 ergibt sich ein gesetzli-

C. Arbeitszeitkonten

§ 2

cher Mindestlohnanspruch von brutto 1.496,- Euro. Ein Arbeitgeber der auf Basis von durchschnittlich 21,67 Arbeitstagen im Monat (Wochenfaktor ~ 4,33) ein gleichbleibendes Arbeitsentgelt von monatlich brutto 1.473,56 Euro zahlt, erfüllt damit strenggenommen nur im August 2015 den gesetzlichen Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers vollständig.

Eine strikt dem **Wortlaut** folgende Lesart des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ließe es nicht zu, **18** dass der gesetzliche Mindestlohnanspruch nur bei **quartalsweiser oder kalenderjährlicher Betrachtung** erreicht wird. Vertragliche Entgeltmodelle, bei denen der Arbeitnehmer unabhängig von der Anzahl der Arbeitstage im Bezugszeitraum ein gleichbleibendes Arbeitsentgelt erzielt, das rechnerisch nur im Quartal oder Kalenderjahr dem Mindestlohn entspricht, können daher an sich mindestlohnrechtlich nur unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 vollzogen werden.

§ 2 Abs. 2 regelt eine von § 2 Abs. 1 abweichende Fälligkeit für die Vergütung von **19** Mehrarbeit, wenn die geleistete Mehrarbeitsstunde vereinbarungsgemäß auf ein Arbeitszeitkonto eingestellt wird. Bei **kalendarisch schwankender Arbeit** handelt es sich jedoch nicht um Mehrarbeit, weil der Arbeitnehmer gleichbleibend seine Sollarbeitszeit leistet. Die Arbeitszeit schwankt lediglich infolge der unterschiedlich „langen“ Kalendermonate (zur hiervon zu unterscheidenden Blockzeit → Rn. 26). Damit regelt § 2 Abs. 2 den Fall der kalendarisch bedingten Arbeitszeitschwankung nicht unmittelbar. Allerdings liegt **§ 2 Abs. 2** die **Wertung** zugrunde, dass Abreden über verstetigte Arbeitsentgelte – auch im mindestlohnrelevanten Bereich – weiter durchgeführt werden können. Müssten kalendarisch bedingte Arbeitszeitschwankungen im Abrechnungsmonat nachvollzogen werden, könnten verstetigte Entgeltabreden – entgegen der in § 2 Abs. 2 zum Ausdruck kommenden Intention des Gesetzes – im mindestlohnrelevanten Bereich nicht aufrechterhalten werden. Die Fälligkeitsregelung des § 2 Abs. 1 ist daher teleologisch zu reduzieren: Ein Arbeitgeber genügt seiner Pflicht zur rechtzeitigen Zahlung des Mindestlohns, wenn von ihm – entsprechend § 2 Abs. 2 – im zwölfmonatigen Bezugszeitraum der Mindestlohnanspruch durch das verstetigte Arbeitsentgelt bewirkt wird (iE ebs. ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 8; aA Boemke JuS 2015, 385, 388). Diese Rechtsansicht legt auch der Zoll seiner Kontrollpraxis zugrunde (Stand März 2017).

Das MiLoG gibt nicht vor, **wie** bei einer vereinbarten Wochenarbeitszeit das monatlich **20** **verstetigte Arbeitsentgelt zu errechnen ist**. Aus der Praxis sind verschiedene Berechnungsmethoden bekannt, die sich allesamt nur im Hundertstelbereich unterscheiden (§ 24 Abs. 3 S. 3 TVöD: Faktor 4,34; § 1 Abs. 2 TV Mindestlohn Gebäudereiniger: Faktor 4,35; BAG Urt. v. 14.3.2007 – 5 AZR 791/05, NZA 2007, 981, 982: Faktor 4,33). Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des MiLoG ist insofern **jede Berechnungsmethode** anzuerkennen, **die die Grenze von 4,33 Wochen / Monat wahrt**.

Die Verstetigung des Arbeitsentgelts kann dazu führen, dass bei einem unterjährigen **21** Ausscheiden der Mindestlohnanspruch noch nicht in Gänze erfüllt ist. Scheidet der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis aus, ist **ausstehendes Arbeitsentgelt entsprechend § 2 Abs. 2 S. 3 nachzuzahlen**.

Ein Arbeitnehmer wird zum 1.7.2015 eingestellt. Im schriftlichen Arbeitsvertrag ist eine Fünf-Tage-Woche bei einer werktäglichen Arbeitszeit von acht Arbeitsstunden und einem gleichbleibenden Arbeitsentgelt von monatlich brutto 1.473,56 Euro vereinbart. Das Arbeitsverhältnis endet am 31.8.2015. Bei 23 Arbeitstagen im Juli 2015 und 21 Arbeitstagen im August 2015 ergibt sich ein gesetzlicher Mindestlohnanspruch von brutto 2.992,- Euro. Anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitgeber – zu dem monatlich verstetigten Arbeitsentgelt von je brutto 1.473,56 Euro – weitere 44,88 Euro an den Arbeitnehmer zu zahlen.

### C. Arbeitszeitkonten

Die Vorschrift des § 2 Abs. 2 stellt eine **Ausnahmeregelung zum gesetzlichen Fälligkeitstermin** nach § 2 Abs. 1 dar. § 2 Abs. 2 bestimmt abweichend von der in § 2 Abs. 1 **22**



## § 2

Fälligkeit des Mindestlohn

geregelten Fälligkeit des Mindestlohns, dass bei verstreuten Arbeitsentlohnungen die Arbeitsstunden, die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus geleistet worden sind, auf ein Arbeitszeitkonto eingestellt werden können. In diesem Fall muss eine geleistete Arbeitsstunde nicht zum in § 2 Abs. 1 geregelten gesetzlichen Fälligkeitstermin mit dem Mindestlohn vergütet werden, sondern kann später abgegolten werden. Dabei gibt die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 2 Rahmenbedingungen zur Führung mindestlohnrelevanter Arbeitszeitkonten vor, um dem Missbrauch von Arbeitszeitkonten zur Umgehung des Mindestlohns vorzubeugen. Soweit die Voraussetzungen der Ausnahmenvorschrift des § 2 Abs. 2 nicht vorliegen, wird der Mindestlohnanspruch nach § 2 Abs. 1 fällig (ebs. HK-MiLoG/Kloppenburg MiLoG § 2 Rn. 54; HWK/Sittard MiLoG § 2 Rn. 8; Lakies MiLoG § 2 Rn. 15).

### I. Vergütungsrechtliches Arbeitszeitkonto

- 23** § 2 Abs. 2 regelt ausschließlich die Führung von vergütungsrechtlichen Arbeitszeitkonten. Ein Arbeitszeitkonto iSv § 2 Abs. 2 muss demnach den Umfang der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit wiedergeben und **in anderer Form den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers ausdrücken** (HK-MiLoG/Kloppenburg § 2 Rn. 36; HWK/Sittard MiLoG § 2 Rn. 5; Lakies MiLoG § 2 Rn. 4; allg. vgl. etwa BAG Beschl. v. 18.3.2014 – 1 ABR 75/12 Rn. 20 mwN, NZA 2014, 984, 985). Es muss also **Vorleistungen** der einen oder der anderen Seite ausweisen. Ein über den regelmäßigen Abrechnungszeitraum hinaus beibehaltenes Zeitguthaben bedeutet eine Vorleistung des Arbeitnehmers über § 614 S. 2 BGB hinaus. Ein negatives Guthaben stellt hingegen eine Vorleistung des Arbeitgebers dar. Bei einem negativen Zeitguthaben des Arbeitnehmers handelt es sich der Sache nach um einen Lohn- oder Gehaltsvorschuss des Arbeitgebers (BAG Urt. v. 13.12.2000 – 5 AZR 334/99, NZA 2002, 390, 392). Da § 2 Abs. 2 kein spezifisch für Zwecke des Mindestlohns vereinbartes Arbeitszeitkonto voraussetzt, werden auch Arbeitszeitkonten erfasst, die vor dem Inkrafttreten des MiLoG vereinbart worden sind (ebs. MüKoBGB/Müller-Glöge MiLoG § 2 Rn. 3; zum Umgang mit Altsalden vgl. → Rn. 58 ff.).
- 24** § 2 Abs. 2 macht keine allgemeinen Vorgaben für die Führung sonstiger Arbeitszeitkonten (vgl. BT-Drs. 18/2010 (neu) S. 22). **Sonstige Arbeitszeitkonten oder Arbeitszeitdokumentationen**, die auf gesetzlicher (zB nach § 21a Abs. 7 ArbZG) oder kollektivrechtlicher Grundlage für andere als Entgeltzwecke geführt oder erstellt werden, sind weder geeignet, die Fälligkeit des gesetzlichen Mindestlohns zu durchbrechen, noch in ihrer Führung durch § 2 Abs. 2 betroffen. Auch wenn Arbeitszeitkonten nach der Rspr. des BAG *typischerweise* festhalten, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht erbracht hat oder aufgrund eines Entgeltfortzahlungstatbestands nicht erbringen musste (vgl. BAG Urt. v. 21.3.2012 – 5 AZR 676/11, NZA 2012, 870, 872), dienen Arbeitszeitkonten nicht stets dazu, einen Vergütungsanspruch verbindlich zu bestimmen (zur Führung eines reinen Gleitzeitkontos vgl. BAG Beschl. v. 10.12.2013 – 1 ABR 40/12, NZA 2014, 675, 676 f.). Ein Arbeitszeitkonto kann daher etwa auch für die Höhe eines Anspruchs auf Freizeitausgleich oder die Höhe eines Vorschusses maßgebend sein (so im Fall von BAG Urt. v. 21.3.2012 – 5 AZR 676/11, NZA 2012, 870, 872). Die Abrede, geleistete Überstunden durch Freizeit auszugleichen, genügt hierzu regelmäßig nicht (so BAG Urt. v. 21.3.2012 – 6 AZR 560/10, ZTR 2012, 411). Ob mit dem Arbeitszeitkonto von den Arbeitsvertragsparteien neben dem Entgeltzweck *darüber hinaus* weitere Zwecke verfolgt werden, ist mindestlohnrechtlich ohne Belang.
- 25** Ein vergütungsrechtliches Arbeitszeitkonto iSv § 2 Abs. 2 kann auch bei vereinbarter **Vertrauensarbeitszeit** geführt werden. Bei vereinbarter Vertrauensarbeitszeit verzichten