

NEWSLETTER

AUSGABE 2/2016

www.wendlertremml.de

www.entsenderecht.de

Inhaltsverzeichnis (Stand Juni 2016)

1. Änderung der EU-Entsenderichtlinie stockt
2. BAG bestätigt Anrechenbarkeit von Sonderzahlungen auf Mindestlohn
3. Bereitschaftsdienste sind mindestlohnpflichtig
4. Funktionszulage auf Mindestlohn anrechenbar?
5. Reinigungskosten für Hygienekleidung von Arbeitgeber zu tragen?
6. Ermittlungen des Hauptzollamtes als Grundlage für nachträgliche Beitragsfestsetzung
7. Veranstaltungshinweis

1. Änderung der EU-Entsenderichtlinie stockt

Der am 8. März 2016 von der Europäischen Kommission vorgelegte Vorschlag für eine Änderung der Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG) stößt innerhalb der Europäischen Union auf Kritik. Elf Mitgliedstaaten haben als Mittel der Subsidiaritätskontrolle das Verfahren der „gelben“ Karte ausgelöst.

Diese Mitgliedstaaten sind der Auffassung, dass der vorgelegte Entwurf nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist. Dieses besagt, dass Entscheidungen möglichst bürgernah zu treffen sind und zu prüfen ist, ob ein Vorgehen auf EU-Ebene angesichts der nationalen, regionalen oder lokalen Handlungsmöglichkeiten wirklich gerechtfertigt ist. Der Mechanismus der Subsidiaritätskontrolle kommt in Bereichen zur Anwendung, in denen sich die EU die Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten teilt.

Das Verfahren gibt den nationalen Parlamenten nach der Übermittlung des Entwurfs acht Wochen Zeit, ihre Auffassung mit begründeten Stellungnahmen darzulegen. Die Europäische Kommission überprüft dann anhand der Stellungnahmen ihren Vorschlag. Sie kann auf der Grundlage der Überprüfung beschließen an dem Entwurf festzuhalten, ihn zu ändern oder ihn zurückzuziehen.

Seit Einführung der Subsidiaritätskontrolle im Kalenderjahr 2009 ist dies das dritte Verfahren der „gelben“ Karte.

2. BAG bestätigt Anrechenbarkeit von Sonderzahlungen auf Mindestlohn

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat mit Urteil vom 25. Mai 2016 (5 AZR 135/16) die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 12. Januar 2016 (19 Sa 1851/15) bestätigt, wonach Jahressonderzahlungen, die vorbehaltlos und unwiderruflich in jedem Kalendermonat zu 1/12 geleistet werden, als Teil des gesetzlichen Mindestlohns anzusehen sind.

Die Klägerin hatte unter Verweis auf das Mindestlohngesetz ein erhöhtes Monatsgehalt, erhöhte Jahressonderzahlungen sowie erhöhte Lohnzuschläge gefordert (siehe hierzu auch NEWSLETTER 1/2016). Das Landesarbeitsgericht hatte der Klägerin Nachtarbeitszuschläge in Höhe von 0,80 € brutto zugesprochen und im Übrigen die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Auch die Revision blieb erfolglos.

Das BAG hat festgestellt, dass der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn durch die im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis als Gegenleistung für Arbeit erbrachten Entgeltzahlungen erfüllt werden, soweit diese bei dem Arbeitnehmer endgültig verbleiben. Die Erfüllungswirkung fehle nur solchen Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf tatsächliche Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen. Da in dem entschiedenen Fall die Jahressonderzahlungen, die in jedem Kalendermonat zu 1/12 geleistet wurden, vorbehaltlos und unwiderruflich gezahlt wurden, kommt diesen Erfüllungswirkung zu. Dadurch wurde der gesetzliche Mindestlohn in Höhe von 8,50 € für den Zeitraum Januar bis November 2015 erreicht.

3. Bereitschaftsdienste sind mindestlohnpflichtig

Im Mindestlohngesetz (MiLoG) ist nicht ausdrücklich geregelt, welche Leistungen als mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergütende Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes gelten. Verschiedene Gerichte, u.a. das Bundesarbeitsgericht (Urt. v. 29.06.2016, Az: 5 AZR 716/15) und das Arbeitsgericht Hamburg (Urt. v. 02.03.2016, Az: 27 Ca 443/15), mussten sich daher bereits mit der Frage befassen, ob Bereitschaftszeit „Arbeitszeit“ im Sinne des MiLoG ist. Im Ergebnis haben die Gerichte entschieden, dass Bereitschaftsdienst mindestlohnpflichtige Arbeitszeit ist.

Nicht nur jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient, soll danach zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit zählen. Auch eine vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit, während derer der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz oder einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle anwesend sein muss und nicht frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen kann, er also weder eine Pause im Sinne von § 4 Arbeitszeitgesetz und noch Freizeit hat, ist somit Arbeitszeit. Damit ist für die Anwendbarkeit des Mindestlohngesetzes nicht die Intensität der Arbeit, mit welcher der Arbeitgeber den Arbeitnehmer betraut, entscheidend, sondern die Disponibilität der Zeit aus Arbeitnehmersicht.

Obwohl Bereitschaftszeit mit dem Mindestlohn zu vergüten ist, haben die Kläger in den entschiedenen Fällen keine weitere Vergütung von ihren Arbeitgebern fordern können.

Das Arbeitsgericht Hamburg hat für die Prüfung, ob der

gesetzliche Mindestlohn gewährt wurde, keine reine stundenweise Betrachtung angestellt. Vielmehr hat das Arbeitsgericht eine monatliche Durchschnittsbetrachtung vorgenommen, indem die monatliche Vergütung durch die geleisteten Arbeitsstunden geteilt wurde. Bei dieser Berechnung wurde der Mindestlohn eingehalten, obwohl das für den Bereitschaftsdienst vereinbarte Stundenentgelt unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns lag. Zur Begründung hat das Gericht auf das Ziel des Gesetzgebers verwiesen, mit dem Mindestlohn ein auf die Situation des Arbeitnehmers zugeschnittenes pauschaliertes Existenzminimum als Monatseinkommen zu erreichen. Das Gericht hat ausgeführt, dass es hierfür unerheblich sei, ob einzelne Arbeitsstunden mit weniger als 8,50 € vergütet werden, solange im Monatsdurchschnitt dieser Mindeststundenlohn gezahlt wird.

Auch in dem vom Bundesarbeitsgericht am 29. Juni 2016 entschiedenen Fall wurde dem Kläger keine weitere Vergütung zugesprochen, weil die gezahlte Monatsvergütung den für die Vollarbeit und Bereitschaftszeiten zu zahlenden gesetzlichen Mindestlohn übersteigt. Die im Arbeitsvertrag vereinbarte tarifliche Vergütungsregelung zur Bereitschaftszeit wurde wegen des Inkrafttretens des Mindestlohngesetzes nicht unwirksam, so dass auch ein Anspruch auf weitere Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB nicht besteht.

4. Funktionszulage auf Mindestlohn anrechenbar?

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg war mit einem Streit darüber befasst, inwieweit einer Pflegekraft neben dem als „Grundgehalt“ deklarierten Lohn eine Funktionszulage, ein Tankgutschein sowie eine Prämie auf den Mindestlohn angerechnet werden.

Die Parteien hatten im Arbeitsvertrag, der im Lauf der Zeit u.a. durch weitere schriftliche Vereinbarungen ergänzt bzw. ersetzt wurde, für eine Regelarbeitszeit von 40 Stunden in der Woche eine Vergütung als „Pflegeassistentin und Inkontinenzbeauftragte“ vereinbart, die sich aus den Positionen „Vergütung“ und „Funktionszulage als Inkontinenzbeauftragte“ zusammensetzte. Zusätzlich erhielt die Arbeitnehmerin eine Prämie, die mit dem Junigehalt ausgezahlt wurde, sowie Tankgutscheine nach Vorlage von Quittungen. Die Arbeitnehmerin forderte vom Arbeitgeber eine Differenzvergütung, weil das Monatsgehalt – nämlich der als „Vergütung“ auf der Lohnabrechnung ausgewiesene Posten – verteilt auf die vereinbarte Wochenarbeitszeit nicht den zu gewährenden Mindestlohn ergebe.

Das Gericht hat zunächst festgestellt, dass weder der einschlägige Tarifvertrag noch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz eine Regelung der Frage enthalten, welche Entgeltbestandteile auf den Mindestlohn anzurechnen sind. Gleiches gelte auch für das Mindestlohngesetz. Hervorgehoben wurde jedoch, dass im Zusammenhang mit der Auslegung der einschlägigen Vorschriften europarechtliche Vorgaben zu beachten

sind. Hier wurde insbesondere auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verwiesen, wonach „Zulagen oder Zuschläge, die nicht das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung verändern“, als „Bestandteile des Mindestlohns anerkannt werden“ müssen.

Unter Verweis auf die vom Bundesarbeitsgericht (BAG) verlangte „funktionale Gleichwertigkeit“ von Leistungen des Arbeitnehmers und anzurechnendem Entgeltbestandteil prüfte das LAG daher, welche „Normalleistung“ von der Klägerin gefordert wird. Hierfür wurden die im konkreten Fall vereinbarten Leistungen und Arbeitsbedingungen mit der gewährten Vergütung verglichen. Das LAG kam zu dem Schluss, dass arbeitsvertraglich nicht nur die Tätigkeit als Pflegeassistentin sondern auch als Inkontinenzbeauftragte geschuldet wurde. Diesen Tätigkeiten war daher nicht nur die Grundvergütung gegenüberzustellen, sondern auch die Zulage als Inkontinenzbeauftragte. Da im Arbeitsvertrag auch die Tätigkeit als Inkontinenzbeauftragte vereinbart war, war das Verwalten und Bestellen von Inkontinenzmitteln Teil der arbeitsvertraglich geschuldeten Normaltätigkeit. Nur wenn über diese arbeitsvertraglich geschuldete Normaltätigkeit hinausgehende, ansonsten unbezahlte, überobligatorische Arbeitsleistungen ausgeführt worden wären, hätte der Funktionszuschlag nicht angerechnet werden können.

Das LAG hat folglich entschieden (Urt. v. 29.01.2016, Az: 6 Sa 273/15), dass die vom Arbeitgeber gezahlte Funktionszulage auf den Mindestlohn anrechenbar sei und bereits hierdurch dem Anspruch auf Zahlung des Mindestlohns entsprochen wurde. Es musste daher nicht mehr entschieden werden, inwieweit die Auszahlung der Prämie oder der Tankgutscheine Auswirkungen auf die Berechnung des Mindestlohns haben. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Revision zum Bundesarbeitsgericht wurde eingelegt.

Praxistipp:

Nur wenn zusätzliche, über die im Arbeitsvertrag vereinbarte Tätigkeit hinausgehende Leistungen erbracht werden, sollen insoweit gezahlte Zulagen nicht Teil des Mindestlohns sein. Es ist jedoch denkbar, dass das Bundesarbeitsgericht die erstinstanzliche für die klagende Arbeitnehmerin positive Entscheidung wiederherstellt. Sinnvoll ist es grundsätzlich, ein Grundgehalt zu erhöhen statt eine Zulage zu zahlen oder zu erhöhen. So können Rechtsstreitigkeiten um die Anrechenbarkeit von Zulagen vermieden werden.

5. Reinigungskosten für Hygienekleidung von Arbeitgeber zu tragen

Ein Arbeitgeber in lebensmittelverarbeitenden Betrieben hat nicht nur dafür zu sorgen, dass seine Arbeitnehmer saubere und geeignete Hygienekleidung tragen, sondern diese Kleidung auch auf eigene Kosten

zu reinigen. Das hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 14. Juni 2016 (9 AZR 181/15) entschieden und festgestellt, dass vom Arbeitgeber vorgenommene Abzüge für die Reinigungskosten unberechtigt sind.

Der Kläger, der im Schlachthof der Beklagten im Bereich der Schlachtung beschäftigt ist, trägt während der Arbeit weiße Hygienekleidung, die von der Beklagten zur Verfügung gestellt wird. Für die Reinigung dieser Kleidung erfolgte ein monatlicher Abzug in Höhe von 10,23 € vom Nettolohn. Das Bundesarbeitsgericht hat darauf verwiesen, dass die von der Arbeitgeberin aufgewendeten Reinigungskosten im eigenen Interesse und nicht im Interesse des Arbeitnehmers getragen wurden. Nicht entschieden wurde, ob eine Vereinbarung wirksam ist, wonach der Arbeitnehmer die Kosten der Reinigung zu tragen hat. Denn eine solche Vereinbarung wurde im zu entscheidenden Fall weder ausdrücklich noch durch schlüssiges Verhalten getroffen.

6. Ermittlungen des Hauptzollamtes als Grundlage für nachträgliche Beitragsfestsetzung

Sowohl bei eingeleiteten Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung als auch wegen Verdachts der Scheinselbständigkeit wird der Sozialversicherungsträger durch die Ermittlungsbehörden informiert und regelmäßig zur Berechnung des entstandenen Schadens hinzugezogen. Dies führt dazu, dass Sozialversicherungsbeiträge selbst dann nachgefordert werden, wenn die Ermittlungsverfahren eingestellt werden.

In einer Entscheidung vom 22. April 2016 hat das Landessozialgericht (LSG) Sachsen die Rechtmäßigkeit einer Beitragsnacherhebung auf der Grundlage der Ermittlungsergebnisse der Zollbehörden bestätigt (LSG Sachsen, Urt. v. 22.04.2016, Az: L 1 KR 228/11). Dabei hat das Gericht entschieden, dass der Sozialversicherungsträger nicht in jedem Fall verpflichtet ist, eigene Ermittlungen zu der Beitragspflicht bzw. Höhe der Beiträge durchzuführen. Es sei vielmehr zulässig, dass sich die Beitragsfestsetzung ausschließlich auf die vom Hauptzollamt bei dessen Betriebsprüfung nach §§ 2 und 6 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz i.V.m. § 28p SGB IV gewonnenen Ermittlungsergebnisse stützt und diese lediglich sozialversicherungs- und beitragsrechtlich auswertet. Das Gericht weist in der Entscheidung darauf hin, dass das Verwaltungsverfahren nicht an bestimmte Formen gebunden ist, soweit – wie vorliegend – keine besonderen Rechtsvorschriften für die Form des Verfahrens bestehen. Die Verfahren seien einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen, weiter könnten zur Ermittlung des Sachverhaltes u. a. Auskünfte jeder Art eingeholt und Urkunden und Akten beigezogen werden.

Anlass zur Durchführung weiterer Ermittlungen sei nur dann gegeben, wenn aus den Ermittlungen des Hauptzollamtes ersichtlich sei, dass namentlich bekannte,

ohne größeren Verwaltungsaufwand befragbare Personen als Arbeitnehmer in Frage kommen könnten und wenn für diese Personen dennoch Beiträge in Form eines Beitragssummenbescheides festgesetzt worden wären.

Praxistipp:

Für die rückwirkende Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen ist das Vorliegen eines Vorsatzes nicht zwingend. Ob vorsätzlich Beiträge vorenthalten wurden ist nur relevant für die Frage, wie viele Jahre rückwirkend die Beiträge gezahlt werden müssen. Gemäß § 25 Absatz 1 Satz 1 SGB IV verjähren Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind. Nach Satz 2 der Vorschrift verjähren Ansprüche auf *vorsätzlich* vorenthaltene Beiträge in dreißig Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind. Für Vorsatz i. S. dieser Regelung sind das Bewusstsein und der Wille erforderlich, die Abführung der fälligen Beiträge zu unterlassen, wobei es für die Geltung der 30jährigen Verjährungsfrist ausreicht, wenn der Schuldner die Beiträge mit bedingtem Vorsatz vorenthalten hat, er also seine Beitragspflicht für möglich gehalten, die Nichtabführung der Beiträge aber billigend in Kauf genommen hat (Bundessozialgericht, Urt. v. 26.01.2005, Az: B 12 KR 3/04 R).

7. Veranstaltungshinweis

Am 24. November 2016 findet die Herbstveranstaltung der von der Ratfinder GmbH veranstalteten Reihe „Praktikerseminar“ mit der Beteiligung von **WENDLER TREMML** in Ratingen statt.

Ein Schwerpunkt ist das Thema „Sozialversicherung bei Entsendung“. Neben einem Update zur neuesten Mindestlohnrechtsprechung werden weitere aktuelle

Themen, die bei einer grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit in Deutschland aus juristischer, steuerrechtlicher und versicherungsrechtlicher Perspektive relevant sind, behandelt.

Weitere Informationen finden Sie zu gegebener Zeit unter www.entsenderecht.de.

Das Düsseldorfer Büro der Kanzlei **WENDLER TREMML** betreut und berät ausländische und deutsche Unternehmen bei grenzüberschreitenden Aktivitäten in allen zentralen wirtschaftsrechtlichen Fragen.

Als Ansprechpartner stehen Ihnen zur Verfügung:

Michael Wendler – mwendler@wendlertremml.de
Kai F. Sturmfels, LL.M. – ksturmfels@wendlertremml.de
Dr. Jutta Walther – jwalther@wendlertremml.de
Beata Donay – bdonay@wendlertremml.de

Impressum

Wendler Tremml Rechtsanwälte
verantwortliche Redakteurin
Dr. Jutta Walther
Mörsenbroicher Weg 200
40470 Düsseldorf
Tel. +49/2 11/66 96 67 0
Fax. +49/2 11/66 96 67 66
dus@wendlertremml.de
www.wendlertremml.de
www.entsenderecht.de

Düsseldorf, Juni 2016

Trotz sorgfältiger Erstellung der Unterlagen wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen stellen keinen Rechtsrat dar und können eine einzelfallbezogene anwaltliche Beratung nicht ersetzen.

WENDLER TREMML

RECHTSANWÄLTE

DÜSSELDORF

Mörsenbroicher Weg 200
D - 40470 Düsseldorf
Tel. +49/2 11/66 96 67 0
Fax +49/2 11/66 96 67 66
dus@wendlertremml.de

MÜNCHEN

Sophienstraße 5
D - 80333 München
Tel. +49/89/55 05 69 10
Fax +49/89/55 05 67 99
munich@wendlertremml.de

BERLIN

Mauerstraße 83/84
D - 10117 Berlin
Tel. +49/30/28 04 63 60
Fax +49/30/28 04 63 61
berlin@wendlertremml.de

BRÜSSEL

Avenue de la Renaissance 1
B - 1000 Bruxelles
Tel. +32/2/739 63 54
Fax +32/2/739 62 79
bruxelles@wendlertremml.de