

NEWSLETTER

AUSGABE 4/2017

www.wendlertremml.de

www.entsenderecht.de

Inhaltsverzeichnis (Stand Dezember 2017)

1. EuGH-Generalanwalt fordert keine Bindung an betrügerisch erlangte Entsendebescheinigungen
2. Disclaimer verhindert nicht Vertragsabschluss
3. BAG zur Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohns
4. Gesetzlicher Mindestlohn nicht durch Sachleistungen erfüllt
5. Neue Mindestlöhne ab 1. Januar 2018

1. EuGH-Generalanwalt fordert keine Bindung an betrügerisch erlangte Entsendebescheinigungen

Nachdem der Europäische Gerichtshof (EuGH) zuletzt mit Urteil vom 27. April 2017 die Bindungswirkung einer Bescheinigung E-101 bestätigt hat (Rechtssache C-620/15, siehe hierzu NEWSLETTER 2/2017), ist ein weiteres Verfahren anhängig, in dem die Bindungswirkung von Bescheinigungen E 101 von Bedeutung ist.

In dem Rechtsstreit geht es um die Frage, ob ein Gericht des Aufnahmemitgliedstaats an eine Entsendebescheinigung gebunden ist, wenn es feststellt, dass diese betrügerisch erwirkt oder in Anspruch genommen wurde (Rechtssache C-359/16).

Ausgangspunkt ist ein in Belgien laufendes Strafverfahren gegen verschiedene Personen, die als Arbeitgeber (und Inhaber bulgarischer Unternehmen) nach Belgien entsandte bulgarische Arbeitnehmer zur Ausführung von Aufträgen eingesetzt hatten. Die Arbeitnehmer besitzen E 101-Bescheinigungen, eine Anmeldung beim belgischen Sozialversicherungsträger erfolgte aus diesem Grund nicht. Nach den Ermittlungen der belgischen Sozialaufsichtsbehörde übten die bulgarischen Unternehmen in Bulgarien praktisch keine Tätigkeit aus. Die belgischen Behörden wandten sich daraufhin an den bulgarischen Sozialversicherungsträger und forderten unter Angabe von Gründen zum Widerruf der Bescheinigung E 101 auf. Eine Entscheidung über dieses Ersuchen erging nicht. Die belgischen Behörden leiteten im Weiteren ein Strafverfahren gegen die Arbeitgeber ein, in dem zunächst ein Freispruch wegen der vorliegenden Bescheinigungen E 101 erfolgte. Hiergegen legte die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel ein. In der nächsten Instanz erfolgte aufgrund der Feststellung, dass die Entsendebescheinigungen „betrügerisch erwirkt worden seien, indem nicht der Wirklichkeit entsprechende Tatsachen vorgetragen worden seien, um die nach der Gemeinschaftsregelung für die Entsendung geltenden Voraussetzungen zu umgehen und dadurch einen Vorteil zu erlangen, den die Betroffenen ohne dieses betrügerische Vorgehen nicht hätten erwirken können“, eine Verurteilung.

Gegen dieses Urteil wurde nunmehr von den verurteilten Arbeitgebern Rechtsmittel eingelegt. Das zuständige Gericht hat den EuGH angerufen, um die Frage zu klären, ob eine E 101-Bescheinigung von einem anderen Gericht als dem des Entsendemitgliedstaats für nichtig erklärt oder außer Acht gelassen werden kann, wenn der Sachverhalt, über den es zu befinden hat, die Feststellung trägt, dass die Bescheinigung betrügerisch erwirkt oder geltend gemacht wurde.

Hiervon geht der Generalanwalt beim EuGH in seinen Schutzanträgen vom 9. November 2017 aus. Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH die Rechtsauffassung des Generalanwaltes teilt. Die für das kommende Jahr zu erwartende Entscheidung dürfte auch Signalwirkung für die Frage der Bindungswirkung von A 1-Bescheinigungen haben. Der Generalanwalt hat bereits darauf hingewiesen, dass auch die Auslegung der aktuell geltenden Verordnungen in gleicher Weise zu erfolgen habe.

Praxistipp:

Die EU-Kommission hat eine Änderung der geltenden Regelungen zur Erteilung von Entsendebescheinigungen angeschoben. In die Verordnung (EG) Nr. 987/2009, in der die Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 festgelegt werden, soll eingefügt werden, dass als „Betrug“ jede vorsätzliche Handlung oder Unterlassung gilt, die darauf ausgerichtet ist, entgegen den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats Leistungen der sozialen Sicherheit zu erwirken oder zu empfangen oder sich den Verpflichtungen zur Zahlung von Beiträgen der sozialen Sicherheit zu entziehen. Noch bis zum 10. Januar 2018 können im Europäischen Parlament Änderungsvorschläge eingereicht werden, die Annahme der Änderungsvorschläge ist für den 19. Juni 2018 vorgesehen.

2. Disclaimer verhindert nicht Vertragsabschluss

Das Oberlandesgericht Stuttgart (OLG) hat im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit über einen Bauvertrag entschieden, dass ein Vertragsangebot auch dann mittels einer E-Mail angenommen werden kann, wenn diese E-Mail am Ende einen sogenannten „Disclaimer“, d.h. einen formularmäßigen Haftungsausschluss, enthält.

Hintergrund war die Frage, ob ein Steuerberater ein ihm per E-Mail zugeleitetes überarbeitetes Angebot zur Beauftragung von Bauleistungen angenommen hat. In der Antwort-E-Mail erklärte der Steuerberater: „ich gehe davon aus, dass die Bauleitung im Angebot enthalten ist, dann nehme ich das Angebot an.“ Unterhalb der Unterschriftszeile enthielt die E-Mail eine formularmäßige Regelung, in der sich u.a folgende Erklärung findet: „Die Versendung von E-Mails an mich und durch mich hat keine fristwahrende Wirkung. Der Austausch per E-Mail dient ausschließlich Informationszwecken. Rechtsverbindliche Erklärungen dürfen über dieses

Medium nicht ausgetauscht werden. Ich möchte Sie darauf hinweisen, dass die Kommunikation mittels E-Mail über das Internet unsicher ist, da für unberechtigte Dritte hier grundsätzlich die Möglichkeit der Kenntnisnahme und Manipulation besteht.“

Das OLG hat festgestellt, dass ungeachtet dieses Disclaimers ein Vertrag zustande gekommen ist. Die ausdrücklich abgegebene Erklärung sei keine Ablehnung des Angebots des Auftragnehmers verbunden mit einem neuen Angebot, sondern als Annahme des Angebots zu werten. Das Gericht hat insoweit ausgeführt, dass es sich dabei offensichtlich um einen Text handelt, der im Rahmen der beruflichen Tätigkeit als Steuerberater E-Mails als allgemeine Geschäftsbedingung angefügt wird. Die in der E-Mail ausdrücklich erklärte Annahme des Angebots gehe dieser formularmäßigen Regelung jedoch vor. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass mit dieser formularmäßigen, der E-Mail angefügten Erklärung der Inhalt und Bedeutungsgehalt der zuvor abgegebenen Erklärung eingeschränkt werden soll. Denn es sei lediglich das Verständnis vom geschuldeten Leistungssoll zum Ausdruck gebracht worden.

Nachdem der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde mit Entscheidung vom 21. Juni 2017 zurückgewiesen hat, ist das Urteil des OLG Stuttgart vom 1. August 2016 (10 U 136/15) rechtskräftig.

3. BAG zur Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohns

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einem Urteil vom 6. September 2017 (Az.: 5 AZR 441/16) entschieden, wann der Anspruch auf Erhalt des gesetzlichen Mindestlohns erfüllt ist. Hierfür wurde die Frage beantwortet, ob eine neben einem Grundentgelt als Verkäuferin quartalsweise ausgezahlte Prämie für erbrachte Näharbeiten, die sog. Nähprämie, auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet wird.

Die Klägerin war der Auffassung, dass die Nähprämien zusätzlich zum gesetzlichen Mindestlohn gezahlt werden müssen, weil mit ihnen andere als die arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten als Verkäuferin abgegolten und zusätzlich honoriert würden. Bei diesen handele es sich zudem nicht um monats-, sondern quartalsweise Leistungen.

Dem ist das Gericht nicht gefolgt. Das BAG hat entschieden, dass der Anspruch der Klägerin auf den gesetzlichen Mindestlohn durch Zahlung (auch) der Nähprämien durch Erfüllung erloschen (§ 362 Absatz 1 BGB) ist. Das Gericht hat zunächst hervorgehoben, dass der Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG eigenständig neben den arbeits- oder tarifvertraglichen Entgeltanspruch tritt. Weiter hat es ausgeführt, dass ein Arbeitgeber den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn erfüllt hat, wenn die für einen Kalender-

monat gezahlte Bruttovergütung den Betrag erreicht, der sich aus der Multiplikation der Anzahl der in diesem Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit dem im Leistungszeitraum geltenden gesetzlichen Mindestlohn (zur Zeit der Entscheidung 8,50 Euro) ergibt. Dabei gilt ein umfassender Entgeltbegriff, weshalb alle im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Geldleistungen des Arbeitgebers geeignet sind, den Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers zu erfüllen. Das bedeutet, dass alle aufgrund des Arbeitsvertrags erbrachten Entgeltzahlungen des Arbeitgebers auf den Mindestlohnanspruch anzurechnen sind, es sei denn, der Arbeitgeber erbringt die Zahlung ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers oder die Zahlungen beruhen auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung.

Bei der Zahlung der Nährprämie handelt es sich nach der Auffassung des BAG nicht um eine zusätzliche Leistung außerhalb der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung. Da die Nährprämien als Gegenleistung für die Arbeitsleistung der Klägerin gezahlt werden, unterfallen sie dem umfassenden Entgeltbegriff des Mindestlohngesetzes. Einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung unterliegt die Nährprämie nicht. Unerheblich ist nach dem BAG, dass die Nährprämie jeweils zum Quartalsende gezahlt wird. Sie ist im Auszahlungsmonat mindestlohnwirksam.

Praxistipp:

Für die Berechnung, ob der Anspruch auf gesetzlichen Mindestlohn erfüllt ist, gilt eine (höchstens) monatsweise Betrachtung. Auch eine quartalsweise gezahlte Prämie ist mindestlohnwirksam, aber nur in dem jeweiligen Monat, in dem sie gezahlt wird.

4. Gesetzlicher Mindestlohn nicht durch Sachleistungen erfüllt

Im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens hat das Landessozialgericht Bayern (LSG Bayern, B.v. 14.11.2017 – L 7 R 5146/17 B ER) festgestellt, dass der allgemeine im Mindestlohngesetz (MiLoG) geregelte Mindestlohn als Geldleistung zu erbringen ist. Hintergrund des Rechtsstreits war die Frage, ob ein zur privaten Nutzung überlassenes Firmenfahrzeug als Sachleistung auf den Mindestlohn anzurechnen ist. Der zusätzlich zu dem Firmenwagen gezahlte Geldbetrag ergab lediglich einen Barlohn in Höhe von weniger als 4,00 € pro Stunde.

Zur Begründung wird auf § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 MiLoG verwiesen, der einen Arbeitgeber verpflichtet, einem Arbeitnehmer den Mindestlohn zum Zeitpunkt der vereinbarten Fälligkeit, spätestens am letzten Bankarbeitstag des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, zu zahlen. Da hiervon abweichende Vereinbarungen nach § 3 MiLoG unwirksam sind, zeige der Wortlaut, dass vom Gesetzgeber die Gewährung des Mindestlohns als Geldleistung beabsichtigt gewesen sei. Auch der Zweck des

Mindestlohngesetzes – die Sicherung der Existenz – bedinge eine freie Verfügbarkeit des Entgelts, die nur durch Geldmittel erreicht werden kann.

Das Gericht ist damit nicht der Auffassung, der Mindestlohn könne auch in Form von Sachleistungsbezügen geleistet werden. Zwar hat das Gericht gesehen, dass bislang noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob ausschließlich durch eine Barzahlung das Mindestlohngesetz erfüllt werden kann. Das Gericht sieht jedoch das einstweilige Rechtsschutzverfahren als nicht geeignet an, um eine derartige Rechtsfrage zu klären. Eine abschließende Klärung bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Praxistipp:

Auch wenn die Entscheidung des Bayerischen Landessozialgerichts nur im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ergangen ist, spricht viel dafür, dass im Hauptsacheverfahren die Klage mit der gleichen Argumentation abgewiesen wird. Sowohl die Begründung des Gesetzgebers als auch der Wortlaut des Mindestlohngesetzes sprechen für die Notwendigkeit der Erbringung des Mindestlohnes als reine Geldleistung.

5. Neue Mindestlöhne ab 1. Januar 2018

Viele Tarifverträge, die eine Mindestvergütung festlegen, haben eine an das Kalenderjahr angepasste Laufzeit. Dementsprechend sind in verschiedenen Branchen Lohnanpassungen zum 1. Januar 2018 zu beachten.

Nicht alle in Lohntarifverträgen festgelegten Löhne sind als „Mindestlöhne“ im Sinne des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und nach dem Tarifvertragsgesetz zwingend auch bei fehlender Tarifmitgliedschaft – und damit auch im Entsendefall – zu zahlen. Voraussetzung hierfür ist eine Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesministeriums für Arbeit, die im Bundesanzeiger zu veröffentlichen ist. U.a. für die folgenden Branchen, in denen aktuelle Tarifverträge neue Mindestlöhne zum 1. Januar 2018 vorsehen, ist davon auszugehen, dass die noch ausstehende Rechtsverordnung bzw. Allgemeinverbindlicherklärung rechtzeitig vor dem Jahreswechsel veröffentlicht wird und damit im kommenden Kalenderjahr die folgenden, in den Tarifverträgen festgelegten, Mindestlöhne zu zahlen sind.

Baugewerbe:

West: Lohngruppe 1 – 11,75 €/ Lohngruppe 2 – 14,95 €
Ost: einheitlich Lohngruppe 1 – 11,75 €
Berlin: Lohngruppe 1 – 11,75 €/ Lohngruppe 2 – 14,80 €

Dachdeckerhandwerk:

Lohngruppe 1 – 12,20 €/ Lohngruppe 2 – 12,90 €

Elektrohandwerk: 10,95 €

Gebäudereinigerhandwerk:

West: Lohngruppe 1 – 10,30 €/ Lohngruppe 6 – 13,55 €
Ost einschließlich Berlin: Lohngruppe 1 – 9,55 € /
Lohngruppe 6 – 12,18 €

Pflegebranche:

West einschließlich Berlin: 10,55 €

Ost: 10,05 €

Der gesetzliche Mindestlohn steigt frühestens zum 1. Januar 2019. Die im Mindestlohngesetz vorgesehene Übergangsregelung endet jedoch bereits am 31. Dezember 2017, so dass vom gesetzlichen Mindestlohn nach unten abweichende tarifliche Mindestentgelte ab 1. Januar 2018 nicht mehr zulässig sind. Einem Arbeitnehmer ist daher zwingend für seine Arbeitszeit der gesetzliche Mindestlohn in Höhe von 8,84 € je Zeitstunde zu gewähren.

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, Dezember 2017

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