

# Rechtlich bedenkliche Mindestlohnjagd auf den Transitverkehr durch Deutschland

Wenn eine polnische Speditionsfirma Waren von Warschau nach Paris transportiert, soll nach einer Anfang Januar 2015 geäußerten Ansicht der Bundesregierung der Fahrer für die Zeit des Transits mindestens nach dem deutschen Mindestlohn (8,50 €) bezahlt werden. Darüber hinaus soll der Mindestlohn angeblich auch für ausländische Matrosen in deutschen Häfen und für Stewardessen und Piloten gelten, die den deutschen Flugraum durchqueren<sup>1</sup>. Flankiert wird die Mindestlohnzahlungspflicht durch mehrere mit erheblichem Verwaltungsaufwand verbundene Kontrollermöglichungspflichten. Nach § 16 Abs. 1 MiLoG i.V.m. § 2 a SchwarzArbG und der MiLoDokV ist ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland vor Beginn jeder Werk- oder Dienstleistung, also auch vor Erfüllung eines Frachtvertrages, verpflichtet, die im Anwendungsbereich des MiLoG beschäftigten Arbeitnehmer bei der Zollverwaltung zu melden, soweit das verstetigte, regelmäßige Monatsentgelt der Arbeitnehmer brutto 2.958 € nicht überschreitet. Dazu kommen dann noch Dokumentationspflichten nach § 17 Abs. 1 MiLoG.

Als „groteske Folge“ eines deutschen Mindestlohns für den Transit sieht die Neue Zürcher Zeitung Deutschland in einen „Kontrollstaat“ ableiten, in dem der Zoll zu Lande, zu Wasser und in der Luft mit „deutscher Gründlichkeit“ die Einhaltung des Mindestlohns kontrolliert. Im Jahr 2012 hätten europäische Lastwagen 411 Mio Fahrten in, von, nach und durch Deutschland zurückgelegt<sup>2</sup>. Will der Zoll nun diese Fahrten alle kontrollieren? Inzwischen ist die Bundesarbeitsministerin Nahles auf Betreiben Polens auch schon ein Stück zurückgerudert und hat erklärt, die Mindestlohn-Kontrollen für Transitfahrten



**RA Michael Rothenhöfer**

übergangsweise auszusetzen, bis die Rechtslage auf europäischer Ebene geklärt ist<sup>3</sup>.

Betrachtet man die europäische Rechtslage, ist fraglich, ob die Anwendung des deutschen Mindestlohns auf den Transittransport mit dem internationalen Arbeitsrecht und dem Gedanken eines europäischen Binnenmarktes vereinbar ist. Soweit die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, richtet sich das für Arbeitnehmer im Transitverkehr anzuwendende Recht zunächst gem. Art. 8 Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. Rom I-VO nach dem gewöhnlichen Arbeitsort, der – zumindest soweit ein Ort vorhanden ist, von dem aus gearbeitet wird – dort liegt, wo der Arbeitgeber eines Frachtführers oder einer Stewardess seine feste Einsatzbasis hat<sup>4</sup>. Lässt sich kein Ort feststellen wo oder von wo aus der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet – was z.B. bei Seeleuten der Fall sein kann – ist nach Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO als anzuwendendes Recht das Recht der einstellenden Niederlassung maßgeblich<sup>5</sup>. Das Vertragsstatut für Ar-

beitnehmer im Transit ist daher regelmäßig das Recht ihres Herkunftsstaates. Die Geltung des deutschen Mindestlohns kann also nur über eine zwingende Eingriffsnorm nach Art. 9 Rom I-VO erfolgen, die sich gegenüber dem Recht des Herkunftsstaates durchsetzt. Als eine solche Eingriffsnorm wird grundsätzlich § 20 MiLoG angesehen, der auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland die Pflicht begründet, ihren in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt mindestens in Höhe des Mindestlohns von 8,50 zu zahlen. Und im Gegensatz zu § 1 AEntG spricht das MiLoG nicht von „regelmäßig im Inland beschäftigten Arbeitnehmern“, sondern scheint auch kurzfristige Beschäftigungen zu erfassen. Trotzdem ist Voraussetzung für die Durchsetzung inländischen, international zwingenden Rechts ein hinreichender Inlandsbezug<sup>6</sup>. Diese Beziehung ist nicht nur irgendeine, sondern eine tatsächlich vorhandene „enge Verbindung“, welche durch objektive, vom Parteiwillen unabhängige Kriterien zu konkretisieren ist<sup>7</sup>. Im Falle einer Transitfahrt mit dem LKW von Polen nach Paris ist aber weder der Erfüllungsort noch die Einsatzbasis in Deutschland, noch gibt es deutsche Parteien. Es besteht nur für eine kurze Inlandstätigkeit ein deutscher Arbeitsort, wobei fraglich ist, ob dies allein für die Anwendung des § 20 MiLoG als Eingriffsnorm ausreichend sein kann. Hierbei ist zu beachten, dass die Sonderanknüpfung nach Art. 9 Rom-I-VO europäisches Sekundärrecht darstellt, das im Lichte der EU-Grundfreiheiten auszulegen ist<sup>8</sup>, zumal sich der deutsche Gesetzgeber in Fallgestaltungen wie der vorliegenden nicht auf die Entsende-Richtlinie 96/71 EG als vorrangiges Kollisionsrecht berufen kann, da eine Entsendung allenfalls nach

Frankreich (Ziel der Transitfahrt ist Paris), nicht aber nach Deutschland vorliegt und auch keine Kabotage-Dienstleistung mit einem Zwischenziel in Deutschland gegeben ist<sup>9</sup>. Der EuGH hat jedoch im Urteil vom 15.3.2001 in der Rechtssache „Mazzoleni“ (Rs. C-165/98) festgestellt, dass die Geltung eines Mindestlohns für Beschäftigte, die nur für kurze Zeit grenzüberschreitend tätig waren, unter Beachtung der gegebenen Umstände unverhältnismäßig die Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigte. Dies spricht dafür, für den international zwingenden Charakter von Mindestlöhnen aufgrund der Sonderanknüpfung nach Art. 9 Rom-I-VO ein längeres Tätigwerden an einem (deutschen) Arbeitsort zu verlangen. Noch zweifelhafter ist die Anwendung des MiLoG auf Stewardessen ausländischer Flugunternehmen, die kurzfristig den deutschen Luftraum überfliegen.

Aber selbst, wenn man § 20 MiLoG als international-zwingende Norm einordnet, muss für dessen Anwendbarkeit die darin tatbestandlich vorausgesetzte Beschäftigung im Inland vorliegen. Der Begriff der Beschäftigung ist vor allem aus § 7 Abs. 1 SGB IV bekannt, wonach Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ist und Anhaltspunkte für eine Beschäftigung die Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ist. Theoretisch kann der Gesetzgeber zwar die Beschäftigung im Mindestlohngesetz anders definieren als im SGB IV, allerdings hätte er dann zur Klarstellung statt des vom SGB IV bekannten Begriffes „beschäftigen“ zu verwenden, von „tätig werden“ sprechen müssen<sup>10</sup>. Im Rahmen einer Beschäftigung gilt nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV als Beschäftigungs-ort der Ort, an dem eine feste Arbeitsstätte errichtet wurde, wenn Personen von ihr aus mit einzelnen Arbeiten außerhalb der festen Arbeitsstätte beschäftigt werden. Dies allein spricht schon dafür, bei Arbeiten im Transitverkehr, die von einer festen Einsatzbasis aus erfolgen, eine Beschäftigung im Herkunftsstaat und nicht in Deutschland anzunehmen.

In jedem Fall ist aber der Beschäftigungsbegriff restriktiv im Einklang mit dem Europarecht auszulegen. Die Entsenderichtlinie 96/71/EG erlaubt in Artikel 3 Abs. 1 c) den Mitgliedstaaten Mindestlohnsätze wie einen flächendeckenden Mindestlohn festzulegen. Der Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie setzt jedoch nach Art. 1 Abs. 3 a) RL 96/71/EG einen Entsendetatbestand voraus, der nicht gegeben ist, wenn ein Frachtführer aus Polen mit dem Ziel Paris lediglich für kurze Zeit Transitfahrten durch deutsches Gebiet unternimmt<sup>11</sup>. Eine Entsendung erfolgt nämlich nach Art. 3 Abs. 1 a) RL 96/71/EG „im Rahmen eines Vertrages [...], der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in [einem] Mitgliedsstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde“. Einen Vertrag hat in unserem Beispiel die polnische Spedition aber nur mit dem Empfänger der Fracht in Paris geschlossen. Eine Entsendung ihres angestellten, polnischen Lastwagenfahrers findet daher allenfalls nach Frankreich, keinesfalls aber nach Deutschland statt. Es liegt bei einer reinen Transitfahrt von Warschau mit Ziel Paris auch keine Kabotage-Dienstleistung vor, mit verschiedenen Zielen in Deutschland oder Frankreich, auf die die Entsenderichtlinie möglicherweise anwendbar wäre. Da aber im Ergebnis nach Deutschland gar keine Entsendung vorliegt, kann sich die Bundesrepublik Deutschland zur Rechtfertigung für die Erzwungung von Mindestlöhnen gegenüber dem ausländischen Transitverkehr auch nicht auf die Entsenderichtlinie berufen<sup>12</sup>. Prüfungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit des deutschen Mindestlohns für Transitsachverhalte ist damit die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56, 57 AEUV selbst.

Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit, Art. 56, 57 AEUV (ex-Art. 49, 50 EG-Vertrag), hat der EuGH im Urteil vom 15.3.2001 in der Rechtssache „Mazzoleni“, C-165/98 entschieden, dass die Anwendung von Mindestlöhnen auf Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat sich als unverhältnismäßig erweisen kann, „wenn es sich um Beschäftigte eines Unternehmens mit Sitz in einer grenznahen Region handelt, die einen Teil ihrer Arbeit in

Teilzeit und für kurze Zeiträume im Hoheitsgebiet eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten als desjenigen erbringen müssen, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat.“ [...] „Das Ziel des Aufnahmemitgliedsstaates, für Angestellte solcher Dienstleistungen das gleiche soziale Schutzniveau sicherzustellen, wie es in seinem Hoheitsgebiet für Arbeitnehmer desselben Sektors gilt, kann nämlich als verwirklicht angesehen werden, wenn sich alle betroffenen Arbeitnehmer im Aufnahmestaat und Niederlassungsmitgliedstaat hinsichtlich des Entgelts, der Steuerlast und der Sozialabgaben in einer insgesamt gleichen Lage befinden. Ferner kann die Anwendung der nationalen Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaats über Mindestlöhne auf Dienstleistende, die in einer an den Aufnahmestaat angrenzenden Region eines anderen Mitgliedsstaats ansässig sind zum einen zu unverhältnismäßig hohen zusätzlichen Verwaltungskosten führen, etwa für eine stundenweise Berechnung des angemessenen Entgelts für jeden Arbeitnehmer, je nachdem, ob er während seiner Arbeit die Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat überschritten hat, und zum anderen zur Zahlung unterschiedlich hoher Entgelte an die Beschäftigten, die alle derselben Operationsbasis angehören und die gleiche Arbeit leisten. Die zuletzt genannte Auswirkung könnte wiederum Spannungen zwischen den Beschäftigten zur Folge haben und sogar die Kohärenz der im Niederlassungsmitgliedsstaat geltenden Tarifverträge bedrohen.“

Ob die deutsche Mindestlohnspflicht für ausländische LKW-Fahrer unverhältnismäßig in die Dienstleistungsfreiheit eingreift, hängt daher neben dem Verwaltungsaufwand, dem Umfang der Transitfahrt und deren zeitlicher Dauer auch von der Mindestlohnhöhe und den sonstigen sozialen Schutzniveau des Herkunftsstaats der Spedition ab. Zumindest wenn der Mindestlohn des Herkunftsstaates, wie etwa im Fall von Großbritannien mit 7,43 €<sup>13</sup>, knapp unter dem deutschen Mindestlohn liegt, erscheint die von der Bundesregierung geforderte Einhaltung des deutschen Mindestlohns samt der dazugehörigen Melde- und

Dokumentationspflichten unverhältnismäßig. Auch Polen verfügt über einen zwar deutlich niedrigeren Mindestlohn als Deutschland, aber auch hier dürfte die Anwendung des deutschen Mindestlohns bei kurzen Transitfahrten auf deutschem Gebiet unverhältnismäßig sein. Der EuGH gibt hierzu im Urteil Mazzoleni den zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedsstaats auf, alle maßgeblichen Elemente zu bewerten.

Solange die Aussetzung von Mindestlohn-Zollkontrollen für Transitfahrten allerdings nur übergangsweise erfolgt ist, sollte man sich angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit vor Augen führen, dass die Nichtzahlung des Mindestlohns nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG mit erheblichen Bußgeldern belegt werden kann und eine Ordnungswidrigkeit nach § 21 Abs. 2 MiLoG bei Beauftragung eines Subunternehmers drohen kann, wenn dieser den Mindestlohn nicht bezahlt.

<sup>1</sup> [www.wallstreet-online.de/nachricht/7301180-mindestlohn-deutscher-mindestlohn-gilt-auslaendische-matrosenflugzeugbesatzungen](http://www.wallstreet-online.de/nachricht/7301180-mindestlohn-deutscher-mindestlohn-gilt-auslaendische-matrosenflugzeugbesatzungen)

<sup>2</sup> Christoph Eisenring in der Neuen Zürcher Zeitung vom 8.1.2015.

<sup>3</sup> Frankfurter Allgemeine Zeitung vom Samstag, den 31.1.2015.

<sup>4</sup> Vgl. ErfK-Schlachter, 15. Auflage 2015, E 2009/26/EG Art. 9 Rn 12; Deinert, Internationales Ar-

beitsrecht, Auflage 2013 § 9 Rn 152.

<sup>5</sup> Hüßtege/Ganz, Internationales Privatrecht, 5. Auflage 2013, S. 166.

<sup>6</sup> Deinert, Internationales Arbeitsrecht, Auflage 2013, § 10 Rn 40; Hüßtege/Ganz, Internationales Privatrecht, 5. Auflage 2013, S. 168; MüKo-BGB/Martiny, 6. Aufl. 2015, Art. 9 Rom I-VO, Rn 122; Siehe auch Rauscher, Internationales Privatrecht, 4. Auflage 2012, § 10 B VII Rn 1272: „Eingriffsnormen sind nicht einheitlich zwingend; ob eine Norm in einem konkreten Fall durchzusetzen ist, hängt auch von der Stärke des Inlandsbezuges ab; bei relativ starkem Inlandsbezug können sich auch schwächere Normen durchsetzen; fehlt es an einem Inlandsbezug, so greift Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO nur höchst ausnahmsweise ein.“

<sup>7</sup> MüKo-BGB/Martiny, 6. Aufl. 2015, Art. 9 Rom I-VO, Rn 122.

<sup>8</sup> Deinert, Internationales Arbeitsrecht, Auflage 2013, § 3 Rn 6.

<sup>9</sup> Bei Kabotage-Dienstleistungen, bei denen anders als bei den klassischen grenzüberschreitenden Güterbeförderungen Fahrten zwischen zwei oder mehreren Zielen im Aufnahmestaat durchgeführt werden, ist die Entsenderichtlinie grds. anwendbar, vgl. Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Auflage 2015, § 5 Rn 102 und VO (EG) Nr. 1072/2009 vom 21. Oktober 2009 über gemeinsame Regeln für den Zugang zum Markt des grenzüberschreitenden Güterkraftverkehrs, Erwägungsgrund 17. Die Entsender-

richtlinie ist dann vorrangiges Kollisionsrecht i.S.d. Art. 23 Rom I-VO.

<sup>10</sup> Vgl. Bissels/Falter/Evers, Geltung des MiLoG bei Transitfahrten durch das Inland, ArbRAktuell, 2015, 4 (5).

<sup>11</sup> Vgl. Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Auflage 2015, § 5 Rn 101.

<sup>12</sup> Da der Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie nicht eröffnet ist, kann auch dahinstehen, ob die Richtlinie in ihrem Anwendungsbereich abschließend das Verhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz regelt, wie dies Deinert in: Internationales Arbeitsrecht, Auflage 2013, § 3 Rn 11 annimmt, oder ob die Entsenderichtlinie ihrerseits im Lichte der Dienstleistungsfreiheit auszulegen ist.

<sup>13</sup> Die Welt vom Samstag, den 31.1.2015.

(RA Michael Rothenhöfer)

**Kurzvita: Michael Rothenhöfer** ist Rechtsanwalt und Geschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit in Mannheim. Er ist im Anwaltsbüro von Prof. Dr. Tuengerthal und Kollegen mit Sitz in Mannheim tätig und Co-Autor des Kapitels „Illegale Arbeitnehmerentsendung“ in der bald erscheinenden Neuauflage des Handbuchs Arbeitsstrafrecht von Ignor/Mosbacher.

## **IAB-Arbeitsmarktbarometer entwickelt sich weiter positiv**

Das IAB-Arbeitsmarktbarometer ist im Januar 2015 zum vierten Mal in Folge gestiegen. Mit einem Plus von 0,2 Punkten gegenüber dem Vormonat hat sich die Zunahme etwas abgeschwächt. Der Frühindikator des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) liegt nun bei 101,8 Punkten.

„Es ist zu erwarten, dass die Ar-

beitslosigkeit in den nächsten Monaten saisonbereinigt weiter sinkt“, erläutert Enzo Weber, Leiter des IAB-Forschungsbereichs „Prognosen und Strukturanalysen“. Dabei sei momentan auch nicht absehbar, dass der gesetzliche Mindestlohn den günstigen Arbeitsmarkttrend in Frage stelle.

Die Diskussion um den Verbleib Griechenlands in der Währungsunion habe die Krise der Eurozone zuletzt wieder in den Fokus gerückt.

Auch die Entwicklung in Russland und der Ukraine sei wirtschaftlich ein belastender Faktor. Das IAB-Arbeitsmarktbarometer zeigt sich davon unbeeindruckt. „Der starke Arbeitsmarkt ist eine Versicherung Deutschlands gegen die Unwägbarkeiten der Weltwirtschaft“, stellt Weber fest. Für einen nachhaltigen konjunkturellen Aufschwung werde aber zusätzlich eine kräftige Investitionsdynamik benötigt.

(IAB)