

# Mindestlohn – Was haben Unternehmer zu beachten? – Teil 2

Seit dem 1. Januar 2015 haben Arbeitnehmer Anspruch gemäß Mindestlohngesetz (MiLoG) auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe von EUR 8,50 je Zeitstunde. Bereits im Vorfeld des Inkrafttretens des Mindestlohngesetzes, insbesondere jedoch seit dem 1. Januar 2015 werden die Regelungen zum MiLoG heiß diskutiert.

Bei vielen Unternehmen bestehen deshalb Unklarheiten, wie sie sich als Arbeitgeber im Umgang mit eigenen Arbeitnehmern und Leiharbeitnehmern und wie sie sich als Auftraggeber im Umgang mit Auftragnehmern verhalten. In Teil 1 der Beitragsreihe zum Thema Mindestlohn wurden das das Mindestlohngesetz vorgestellt und Fragen zum Anwendungsbereich und zur Vergütung beantwortet. In Teil 2 werden nun die folgenden Fragen behandelt:

- „Welche Dokumentationspflichten bestehen im Zusammenhang mit dem MiLoG?“
- „Welche Haftung ist in Zusammenhang mit dem MiLoG zu berücksichtigen?“
- „Praxistipps: Welche Musterformulierungen können verwendet werden?“

## 1. WELCHE DOKUMENTATIONSPFLICHTEN BESTEHEN IM ZUSAMMENHANG MIT DEM MILOG?

Die Kontrolle und Durchsetzung des Mindestlohngesetzes sind ähnlich gestaltet wie im Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit. Daher verweist das Mindestlohngesetz auch umfassend auf dieses Gesetz. Dies gilt zum Beispiel für die zuständigen Stellen, die die Einhaltung der Pflichten eines Arbeitgebers zu prüfen haben. Es handelt sich dabei um die Behörden der Zollverwaltung.

Um tatsächlich die Einhaltung des Mindestlohngesetzes und die Gewährung des Mindestlohns überprüfen zu können, sieht das Mindestlohngesetz für bestimmte Branchen und Bereiche vor, dass generell Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit aufgezeichnet und zwei Jahre aufbewahrt werden müssen. Diese besondere Dokumentationspflicht geht über das Arbeitszeitgesetz (§ 16 Abs. 2) hinaus, das den Arbeitgeber lediglich verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit aufzuzeichnen und aufzubewahren. Diese besondere Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht trifft die Arbeitgeber, im Baugewerbe, im Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, im Personenbeförderungsgewerbe, im Speditions-, Transport- und damit verbundenen Logistikgewerbe, im Schaustellergewerbe, bei Unternehmen der Forstwirtschaft, im Gebäudereinigungsgewerbe, bei Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und

Ausstellungen beteiligen und in der Fleischwirtschaft. Darüber hinaus trifft die besondere Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht für Arbeitgeber bei geringfügig Beschäftigten (nach § 8 Abs. 1 SGB IV) bundesweit ohne Branchenbeschränkung, d. h. dies gilt auch für Arbeitgeber im Bereich der Landwirtschaft.

Der gesetzgeberische Grund für diese erweiterte Dokumentationspflicht liegt auf der Hand. Die besonders „missbrauchsgefährdeten“ Branchen sowie die schwer abzugrenzenden geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse (Dauer der Arbeitszeit im Verhältnis zur Vergütung) sollen in besonderer Weise – nach Auffassung des Gesetzgebers – angehalten werden, das Gesetz zu beachten.

Darüber hinaus wird die besondere Dokumentationspflicht auch auf Entleiher erstreckt, die Arbeitnehmer in eine der genannten Branchen überlassen. Ausdrücklich ausgenommen von dieser zusätzlichen Aufzeichnungspflicht sind hingegen geringfügig Beschäftigte in Privathaushalten (gemäß § 8 a SGB IV). Der Grund hierfür erschließt sich gleichfalls aus dem Sinn und Zweck dieser Beschäftigungsverhältnisse. In Privathaushalten lässt sich eine Abgrenzung Arbeit/Freizeit kaum praktisch durchführen. Eine umfassende Dokumentationspflicht würde den Rahmen dieser Beschäftigungsverhältnisse sprengen.

## 2. WELCHE HAFTUNG IST IN ZUSAMMENHANG MIT DEM MILOG ZU BERÜCKSICHTIGEN?

Die Haftung des Auftraggebers nach den Regelungen des Mindestlohngesetzes haben eine große Unsicherheit, heftige Diskussionen und teilweise Unverständnis hervorgerufen. Unternehmen sind als Arbeitgeber nach dem Mindestlohngesetz nicht nur verpflichtet, ihre Arbeitnehmer gemäß dem Mindestlohngesetz zu vergüten, sondern haften als Auftraggeber auch für die Gewährung des Mindestlohns der Arbeitnehmer ihrer Auftragnehmer.

### a) Haftungsregelung nach dem MiLoG

§ 13 MiLoG sieht eine Haftung des Auftraggebers vor, verweist dabei jedoch auf die Regelungen des § 14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG). § 14 AEntG lautet wörtlich:

„Ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, haftet für die Verpflichtungen dieses Unternehmers, eines Nachunternehmers oder eines von dem Unternehmer oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleihers zur Zahlung des Mindestentgelts an Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen oder zur Zahlung von Beiträgen an eine

gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien nach § 8 wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Das Mindestentgelt im Sinne des Satzes 1 umfasst nur den Betrag, der nach Abzug der Steuern und der Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen auszuzahlen ist (Nettoentgelt).“

### b) Welche Unternehmen sind von der Haftung umfasst (Geltungsbereich)?

Die wichtigste Frage im Zusammenhang mit der Haftung ist, welche Unternehmen bei welchen Vertragsverhältnissen überhaupt für die Gewährung des Mindestlohns der Vertragspartner von der Haftung umfasst sind. Auftraggeber haften für andere Unternehmer, die sie mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt haben, d. h. für die Verpflichtungen gemäß dem Mindestlohngesetz

- ihres Auftragnehmers,
- eines vom Auftragnehmer beauftragten weiteren Auftragnehmers (Nachunternehmer) oder
- eines vom Auftragnehmer oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleihers.

Die Haftungsregelung des § 13 MiLoG verweist auf § 14 AEntG. Das Arbeitnehmerentendegesetz und die weitreichende Haftung galten im Bereich der Baubranche und waren ursprünglich ausschließlich auf sog. Generalunternehmer, nicht jedoch auf bloße Bauherren als Unternehmen anwendbar. Dies wurde damit gerechtfertigt, dass der Generalunternehmer die Beachtung der zwingenden Mindestarbeitsbedingungen aus der Hand gibt. Da er sich eines Dritten zur Ausführung der eigentlich von ihm geschuldeten, aber nicht durch eigene Arbeitnehmer erbrachten Bauleistungen bedient hat, schafft er selbst das Risiko, wenn der Subunternehmer seinen Mitarbeitern nicht die geschuldeten Mindestlöhne zahlt. Aufgrund der Öffnung des Arbeitnehmerentendegesetzes für alle Branchen und der Ausdehnung des § 14 AEntG auf Werk- und Dienstleistungen stellt sich nun die Frage, wie der Unternehmerbegriff im Sinne des MiLoG bei der Haftung auszulegen ist.

In bisherigen Veröffentlichungen und vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird vertreten, dass die Haftung nur solche Unternehmer trifft, die sich zur Erfüllung eigener Pflichten gegenüber Dritten bedienen (z. B. Melken von Kühen, Erstverarbeitung der Milch oder Transport der Milch zur Molkerei), nicht jedoch bei Werk- oder Dienstleistungen, die lediglich der Befriedigung des betrieblichen Eigenbedarfs eines Unternehmens dienen (z. B. die Reinigung der Räumlichkeiten, Bau von Stallungen, Wartung



eigener Fahrzeuge oder Maschinen). Eine abweichende Ansicht fasst den Unternehmerbegriff jedoch weiter und bezieht jeden Unternehmer in die Haftung ein, unabhängig davon, welcher Art die Arbeiten sind, die vergeben werden. Eine abschließende Klärung ist sicherlich erst nach den ersten höchstrichterlichen Gerichtsentscheidungen zu erwarten bzw. dann, wenn – wie zurzeit schon diskutiert – das MiLoG nochmals korrigiert bzw. klargestellt wird.

Solange hierzu keine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt, besteht jedoch eine gewisse Rechtsunsicherheit. Unstreitig ist jedoch, dass die Haftung nur für Werk- oder Dienstleistungsverträge, nicht jedoch für Kaufverträge gilt. Eine Haftung ist damit ausgeschlossen, soweit das Unternehmen Produkte lediglich einkauft (z. B. Kauf von Fahrzeugen und Maschinen etc.). Hier besteht keine Haftung für die Gewährung des Mindestlohns für die Arbeitnehmer beispielsweise des Fahrzeug- oder Maschinenherstellers.

### c) In welchem Umfang besteht die Haftung?

Der Auftraggeber haftet gegenüber den Arbeitnehmern des Auftragnehmers/Nachunternehmers/Verleihers wie ein selbstschuldnerischer Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Dies bedeutet eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht. Arbeitnehmer des Auftragnehmers/Nachunternehmers/Verleihers können den Auftraggeber direkt auf die Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns in Anspruch nehmen. Diese Arbeitnehmer müssen sich nicht zunächst an ihren eigenen Arbeitgeber wenden.

Die Haftung umfasst nur das Nettoentgelt, d. h. den Betrag, der nach Abzug von Steuern und Beiträgen zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung oder entsprechende Aufwendung zur sozialen Sicherung an den Arbeitnehmer zu zahlen ist. Selbst wenn dem Arbeitnehmer des Auftragnehmers einen Vergütungsanspruch über dem Mindestlohn von EUR 8,50 brutto je Zeitstunde zusteht, greift die Haftung nur für den gesetzlichen Mindestlohn. Die Haftung schlägt dabei auf die gesamte Nachunternehmerkette durch. Diese verschuldensunabhängige Haftung ist nicht abdingbar und nur sehr schwer zu verhindern, da

nicht leicht zu erkennen ist, ob der Auftragnehmer seine Arbeitnehmer gemäß den Regelungen des Mindestlohngesetzes vergütet. Deshalb besteht nun die Gefahr, dass Unternehmer, die sich bei der Erfüllung ihrer Aufträge Dritter bedienen, für die Einhaltung des Mindestlohngesetzes durch diese Dritte haften und den Mindestlohn an dessen Arbeitnehmer selbst zahlen müssen, unabhängig davon, ob der Auftraggeber vom Verstoß des Auftragnehmers Kenntnis hatte oder hiervon profitiert hat.

Zur Eingrenzung des umfänglichen Haftungsrisikos bestehen jedoch verschiedene Handlungsmöglichkeiten:

#### d) Praxistipp: Handlungsmöglichkeiten

Die Haftung aus § 13 MiLoG i. V. m. § 14 AEntG setzt kein Verschulden des Auftraggebers voraus. Das bedeutet, die Haftung ist vertraglich nicht ausschließbar und greift selbst dann ein, wenn die Nichteinhaltung der Pflichten aus § 20 MiLoG weder erkennbar noch zu verhindern waren und insbesondere, wenn der Auftraggeber nicht davon profitiert hat. Um das Haftungsrisiko möglichst zu minimieren und um den für § 21 Abs. 2 MiLoG möglichen Exkulpationsnachweis erbringen zu können, sind folgende Maßnahmen zu empfehlen:

- Sorgfältige Auswahl der Auftragnehmer. Aus dem Angebot sollte hervorgehen, dass die Pflicht zur Zahlung eines Mindestlohns eingerechnet ist. Gibt es Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten bei der Erfüllung von Arbeitgeberpflichten in der Vergangenheit (z.B. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge).
- Vorlage von Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Krankenkasse und der Berufsgenossenschaft vor Vertragsschluss und Vorlage regelmäßig aktualisierter Unbedenklichkeitsbescheinigungen während des Vertragsverhältnisses.
- Ggf. Einholung einer Auskunft der "Schufa" vor Vertragsschluss.
- Vertragliche Verpflichtung bzw. Zusicherung des Auftragnehmers, dass dieser die Regelungen des Mindestlohngesetzes einhält und dass der Auftragnehmer sich darüber hinaus verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass auch etwaig von ihm beauftragte Nachunternehmer und Verleiher im Sinne des AÜG ihre gesetzlichen Pflichten aus dem Mindestlohngesetz einhalten.
- Vorlagepflicht von Nachweisen über die Zahlung des Mindestlohns gegenüber den Arbeitnehmern des Auftragnehmers einschließlich eines Einsichtsrechts in die (anonymisierten) Lohn- und Gehaltslisten.
- Einräumung von Fragerechten des Auftraggebers bei den vom Auftragnehmer eingesetzten Arbeitnehmern hinsichtlich der Zahlung des Mindestlohns.
- Verpflichtung des Auftragnehmers, den Auftraggeber bei Einsatz etwaiger Nachunternehmern von der (anteiligen) Inanspruchnahme der Haftung nach dem MiLoG freizustellen.

- Vereinbarung von Vertragsstrafen bei Verstößen des Auftragnehmers gegen die Regelungen des MiLoG.
- Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechts der Vergütung aus dem Werk- oder Dienstleistungsvertrag bei Verstößen des Auftragnehmers gegen das MiLoG.
- Vereinbarung eines außerordentlichen Kündigungsrechts des Werk- oder Dienstleistungsvertrags bei Verstößen des Auftragnehmers gegen das MiLoG.
- Soweit gegenüber dem Vertragspartner durchsetzbar, Erstellung von Sicherheiten, z.B. durch eine selbstschuldnerische, unwiderrufliche Bürgschaft des Auftragnehmers für Verstöße gegen das MiLoG und dementsprechende Haftung des Auftraggebers.

Diese Handlungsmöglichkeiten sind eine Auswahl. Es kommt jeweils auf den Einzelfall, das Vertragsverhältnis sowie die Durchsetzbarkeit der Regelungen gegenüber dem Vertragspartner an.

### 3. WELCHE MUSTERFORMULIERUNGEN KÖNNEN VERWENDET WERDEN?

Aufgrund des Inkrafttretens des Mindestlohngesetzes sind verschiedene Anpassungen der bisherigen und zukünftigen Verträge erforderlich. Folgende Muster können hierfür verwendet werden:

#### a) Arbeitsverträge

Das MiLoG hat auch Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse. Neben der Pflicht, eine bestimmte Höhe an Vergütung zu einem bestimmten Zeitpunkt nach dem MiLoG zu gewähren, ist es nach § 3 MiLoG auch unzulässig, Vereinbarungen abzuschließen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken. Es wird derzeit diskutiert, wie mit sog. arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen umzugehen ist. Unwirksam ist jedenfalls, dass Ansprüche auf Mindestlohn innerhalb von drei Monaten verfallen, wenn sie beispielsweise nicht vorher schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht werden. Noch nicht geklärt ist, ob Ausschluss- und Verfallfristen einfach für Ansprüche aus dem Mindestlohn nicht gelten, im Übrigen aber wirksam bleiben, oder ob Ausschluss- und Verfallfristen, die keine Ausnahme für das MiLoG vorsehen, insgesamt unwirksam werden. Die rechtssicherste Variante ist deshalb, in Ausschluss- und Verfallfristen Ansprüche aus dem MiLoG auszunehmen. Beispiel:

*„Alle beiderseitigen Ansprüche - mit Ausnahme von Ansprüchen aus dem Mindestlohngesetz -, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, sind von den Vertragsparteien binnen einer Frist von drei Monaten seit ihrer Fälligkeit schriftlich gegenüber dem anderen Vertragsteil geltend zu machen. Im Fall der Nichtgeltendmachung verfallen sie ersatzlos.“*

*Im Fall der Ablehnung durch den anderen Vertragsteil oder einer Nichtklärung des anderen Vertragsteils nach einem Monat nach Geltendmachung der Ansprüche sind diese Ansprüche binnen einer Frist von weiteren drei Monaten*

*einzuklagen. Im Fall des Nichteinklagens verfallen sie ersatzlos.“*

#### b) Haftungsregelungen

Wie bereits bei den Handlungsmöglichkeiten ausgeführt, gibt es verschiedene Möglichkeiten, die weitreichende Haftung des Auftraggebers einzuschränken. Hierzu folgende Beispiele:

##### • Vertragliche Verpflichtung auf den gesetzlichen Mindestlohn:

*„Der Unternehmer verpflichtet sich auch gegenüber dem Auftraggeber zur Einhaltung des Mindestlohngesetzes (MiLoG), insbesondere gemäß § 20 MiLoG seinen zum Zwecke der Erbringung von nach diesem Vertrag geschuldeten Leistungen eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt mindestens in Höhe des Mindestlohns gemäß § 1 Abs. 2 MiLoG - derzeit EUR 8,50 brutto je Zeitzunde - zu zahlen und hierbei die Fälligkeitsregelungen des § 2 MiLoG zu beachten.“*

##### • Informations- und Kontrollrechte:

*„Der Auftraggeber ist berechtigt, vom Unternehmer zum Nachweis der Einhaltung von dessen Pflichten nach § 20 MiLoG die Vorlage der (anonymisierten) Entgeltabrechnungen sowie der Aufzeichnungen über Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der von ihm zum Zwecke der Erbringung von nach diesem Vertrag geschuldeten Leistungen eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu verlangen.“*

*Der Unternehmer legt dem Auftraggeber unverzüglich Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Krankenkasse sowie der für ihn zuständigen Berufsgenossenschaft vor. Diese sind jährlich in aktualisierter Form vorzuweisen.“*

##### • Haftungsfreistellung:

*„Der Unternehmer stellt den Auftraggeber von sämtlichen Ansprüchen frei, die gemäß § 13 MiLoG i.V.m. § 14 AEntG*

*gegen den Auftraggeber geltend gemacht werden. Vorstehendes gilt auch, wenn der Vertrag zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Auftraggebers bereits beendet ist. Es wird weiterhin vereinbart, dass bei Nichterfüllung der Freistellungsverpflichtung der Auftraggeber berechtigt ist, mit daraus entstehenden Schadenersatz- und sonstigen Ansprüchen gegen die Ansprüche des Unternehmers aufzurechnen.“*

##### • Außerordentliches Kündigungsrecht:

*„Der Auftraggeber ist berechtigt, den zwischen den Parteien bestehenden Vertrag fristlos zu kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger, zur fristlosen Kündigung berechtigender Grund liegt insbesondere vor, wenn der Unternehmer gegen seine Pflicht zur Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns verstößt.“*

##### • Verpflichtung für Nachunternehmer:

*„Der Unternehmer verpflichtet sich, bei einem Einsatz von Sub- oder Nachunternehmern zur Erfüllung der dem Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber obliegenden Vertragspflichten diesen Unternehmern ebenfalls die in dieser Vereinbarung enthaltenen Bedingungen aufzuerlegen und deren Einhaltung zu überwachen.“*

##### • Zurückbehaltungsrecht:

*„Die nicht fristgerechte Erfüllung der vorstehenden Pflichten durch den Unternehmer berechtigt den Auftraggeber zur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts hinsichtlich der zwischen den Parteien vereinbarten Vergütung. Die Geltendmachung gesetzlicher Zurückbehaltungsrechte aus anderen Gründen bleibt unberührt.“*

Martin Fink,

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Partner, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

Dr. Erik Schmid,

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Partner, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

