

Dr. Matthias Kühn, LL.M., RA, und Astrid Reich, RAin/FAinArbR

Haftung für die Zahlung des Mindestlohns an fremde Arbeitnehmer/-innen

Durch das Gesetz zur Stärkung der Tarifaufonomie wird zum 1.1.2015 ein flächendeckender Mindestlohn von 8,50 Euro/Stunde (brutto) in der Bundesrepublik eingeführt. Auch Unternehmen, die selbst Löhne über dem gesetzlichen Mindestlohniveau zahlen, sollten sich auf Änderungen einstellen. Denn künftig bestehen Haftungsrisiken für Unternehmen, die ein anderes Unternehmen mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragen. Der Gesetzgeber hat in § 13 MiLoG eine Haftung des Auftraggebers für die Zahlung des Mindestlohns an die Arbeitnehmer der Auftragnehmer eingeführt. Der folgende Beitrag befasst sich mit der Frage, inwiefern § 13 MiLoG verfassungsgemäß ist, wer vom Anwendungsbereich der Norm erfasst ist, in welchem Umfang gehaftet wird und mit weiteren Rechtsfolgen der gesetzlichen Haftungsanordnung.

I. Gesetzliche Regelung

§ 13 MiLoG trägt die amtliche Überschrift „Haftung des Auftraggebers“ und verweist auf § 14 AEntG. § 14 AEntG hat folgenden Wortlaut:

„Ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt hat, 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 Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung an Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen ausbezahlt ist (Nettoentgelt).“

II. Inwiefern ist § 13 MiLoG verfassungsgemäß?

1. Grundsätzliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit der Berufsausübungsfreiheit

Die Auftraggeberhaftung greift in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit ein.¹ Für die Baubranche sahen das Bundesverfassungsgericht und das BAG einen vergleichbaren Eingriff durch das AEntG als gerechtfertigt an.² Im Wesentlichen erkennen die Entscheidungen die Ziele des AEntG-Gesetzgebers an, in der Baubranche Schwarzarbeit und Verdrängungswettbewerb über Lohnkosten zu vermeiden und so die Arbeitslosigkeit im Bausektor zu bekämpfen. Insbesondere richtet sich dieses Ziel im AEntG auch gegen die Praxis von Niedriglohnangeboten ausländischer (Bau-)Unternehmen.³

Es muss bezweifelt werden, ob der Gesetzgeber des MiLoG alle Unternehmen bundesweit demselben „Generalverdacht“ unterwerfen darf,

welcher die Auftraggeberhaftung für die Baubranche rechtfertigen konnte. Der Gesetzgeber des MiLoG hat jedenfalls nicht ausdrücklich festgestellt, dass branchenunabhängig eine vergleichbar problematische Praxis besteht.⁴ Auch die Durchsetzungsrisiken für betroffene Arbeitnehmer bestehen im Anwendungsbereich des MiLoG nicht in der gleichen Form wie in einer Entsendesituation.⁵

Dennoch hat der Gesetzgeber die Haftung des AEntG unverändert auf alle Wirtschaftszweige erstreckt. Diese Erstreckung ist verfassungsrechtlich problematisch.

Die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Norm erfordert nämlich eine Abwägung zwischen dem Nutzen für das Gemeinwohl und den belastenden Vorkehrungen. Erforderlich ist ein hinreichend spezifischer Bezug zwischen der gesetzlichen Maßnahme und dem geschützten Gemeinschaftsgut. Steht die grundrechtliche Beschränkung nur in einem entfernten Zusammenhang zum Gemeinschaftsgut, so kann dieses nicht generell Vorrang vor der Berufsausübungsfreiheit beanspruchen.⁶ Es ist zweifelhaft, ob der nach der Rechtsprechung gebotene spezifische Bezug zwischen Maßnahmeziel und Grundrechtseingriff hier noch bejaht werden kann. Die Ziele der Auftraggeberhaftung im MiLoG sind nämlich bloß mittelbarer Art.

Für das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, die „Wirksamkeit“ des Mindestlohns zu „verstärken“, bedient sich der Gesetzgeber mit Einführung der Haftung zunächst eines Mittels, welches die außerstaatliche Kontrolle der Wirtschaftsunternehmen untereinander bewirkt. Um diese gegenseitige Kontrolle der Unternehmen zu erreichen, wäre es allerdings bereits ausreichend gewesen, eine verschuldensabhängige Haftung einzurichten. Die Beschränkung auf eine Haftung für ein Auswahlverschulden war zunächst vorgesehen,⁸ fand aber keinen Eingang in das Gesetz. Unter Wirksamkeitsaspekten ist für die jetzt gültige, verschuldensunabhängige Haftungsregelung insbesondere kennzeichnend, dass sie betroffenen Arbeitnehmern weitere Anspruchsgegner zur Verfügung stellt, selbst wenn diese alle Vorkehrungen getroffen haben, dass den Arbeitnehmern in der Subunternehmerkette der Mindestlohn zukommt. Mit derartigen Haftungssubjekten wird also nicht die Beachtung des MiLoG durch die Arbeitgeber sichergestellt, sondern es wird die Chance der Arbeitnehmer auf den Erhalt von Geld erhöht. Ein hinreichend spezifischer Bezug gerade zur Sicherung eines Mindestniveaus an Entlohnung innerhalb des Arbeitsverhältnisses ist darin nicht klar zu erkennen.

1 BVerfG, Beschl. v. 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05; BAG, Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 617/01.

2 BVerfG, Beschl. v. 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05; BAG, Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 617/01. Kritisch z. B. Mohr, in: Thüsing, AEntG, 2010, § 14 Rn. 11 ff.

3 BT-Drucks. 13/2414, 7; BAG, Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 617/01.

4 vgl. BT-Drucks. 18/1558, 2.

5 Thüsing, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 30.6.2014 in Berlin, Ausschussdrucksache 18(11)148, S. 57.

6 BVerfG, Beschl. v. 11.2.2003 – 1 BvR 1972/00.

7 BT-Drucks. 18/1558, 40.

8 BT-Drucks. 18/1558, 11. Zur Systemwidrigkeit auch einer solchen Norm s. Thüsing (Fn. 5), S. 57.

2. Einschränkung der Anwendung bei Zahlungsunfähigkeit verfassungsrechtlich geboten

Verfassungswidrig dürfte es jedenfalls sein, die Auftraggeberhaftung als Insolvenzhaftung anzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht und das Bundesarbeitsgericht haben diese Frage für das AEntG ausdrücklich offengelassen.⁹ Es ist davon auszugehen, dass eine Insolvenzhaftung zur Erreichung der aner kennenswerten Ziele nicht erforderlich und auch im Übrigen unangemessen wäre. Die Wahl eines möglichst solventen Kooperationspartners hat nämlich keinen hinreichenden Bezug zur Sicherstellung des Mindestlohn niveaus im Arbeitsverhältnis. Ausreichend für die gegenseitige Kontrolle ist eine Haftung für „Leistungsunwilligkeit“.¹⁰ Die Insolvenzhaftung eines jeden Auftraggebers für den Mindestlohn der Arbeitnehmer von Subunternehmern ist daher nicht erforderlich. Ferner ist zu bedenken, dass das MiLoG nicht für möglicherweise besonders gefährdete Branchen gilt, sondern allgemein. Das Risiko eines Zahlungsausfalls kann aber gerade nicht allgemein angenommen werden. Folge der gebotenen verfassungskonformen Auslegung des § 13 MiLoG wäre, dass der Auftraggeber unter dem MiLoG bei „Leistungsunwilligkeit“ der Auftragnehmer haftet, nicht aber bei „Leistungsunfähigkeit“. Dies muss sich so auswirken, dass die Haftung für die Differenz zwischen dem Mindestlohn niveau und dem tatsächlich vom Arbeitgeber gezahlten Lohn jedenfalls nicht mehr ab Eingang eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 13 InsO) beim zuständigen Gericht gilt. Die Kooperation und Arbeitsteilung in der Wirtschaft wäre sonst nachhaltig gefährdet.¹¹ Nicht zuletzt würde die Betriebsfortführung eines Insolvenzschuldners bei einer Ausgestaltung des § 13 MiLoG als Liquiditätshaftung oftmals stark erschwert, wenn nicht unmöglich. Es wird sich nämlich kaum ein Auftraggeber finden, der bereit wäre, das Risiko in Kauf zu nehmen, für Löhne seines illiquiden Auftragnehmers bis zur Höhe des Mindestlohns einzustehen; eine Insolvenzgeldvorfinanzierung schützt davor allenfalls zeitlich begrenzt.

III. Auftraggeberhaftung oder Generalunternehmerhaftung?

Das Verständnis der Haftungsregelung wird durch die vom Gesetzgeber des MiLoG und des AEntG verwendeten Begrifflichkeiten erschwert. In § 13 MiLoG wird die „Auftraggeberhaftung“ beschrieben, während gem. § 14 AEntG die Haftung den „Unternehmer“ trifft, der Werk- oder Dienstleistungen beauftragt hat. Die Auslegung des Unternehmerbegriffs hat weitreichende Folgen. Handelt es sich tatsächlich um eine echte Auftraggeberhaftung, so trifft sie jeden, der einen Werk- oder Dienstvertrag in Auftrag gibt. Soll sie hingegen eine Haftung des Generalunternehmers sein,¹² trifft sie gerade nicht den Auftraggeber, sondern alle Auftragnehmer, beginnend mit dem Generalunternehmer, der seinen Nachunternehmern gegenüber als Auftraggeber auftritt. Zur Beantwortung dieser Frage werden im Folgenden Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der Norm betrachtet.

1. Wortlaut und Systematik

§ 13 MiLoG trägt die amtliche Überschrift „Auftraggeberhaftung“. Dem Wortlaut von § 13 MiLoG ist keine weitergehende begriffliche Klärung zu entnehmen, denn er beschränkt sich auf die Verweisung auf § 14 AEntG.

§ 14 Satz 1 AEntG enthält den Begriff des „Auftraggebers“ nicht. Die Norm spricht stattdessen davon, dass „ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt“ für die „Verpflichtungen dieses Unternehmers“ haftet. Das könnte so zu verstehen sein, dass die Haftung eines Auftraggebers auch schon dann gilt, wenn gar keine Nachunternehmer eingesetzt werden. Der Wortlaut der Norm könnte folglich für einen weiten Anwendungsbereich und nicht für eine alleinige Haftung des Generalunternehmers bzw. der Unternehmer innerhalb der Nachunternehmerkette herangezogen werden.

Maßgeblich für das Verständnis von § 14 AEntG ist somit der Begriff des „Unternehmers“. Weder das MiLoG noch das AEntG bestimmen näher, wer „Unternehmer“ ist. Jedenfalls haftet nicht die Privatperson, und wohl auch nicht die öffentliche Hand.¹³ Allerdings gibt es bereits gesetzliche Definitionen, die den Unternehmerbegriff geprägt haben, zum Beispiel in § 14 BGB, § 2 Abs. 1 UStG, § 84 Abs. 1 HGB.¹⁴ Das derart historisch vorgeprägte Begriffsverständnis allein legt keine Haftungseinschränkung auf Generalunternehmer nahe.

2. Entstehungsgeschichte und Gesetzeszweck

Die Entstehungsgeschichte des MiLoG ist zwar ebenfalls nicht frei von Widersprüchen, enthält aber überwiegende Anhaltspunkte gegen die – nach Wortlaut und Systematik naheliegende – weite Interpretation. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 28.5.2014¹⁵ fand sich noch eine eigenständige Formulierung der Auftraggeberhaftung für das MiLoG. Diese Regelung entsprach im Wesentlichen § 14 AEntG, gab dem Auftraggeber aber eine Exkulpationsmöglichkeit. Er sollte von der Haftung frei werden, wenn er nachweist, dass er weder positive Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis davon hatte, dass der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns nicht nachkommt.

Zur Begründung wurde angeführt¹⁶ die Vorschrift ziele darauf ab, die tatsächliche Wirksamkeit des Mindestlohns zu verstärken. Dabei solle „insbesondere ein sogenannter Generalunternehmer“ haften. Die Verwendung des Wortes „insbesondere“ könnte den Schluss zulassen, dass neben dem Generalunternehmer jeder Auftraggeber haften soll. Dazu womöglich im Widerspruch zielt das Gesetz aber darauf ab, dass der Auftraggeber im eigenen Interesse darauf achten soll, dass die Arbeitnehmer, die bei „von ihm beauftragten Sub- und Nachunternehmern“ beschäftigt sind, den Mindestlohn erhalten.¹⁷ Das wiederum könnte so verstanden werden, dass nicht jeder Auftraggeber haften soll, sondern nur der Generalunternehmer und seine Nachunternehmer, sofern letztere Auftragsteile weitervergeben.

Gegen die Haftung des Auftraggebers könnte auch sprechen, dass der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁸ mit der Streichung der Exkulpationsmöglichkeit eine Angleichung an die Rechtslage zum AEntG beabsichtigt. Denn das BAG hat zur Auftraggeberhaftung nach dem AEntG mehrfach entschieden, dass sich die Haf-

9 BVerfG, Beschl. v. 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05; BAG, Urt. v. 8.12.2010 – 5 AZR 95/10.

10 A. A. für den Anwendungsbereich des AEntG LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 18.1.2010 – 4 Sa 14/09.

11 Vgl. Thüsing (Fn. 5), S. 56: „Werkvertragsverhinderungsgesetz“.

12 Vgl. zum Beispiel BT-Drucks. 18/1558, 40; BAG, Urt. v. 28.3.2007 – 10 AZR 76/06.

13 Siehe Mohr, in: Thüsing, AEntG, 2010, § 14 Rn. 16.

14 Zu weiteren Verwendungen des Begriffs z. B. Staudinger/Habermann, BGB, 2013, § 14 BGB Rn. 30 ff.

15 BT-Drucks. 18/1558, 11 § 13.

16 BT-Drucks. 18/1558, 40 § 13.

17 BT-Drucks. 18/1558, 40 § 13.

18 BT-Drucks. 18/2010 (neu), 23 f.

tung gem. § 1a AEntG (der auf die Baubranche beschränkten Vorgängerregelung zu § 14 AEntG) allein auf den Generalunternehmer erstreckt.¹⁹ Zur Begründung führt das BAG aus, dass der Gesetzgeber nicht jeden Unternehmer in den Geltungsbereich des § 1a AEntG habe einbeziehen wollen. Ziel des Gesetzes sei es vielmehr, dass Bauunternehmer, die sich verpflichtet haben, ein Bauwerk zu errichten und dies nicht mit eigenen Arbeitskräften erledigen, sondern sich zur Erfüllung dieser Verpflichtung eines oder mehrerer Subunternehmer bedienen, als Bürgen haften sollen. Sie wären diejenigen, die den wirtschaftlichen Vorteil aus der Beauftragung von weiteren Unternehmen ziehen würden und sollten dann auch für die Lohnforderungen der dort beschäftigten Arbeitnehmer einstehen.²⁰

Wenn dem Gesetzgeber – wie hier – eine höchstrichterliche Rechtsprechung zu einer Norm bekannt ist und er sich auf dieselbe Norm uneingeschränkt bezieht, spricht dies dafür, dass aus seiner Sicht kein Klarstellungsbedarf besteht und die Rechtsprechung vielmehr akzeptiert wird.

Mit der Fassung von § 13 MiLoG und dem ausdrücklichen Verweis auf die bewährte Rechtsprechung zum AEntG hat der Gesetzgeber diese Rechtslage also bestätigt.

3. Zwischenergebnis

Den Verweis auf die bewährte Rechtsprechung des BAG hat der Gesetzgeber in einem Zug mit der Streichung der ursprünglich vorgesehenen Exkulpationsmöglichkeit vorgenommen, so dass in diesem Verweis ein notwendiges Regulativ der Haftung zu sehen ist. Es spricht also viel dafür, dass die Haftung gem. § 13 MiLoG entgegen dem Wortlaut nur den Generalunternehmer trifft.²¹

IV. Art und Umfang der Haftung

1. Bürgenhaftung

Der Unternehmer haftet für die Zahlung des Mindestlohns gem. § 14 AEntG wie ein Bürge. Auf diese gesetzlich angeordnete Bürgenhaftung finden die §§ 765 ff. BGB Anwendung. Durch die Akzessorietät der Bürgenhaftung richten sich Anspruchshöhe (bis zur Höhe des Mindestlohns), Fälligkeit und Verjährung nach dem Hauptschuldverhältnis, also nach dem Arbeitsvertrag.²²

Wird der Unternehmer von einem Arbeitnehmer seines Auftraggebers in Anspruch genommen, ist er zum Ausgleich des Lohnanspruchs verpflichtet. Da die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) gem. § 14 S. 1 AEntG ausdrücklich ausgeschlossen ist, kann der Unternehmer den Arbeitnehmer nicht darauf verweisen, den Anspruch zunächst beim Arbeitgeber geltend zu machen, einzuklagen und die Zwangsvollstreckung zu betreiben.²³

Begleitet der in Anspruch genommene Unternehmer die rückständigen Lohnansprüche, geht die streitgegenständliche Forderung kraft Gesetzes auf ihn über (§ 774 Abs. 1 BGB).

Nach verbreiteter Auffassung soll der Inanspruchgenommene im Innenverhältnis die weiteren beteiligten Unternehmen der Nachunternehmerkette in Anspruch nehmen können (entsprechend §§ 769, 774 Abs. 2, 426 BGB).²⁴ Dabei ist umstritten, ob die beteiligten Unternehmen im Innenverhältnis nur anteilig haften,²⁵ ob der Unternehmer den jeweils von ihm beauftragten Subunternehmer in vollem Umfang in Anspruch nehmen kann²⁶ oder ob allein derjenige zu haften hat, den das Auswahlverschulden hinsichtlich des Nachunternehmers trifft, der nicht zahlt.²⁷

2. Haftung bei Tätigkeit des Arbeitnehmers für mehrere Auftraggeber

Weder das MiLoG noch § 14 AEntG regeln, in welchem Verhältnis mehrere Auftraggeber eines gemeinsamen Nachunternehmers haften. Gleichzeitig dürften viele Unternehmen für eine Reihe von Auftraggebern tätig sein. Es wäre unverhältnismäßig, wenn ein Auftraggeber mit einem verhältnismäßig kleinen Auftragsvolumen für den vollständigen Lohn eines Arbeitnehmers seines Nachunternehmers einstehen sollte.

Auch die Entstehungsgeschichte von § 14 AEntG zeigt, dass die Haftung nur für die jeweils auftragsbezogenen Tätigkeiten des Arbeitnehmers eines Subunternehmers gelten soll. Die Haftungsregelung in § 14 AEntG hat ihren Ursprung nämlich in § 1a AEntG, der eine Haftung ausschließlich für Unternehmen des Baugewerbes festschrieb.²⁸ Die Haftung des Unternehmers für Löhne seiner Subunternehmer wurde damals eingeführt, um die Umgehung des Mindestlohns für entsendete Arbeiter auf Baustellen einzudämmen.²⁹

Wie auch im Baubereich kann der Unternehmer nur im Rahmen der von ihm selbst in Auftrag gegebenen Werk- oder Dienstleistungen die Einhaltung des MiLoG kontrollieren und entsprechende Sicherungsmaßnahmen erwirken.³⁰ Die Übertragung der Unternehmerhaftung aus dem Baubereich auf alle Branchen bedeutet daher nicht, dass nun auftragsunabhängig gehaftet wird.³¹

Stattdessen ist im Einzelfall zu prüfen, welchen Anteil ein in Anspruch genommener Auftraggeber an der Tätigkeit seines Subunternehmers hatte. Auf diesen Anteil ist seine Haftung beschränkt.

3. Haftungsgegenstand

Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Haftung beschränkt auf die Zahlung des Nettoentgelts. Weitere Regelungen zum Haftungsumfang enthält das Gesetz nicht.

Der ausdrückliche Verweis in der Gesetzesbegründung zu § 13 MiLoG auf die bisherige Rechtsprechung zu § 14 AEntG hilft nur eingeschränkt weiter. Wie gezeigt, ist nach wie vor nicht höchstrichterlich geklärt, ob der Auftraggeber im Fall der Insolvenz des Subunternehmers für ausstehenden Lohn haftet.³²

Geklärt ist allerdings, dass im Fall der Insolvenz des Subunternehmers der Anspruch des Arbeitnehmers gegen einen Auftraggeber der Nachunternehmerkette nicht auf die Bundesagentur für Arbeit übergeht, sollte diese an den Arbeitnehmer Insolvenzgeld gezahlt haben.³³ In diesem Fall trägt allein die Bundesagentur für Arbeit das Ausfallrisiko.

19 BAG, Beschl. v. 6.11.2002 – 5 AZR 617/01; Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 617/01; Urt. v. 28.3.2007 – 10 AZR 76/06.

20 Diese Rechtsprechung ist in der Literatur umstritten: zustimmend *Mohr*, in: *Thüsing, AEntG*, 2010, § 14 Rn. 16; *Hümmerich u. a.*, *Nomos-Kommentar Arbeitsrecht*, 2. Aufl., § 14 AEntG, Rn. 4; a.A. *Koberski u. a.*, *AEntG*, 3. Aufl., § 14 Rn. 17 ff., *ErK/Schlachter*, 14. Aufl., § 14 AEntG Rn. 3.

21 So im Ergebnis auch *Bayreuther*, *NZA* 2014, 865, 871.

22 *Mohr*, in: *Thüsing, AEntG*, 2010, § 14 Rn. 20.

23 *Koberski u. a.*, *AEntG*, 3. Aufl., § 14 Rn. 34.

24 *Koberski u. a.*, *AEntG*, 3. Aufl., § 14 Rn. 35; *Hümmerich u. a.*, *Nomos-Kommentar Arbeitsrecht*, 2. Aufl., § 14 AEntG Rn. 11.

25 *Koberski u. a.*, *AEntG*, 3. Aufl., § 14 Rn. 35; *ErK/Schlachter*, 14. Aufl., § 14 AEntG Rn. 6.

26 *Mohr*, in: *Thüsing, AEntG*, 2010, § 14 Rn. 21.

27 *Hümmerich u. a.*, *Nomos-Kommentar Arbeitsrecht*, 2. Aufl., § 14 AEntG Rn. 11.

28 § 1a Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 1.3.1996, BGBl. I 1996, 227, in der Fassung vom 1.1.1999 (BGBl. I 1999, 3843), zul. geänd. durch Art. 11 Nr. 2 des Gesetzes v. 24.4.2006, BGBl. I 2006, 926.

29 *Koberski u. a.*, *AEntG*, 2. Aufl., § 1a Rn. 1.

30 *Koberski u. a.*, *AEntG*, 3. Aufl., § 14 Rn. 33.

31 So für § 14 AEntG *Koberski u. a.*, *AEntG*, 3. Aufl., § 14 Rn. 33.

32 Was nach hier vertretener Auffassung nicht der Fall ist.

33 BAG, Urt. v. 8.12.2010 – 5 AZR 95/10.

Nach der Rechtsprechung des BAG soll der Bürge nach der damaligen Haftungsregelung des § 1a AEntG a.F. nicht für Annahmeverzugslohnansprüche des Arbeitnehmers gem. § 615 BGB, sondern nur für die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung haften.³⁴ Die Literatur zieht aus dieser Entscheidung den Schluss, dass für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit und der Feiertage (§§ 2, 3 EFZG) kein Mindestlohn zu zahlen ist.³⁵ Da die Bürgschaft akzessorisch ist, würde danach auch der Bürge für diese Zeiten nicht auf Zahlung des Mindestlohns haften.

Ob diese Annahme durch die Rechtsprechung bestätigt und die Rechtsprechung zu § 14 AEntG auf § 13 MiLoG übertragen wird, bleibt abzuwarten.

Sofern der Subunternehmer Arbeitnehmer beschäftigt, die ausländischem Sozialversicherungsrecht unterliegen, hat das BAG klargestellt, dass zur Berechnung des Nettoentgelts die vom Arbeitnehmer zu tragenden Anteile zur ausländischen Sozialversicherung, nicht aber die fiktiven Beiträge zur deutschen Sozialversicherung in Abzug zu bringen sind.³⁶

V. Bußgeld, Auswirkungen auf Vergabeverfahren

Gemäß § 21 Abs. 2 MiLoG handelt ordnungswidrig, wer in erheblichem Umfang Werk- oder Dienstleistungen von einem Nachunternehmer ausführen lässt, von dem er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass dieser den Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlt. Gleiches soll gelten, wenn der Auftraggeber einen Nachunternehmer einsetzt oder es zulässt, dass ein Nachunternehmer tätig wird, der den Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlt.

Ein solcher Verstoß kann mit einer Geldbuße bis zu 500 000,00 Euro geahndet werden. Für Unternehmen, die sich an der Vergabe öffentlicher Aufträge beteiligen, hat die Verhängung eines Bußgeldes von wenigstens 2500,00 Euro weitreichende Folgen, da sie gem. § 19 MiLoG für eine angemessene Zeit bis zur Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden sollen.

In Anbetracht dieser weitreichenden Konsequenzen darf das weitgehend unbestimmte Tatbestandsmerkmal des „erheblichen Umfangs“ im Zweifel nicht zu Lasten der betroffenen Unternehmen ausgelegt oder pauschal angewendet werden. Geboten ist vielmehr eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls. Ein fahrlässiges Handeln wird man in der Regel annehmen können, sofern der jeweilige Auftraggeber bei Abschluss des Vertrages klare Anhaltspunkte hatte, dass sein Auftragnehmer zu den angebotenen Konditionen den Auftrag nicht gesetzteskonform erbringen kann.³⁷ Dann wäre es Sache des Auftraggebers sich nachweislich bei dem Auftragnehmer zu erkundigen, wie er die Zahlung des Mindestlohnes sicherstellt.

VI. Begrenzung des Haftungsrisikos

Da der Arbeitgeber die Haftung gem. § 13 MiLoG vertraglich nicht ausschließen kann, sollten Unternehmen Vorsorge tragen, um die Risiken aus einer Inanspruchnahme zu begrenzen. Gemäß § 14 AEntG, § 774 Abs. 1 BGB hat der Inanspruchgenommene einen Ausgleichsanspruch gegen denjenigen Arbeitgeber, für dessen Löhne die Inanspruchnahme erfolgte. Sofern die Inanspruchnahme durch Arbeitnehmer eines Nach-Nachunternehmers erfolgt, kann der eigene Vertragspartner dabei nach der gesetzlichen Regelung allenfalls anteilig zum Ausgleich herangezogen werden.³⁸ Ein Auftraggeber trägt ohne

vertragliche Regressregelung also ein Durchsetzungsrisiko für die seinem Vertragspartner nachgeschalteten Nachunternehmer. Helfen kann eine vertragliche Regelung, nach der der Nachunternehmer den Auftraggeber von der Haftung freistellt, sollten Arbeitnehmer von Nachunternehmern des Nachunternehmers den Auftraggeber auf Zahlung des Mindestlohns in Anspruch nehmen. Vorsorglich sollte sich ein Auftraggeber ferner von der anteiligen Inanspruchnahme (entsprechend §§ 774 Abs. 2, 426 BGB) durch andere Unternehmen der Nachunternehmerkette vertraglich freistellen lassen. Hilfreich können auch vertraglich vereinbarte Informations-, Kontroll- und Kündigungsrechte sein. Wo dies praktikabel ist, können ferner Sicherheiten für den Fall der Haftungsinanspruchnahme gestellt werden, z.B. in Form einer Bankbürgschaft.

VII. Zusammenfassung

Die verschuldensunabhängige Haftung der Auftraggeber für den Mindestlohn ihrer Nachunternehmer zwingt auch solche Unternehmen zur Vorsicht, die selbst durchweg mehr als Euro 8,50/Stunde bezahlen und daher womöglich glaubten, vom MiLoG nicht betroffen zu sein. Es spricht einiges dafür, dass die Haftung nicht jeden Auftraggeber, sondern nur sog. Generalunternehmer erfassen kann. Inwiefern die branchenübergreifende Haftung ohne Exkulpationsmöglichkeit verfassungsgemäß ist, bleibt abzuwarten. Jedenfalls bestehen durchgreifende grundrechtliche Bedenken, Auftraggeber auch bei insolvenzbedingter Leistungsunfähigkeit ihrer Auftragnehmer zur Mindestlohnzahlung heranzuziehen. Denn ab Insolvenzzreife erledigt sich der Zweck der Haftungsnorm, durch gegenseitige Kontrolle der Unternehmen untereinander die Wirksamkeit des gesetzlichen Mindestlohns zu steigern. Wird ein Auftragnehmer für mehrere Auftraggeber gleichzeitig tätig, ist der Haftungsumfang wohl richtiger Weise auf den jeweiligen Tätigkeitsanteil zu beschränken. Generalunternehmer sind gut beraten, durch Freistellungsregeln sowie Informations- und Kündigungsrechte das Risiko einer Inanspruchnahme zu begrenzen.

Dr. Matthias Kühn, LL.M., RA, ist seit 2008 als Rechtsanwalt im Berliner Büro der wirtschaftsberatenden Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek tätig.



Astrid Reich, RAin/FAinArbR, ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und seit 2002 im Berliner Büro der wirtschaftsberatenden Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek tätig.



34 BAG, Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 279/01; BAG, Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 (für Verzugslohnansprüche).

35 Koberski u. a., AEntG, 3. Aufl., § 5 Rn. 17 f.; Deckers, NZA 2008, 321, 322; kritisch Bayreuther, in: Thüsing, AEntG, 2010, § 8 Rn. 6.

36 BAG, Urt. v. 17.8.2011 – 5 AZR 490/10.

37 Koberski u. a., AEntG, 3. Aufl., § 23 Rn. 16; Mohr, in: Thüsing, AEntG, 2010, § 23 Rn. 41 ff.; Erfk/Schlachter, 14. Aufl., § 23 AEntG Rn. 5.

38 Strittig, s. oben IV.1.