VERBAND DES
VERKEHRSGEWERBES
SÜDBADEN E.V.

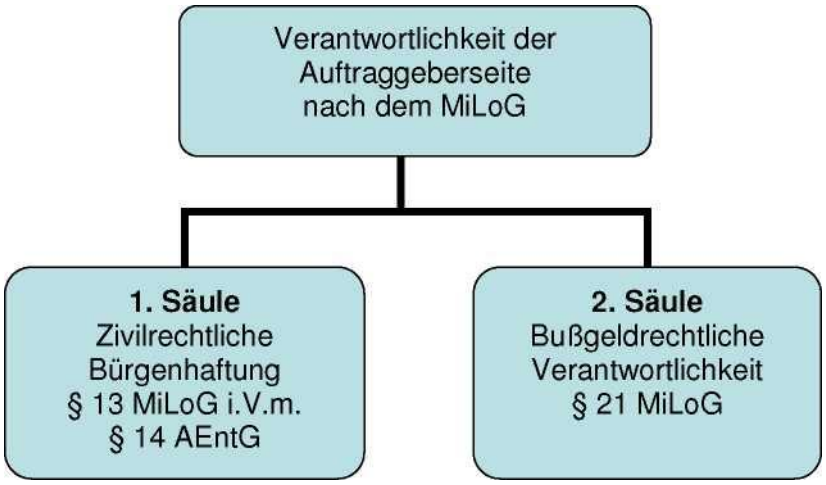
Weißerlenstraße 9
79108 Freiburg
Gewerbegebiet Hochdorf
Telefon (0761) 7 05 23-0
Telefax (0761) 7 05 23-20
E-Mail:
info@vv-suedbaden.de
Internet:
www.vv-suedbaden.de

Kann ich der Haftungs- und Bußgeldfalle im Rahmen des MiLoG entkommen?

1. Grundlagen

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es zunächst einer kurzen Einleitung in die Systematik der Verantwortlichkeit des Auftraggebers nach dem MiLoG:

Im Rahmen des MiLoG ist die **zivilrechtliche Bürgenhaftung** zur Zahlung des Mindestlohns von der **bußgeldrechtlichen Verantwortung** zu unterscheiden. Insoweit kann von den **zwei Säulen** der Verantwortlichkeit des Auftraggebers nach dem MiLoG gesprochen werden.



1.1 Erste Säule: Die zivilrechtliche Bürgenhaftung

§ 13 MiLoG i. V. m. § 14 AEntG begründet eine Einstandspflicht für alle Unternehmer (Auftraggeber), die sich bei der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen Dritter (Auftragnehmer) bedienen. Der Auftraggeber soll gegenüber betriebsfremden haften, wenn er sich vertraglich verpflichtet, eine bestimmte Dienst- oder Werkleistung zu erbringen und diese nicht mit eigenen Arbeitskräften erledigt, sondern sich **zur Erfüllung dieser Pflicht** eines oder mehrerer Nachunternehmer bedient.
Die Einstandspflicht des Auftraggebers entsteht nach dem MiLoG, wenn ein Dienst- oder Werkvertragsunternehmer seinen Arbeitnehmern den Mindestlohn nicht oder nicht vollständig zahlt. Dabei greift diese Haftung nicht nur bei Verstößen des eigenen Vertragspartners, sondern auch bei Verstößen von Subunternehmern und Nachunternehmern in der Auftragskette. Es besteht also eine **verschuldensunabhängige Durchgriffshaftung** für die gesamte Auftragskette. Diese Haftung ist so ausgestaltet, dass der Auftraggeber wie ein Bürge haftet, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet. Die Haftung ist betragsmäßig auf das sich aus dem Mindestlohn ergebende Nettoentgelt (ohne Steuern und Sozialversicherungsbeiträge) begrenzt.

Im Klartext: Beauftragt ein Speditionsunternehmen ein Transportlogistikunternehmen mit der Durchführung einer Beförderungsleistung und beauftragt dieses Unternehmen einen weiteren Auftragnehmer (erster Nachunternehmer) mit der Durchführung und dieser Auftragnehmer wiederum einen weiteren Auftragnehmer (zweiter Nachunternehmer), haftet jeder Auftraggeber (also im Fallbeispiel das Speditionsunternehmen, das Transportlogistikunternehmen und der erste Nachunternehmer) nach der zivilrechtlichen Bürgenhaftung im Rahmen des MiLoG.
Wenn nun der Arbeitnehmer - als letztes Glied in der Auftragskette - von seinem Arbeitgeber (im Fallbeispiel: dem zweiten Nachunternehmer) keinen Mindestlohn erhält, muss er sich nicht darauf verweisen lassen, erst gegen diesen vorzugehen; er kann sich direkt an jeden Auftraggeber der Auftragskette wenden.
Im Fallbeispiel wäre Auftraggeber sowohl das Speditionsunternehmen und das Transportlogistikunternehmen als auch der erste Nachunternehmer.
Wendet sich der Arbeitnehmer an das Speditionsunternehmen, steht dieses für einen Verstoß des zweiten Nachunternehmers gegen das MiLoG ein. Wendet er sich stattdessen an das Transportlogistikunternehmen, greift auch hier die **verschuldensunabhängige Durchgriffshaftung** für einen Verstoß des zweiten Nachunternehmers gegen das MiLoG.

1.2 Zweite Säule: Die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit

Die Nichtzahlung des Mindestlohns führt aber nicht nur zur zivilrechtlichen Bürgenhaftung. Vielmehr sind in § 21 MiLoG zudem zahlreiche Bußgeldtatbestände bei Verstößen gegen das MiLoG normiert.
Relevant ist insbesondere die bußgeldrechtliche Verantwortung des Auftraggebers nach § 21 Abs. 2 MiLoG, die an ein eigenes schuldhaftes Verhalten des Auftraggebers anknüpft. Nach § 21 Abs. 2 MiLoG handelt derjenige **ordnungswidrig, der als Auftraggeber Werk- oder Dienstleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt und weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass sein Auftragnehmer den Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlt** oder sein Auftragnehmer diese Handlung begeht. Es droht ein Bußgeld in Höhe von bis zu 500.000,00 €.
§ 19 MiLoG sieht des Weiteren eine Rechtsfolge bei Mindestlohnverstößen vor, die jedenfalls für Unternehmen, die stark von öffentlichen Aufträgen abhängig sind, existenzbedrohend sein kann. Wurde gegen ein Unternehmen ein Bußgeld auf Grundlage des § 21 MiLoG mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500,00 € verhängt, soll nämlich das betroffene Unternehmen gemäß § 19 Abs. 1 MiLoG von öffentlichen Aufträgen für eine angemessene Zeit ausgeschlossen sein.

Anmerkung: Für den Fall, dass Mindestlöhne nicht gezahlt werden, droht auch eine Strafverfolgung wegen nicht gezahlter Sozialversicherungsbeiträge nach § 266a Strafgesetzbuch (StGB).

2. Lösungsmöglichkeiten?

Es sind zwei Situationen zu unterscheiden.

Auftragnehmer-Situation: Transport- und Logistikunternehmer sehen sich - als Auftragnehmer - in jüngster Zeit im zunehmenden Maße mit sog. „Freistellungs-, Schadensersatz- oder Regressvereinbarungen“ konfrontiert, die ihnen ihre Auftraggeber zur Unterschrift vor-

legen. Mit solchen Vereinbarungen beabsichtigen die Auftraggeber, sich vor Inanspruchnahme auf Zahlung von Mindestlohn und Bußgeld zu schützen, falls an einer Stelle in der Auftragskette die Zahlung des Mindestlohns unterbleibt.

Auftraggeber-Situation: Auf der anderen Seite fragen sich Transport- und Logistikunternehmer, ob nicht auch sie, falls sie einen Auftrag weitergeben, sich mittels einer „Vereinbarung“ gegen eine zivilrechtliche und bußgeldrechtliche Inanspruchnahme absichern können.

2.1 Auftragnehmer-Situation

Ob und inwieweit Unternehmern vorgelegte Vereinbarungen tatsächlich geeignet sind, das beabsichtigte Ziel - vertragliche Begrenzung des Haftungs- und Bußgeldrisikos - zu erreichen, ist derzeit noch völlig offen.

Hinsichtlich der Bürgenhaftung **(Erste Säule)** ist bereits jetzt sicher: **Die zivilrechtliche Bürgenhaftung für die Zahlung von Mindestlohn besteht kraft Gesetzes gegen jeden Teilnehmer innerhalb der Auftragskette. Sie kann deshalb von keinem Teilnehmer vertraglich ausgeschlossen werden. Lediglich ein Regressanspruch gegenüber dem Subunternehmer lässt sich über vertragliche Vereinbarungen im Innenverhältnis begründen.**

Was die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit **(Zweite Säule)** angeht, kann zwar der Auftraggeber den Auftragnehmer vertraglich darauf verpflichten, die Bestimmungen des MiLoG einzuhalten, dies alleine ist aber nicht ausreichend.

Das Bundesministerium für Finanzen (BMF) äußerte sich in einem Schreiben an den BGL dazu wie folgt: *„Nicht ausreichend dürfte es jedoch sein, sich vom Auftragnehmer versichern zu lassen, dass dieser die Mindestlohnregelungen einhält. Hinzu kommen gegebenenfalls weitere Aufklärungspflichten des Auftraggebers.“*

Dementsprechend sind auch die sorgfältige Auswahl und die „Kontrolle“ des beauftragten Unternehmers mit ausschlaggebend, ohne jedoch die Garantie geben zu können, zu 100 % auf der sicheren Seite zu stehen.
In diesem Zusammenhang ist es aus Sicht des BGL unbefriedigend, wenn der Gesetzgeber eine „Überwachung“ der **Durchführung des Vertragsverhältnisses** in Bezug auf die ordnungsgemäße Umsetzung des MiLoG fordert, dem Auftraggeber aber kein entsprechendes Werkzeug an die Hand gegeben wird.

Ausgewählte Klauseln

An dieser Stelle soll kurz auf ausgewählte Klauseln in den vorgelegten Vereinbarungen eingegangen werden.

1. Die Vereinbarung einer **Vertragsstrafe** ist möglich. Unter einer Vertragsstrafe nach § 339 BGB ist ein **pauschalierter** Schadenersatz zu verstehen, zu welchem sich der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung verpflichtet hat. Die Pauschalierung erspart das häufige Problem, die Höhe eines eingetretenen Schadens festzustellen. Mangels anderer Vereinbarung ist die Vertragsstrafe **verschuldensabhängig.**

2. Die Vereinbarung eines **vertraglichen Kündigungsrechts** ist möglich. Dies beschreibt einen Rechtsanspruch auf die vorzeitige Beendigung eines bestehenden Vertragsverhältnisses. Ein eingeräumtes Kündigungsrecht für alle bestehenden Vertragsverhältnisse, könnte jedoch gegen das Übermaßverbot verstoßen.

3. Die Beibringung einer **Bankbürgschaft** ist theoretisch möglich, für die Praxis aber wenig tauglich.

4. Möglich erscheint auch eine Vereinbarung, wonach der Auftraggeber einen gewissen Anteil der seinem Subunternehmer geschuldeten Vergütung vertraglich **zurückbehält,** um hiervon gegebenenfalls mögliche Mindestlohnforderungen zu erfüllen. Hier stellt sich aber die praktische Frage, wie lange das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann. Schließlich beträgt die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Mindestlohn drei Jahre.

5. Es existieren auch Mustervereinbarungen, wonach der Auftraggeber das Recht erhalten soll, regelmäßig **geeignete Nachweise** (z. B. Lohnunterlagen) über die Zahlung des Mindestlohns bei seinem Subunternehmer **anzufordern** oder zur Auditierung Dritten zu überlassen. Unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzrechts bedürfen derartige Klauseln noch der Überprüfung. In jedem Falle ist Vorsicht geboten, personenbezogene Daten offenzulegen, da gegebenenfalls strafrechtlichen Konsequenzen aus der Nichtbeachtung von Datenschutzbestimmungen drohen.

6. Auch vereinbarte **Freistellungsvereinbarungen** erscheinen möglich. Dazu sei folgendes angemerkt: Der Auftraggeber hat bei Inanspruchnahme als Bürge im Außenverhältnis zum Arbeitnehmer - der keinen Mindestlohn ausgezahlt bekommen hat - die Möglichkeit, im Innenverhältnis, bei seinen Subunternehmern Regress zu nehmen. Einen derartigen Regressanspruch könnte durch eine Freistellungsvereinbarung abgesichert werden.

Fazit: Es gibt keine universale Lösung. Die Reichweite der gebotenen vertraglichen Absicherung hängt stets auch von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Im Hinblick auf die Ausführungen des BMF dürften entsprechende vertragliche Vereinbarungen aber nicht alleine ausreichend sein.

2.2 Auftraggebersituation

I. Tatsächliche Maßnahmen:

1. Sorgfältige Auswahl des Auftragnehmers. Es sollte möglichst ein **bekannter Unternehmer** - der für Seriosität und Zuverlässigkeit steht - eingesetzt werden.

2. Das Angebot des Auftragnehmers sollte einer **Plausibilitätsprüfung** unterzogen werden. Der Auftraggeber muss sich die Frage stellen: Kann die angefragte Leistung bei Zahlung des Mindestlohns vom Auftragnehmer kostendeckend erbracht werden? Ist dies nicht der Fall, sollte von einer Beauftragung abgesehen werden.

II. Vorsorgliche Vertragsgestaltung mit dem Auftragnehmer

1. Verpflichtung des Auftragnehmers zur rechtzeitigen Zahlung des Mindestlohns

2. Verpflichtung des Auftragnehmers zur Selbsterbringung der Leistung; nur nach vorheriger Zustimmung Einsetzung eines Nachunternehmers möglich

3. Verpflichtung des Auftragnehmers, seinerseits nur **bekannte Unternehmer** - die für Seriosität und Zuverlässigkeit stehen - einzusetzen. (Hier könnte ein Kriterienkatalog, der detaillierte Vorgaben macht, hilfreich sein.)

4. Verpflichtung des Auftragnehmers, bei Einsatz von Nachunternehmern dafür zu sorgen, dass diese sich ebenfalls zur Zahlung des Mindestlohns schriftlich vertraglich verpflichten und ihrerseits bei Einsatz weiterer Nachunternehmer die Verpflichtung ebenfalls vertraglich aufnehmen.

III. Formulierungsvorschlag

Einen Formulierungsvorschlag für eine vertragliche Vereinbarung stellen wir Ihnen zum Download im Service-Bereich auf unserer Homepage (www.vv-suedbaden.de) zur Verfügung.