

# LEITFADEN MINDESTLÖHNE IM BAUGEWERBE

TV Mindestlohn,  
MindestlohnVO,  
Arbeitnehmer-Entsendegesetz,  
Mindestlohngesetz

**Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.**

Berlin, Februar 2020

**Geschäftsbereich Tarif- und Sozialpolitik, Fachkräfte**

RA Stefan Brettschneider

**Geschäftsbereich Wirtschaft, Recht und Innovationen**

Tim-Oliver Müller

**Bearbeiter:**

Ass. jur. Anne Magiera, LL.M.

RA´in Nadine Wulf

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. ÜBERBLICK.....</b>	<b>1</b>
I. Mindestlohtarifverträge und Rechtsverordnungen Bauhauptgewerbe und Ausbaugewerbe .....	1
a) Bauhauptgewerbe (bis 31.12.2020) .....	1
b) Dachdeckerhandwerk (bis 31.12.2021).....	1
c) Elektrohandwerke (bis 31.12.2024) .....	1
d) Gerüstbauerhandwerk (bis 31.07.2020).....	1
e) Maler- und Lackiererhandwerk (bis 30.04.2021).....	1
f) Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerk (bis 30.04.2021) .....	1
II. Höhe der Mindestlöhne i.S.v. § 5 Nr. 1 AEntG .....	2
<b>B. REGELUNGEN IM BAUGEWERBE .....</b>	<b>2</b>
I. Betrieblicher Geltungsbereich TV Mindestlohn .....	3
1. Hinweise zum Geltungsbereich des BRTV .....	3
2. Einschränkungen durch die MindestlohnVO .....	4
II. Persönlicher Geltungsbereich .....	5
1. TV Mindestlohn.....	5
2. Abgrenzung zum Mindestlohngesetz (MiLoG) .....	7
III. Geltender Mindestlohn.....	9
1. Mindestlohn als zwingende Arbeitsbedingung .....	9
2. Bestandteile des Mindestlohns .....	10
3. Arbeitsortsprinzip - Mindestlohn West oder Ost .....	12
4. Abgrenzung Lohngruppe 1 / Lohngruppe 2 .....	12
5. Fälligkeit, Auszahlung und besondere Verfallfrist.....	14
<b>C. AUFTRAGGEBERHAFTUNG.....</b>	<b>15</b>
I. Haftungsadressat .....	16
II. Gegenstand und Reichweite der Haftung .....	16
III. Selbstschuldnerische Bürgschaft .....	18
IV. Verjährung der Ansprüche.....	18
<b>D. AUFZEICHNUNGS-, MELDE- UND MITFÜHRUNGSPFLICHTEN.....</b>	<b>19</b>
I. Aufzeichnungspflichten.....	19
II. Meldepflichten.....	21
III. Mitführungspflichten .....	22
<b>E. KONTROLLE DER EINHALTUNG DER ARBEITSBEDINGUNGEN.....</b>	<b>23</b>
I. Kontrollbehörden.....	23
II. Außenprüfung .....	23
III. Checkliste Baustellenkontrollen .....	25
IV. Bußgelder und Ausschluss von öffentlichen Aufträgen.....	26
<b>F. MÖGLICHKEITEN ZUR ABSICHERUNG DER HAFTUNGSRISIKEN .....</b>	<b>26</b>
I. Vorbemerkung .....	26
II. Einsatz präqualifizierter Nachunternehmer .....	26
III. Frühwarnsystem.....	27
IV. Mindestlohnbescheinigungen.....	28

V. Vertragsgestaltung - Checkliste .....	28
VI. Ergänzende Hinweise.....	30
1. Absicherung durch Bürgschaft.....	30
a) Erfordernis einer Sicherungsabrede .....	30
b) Umschreibung des Sicherungszwecks.....	30
c) Dauer.....	30
d) Höhe der Sicherheiten .....	31
e) Reduzierung der Sicherheiten .....	32
2. Kündigung .....	32
3. Vertragsstrafe .....	33
<b>ANHANG 1 .....</b>	<b>34</b>
<b>ANHANG 2 .....</b>	<b>35</b>
<b>ANHANG 3 .....</b>	<b>37</b>
<b>ANHANG 4 .....</b>	<b>38</b>
<b>ANHANG 5 .....</b>	<b>40</b>
<b>ANHANG 6 .....</b>	<b>41</b>

# Mindestlöhne im Baugewerbe

## A. Überblick

Im Folgenden werden zunächst die Abschluss- und Veröffentlichungsdaten der Mindestlohn-tarifverträge und Rechtsverordnungen des Bauhaupt- und Ausbaugewerbes, die derzeit nach dem Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG) relevant sind, aufgeführt.

## I. Mindestlohtarifverträge und Rechtsverordnungen Bauhauptgewerbe und Ausbaugewerbe

### a) Bauhauptgewerbe (bis 31.12.2020)

Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV Mindestlohn) vom 17.01.2020; die Erstreckung wurde beantragt

### b) Dachdeckerhandwerk (bis 31.12.2021)

Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohns im Dachdeckerhandwerk - Dach-, Wand- und Abdichtungstechnik - im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 14.08.2019 (TV Mindestlohn); die Erstreckung wurde beantragt

### c) Elektrohandwerke (bis 31.12.2024)

Tarifvertrag über ein Mindestentgelt in den Elektrohandwerken vom 17.01.2019

Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages für die Elektrohandwerke vom 05.12.2019 (Bundesanzeiger AT 11.12.2019 B1) - die Allgemeinverbindlicherklärung trat am 01.01.2020 in Kraft und tritt mit Ablauf des 31.12.2024 außer Kraft

### d) Gerüstbauerhandwerk (bis 31.07.2020)

Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohns im Gerüstbauer-Handwerk im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 25.01.2019 (TV Mindestlohn)

Fünfte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Gerüstbauerhandwerk vom 26.06.2019 (Bundesanzeiger AT 28.06.2019 V1) - die Verordnung trat am 01.07.2019 in Kraft und tritt mit Ablauf des 31.07.2020 außer Kraft

### e) Maler- und Lackiererhandwerk (bis 30.04.2021)

Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohns für gewerbliche Arbeitnehmer im Maler- und Lackiererhandwerk (TV Mindestlohn) vom 09.12.2016

Neunte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Maler- und Lackiererhandwerk vom 25.04.2017 (Bundesanzeiger AT 28.04.2017 V1) - die Verordnung trat am 01.05.2017 in Kraft und tritt mit Ablauf des 30.04.2021 außer Kraft

### f) Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerk (bis 30.04.2021)

Tarifvertrags zur Regelung eines Mindestlohns im Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerk vom 25.02.2019 (TV Mindestlohn)

Dritte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerk vom 29.08.2019 (Bundesanzeiger AT 30.08.2019 V1) - die Verordnung trat am 01.09.2019 in Kraft und tritt mit Ablauf des 30.04.2021 außer Kraft

## II. Höhe der Mindestlöhne i.S.v. § 5 Nr. 1 AEntG

Bauhauptgewerbe*	01.01.17 - 31.12.17	01.03.18 - 28.02.19	01.03.19 - 31.12.19	01.04.20 - 31.12.20
ML 1 West	11,30 €	11,75 €	12,20 €	12,55 €
ML 2 West	14,70 €	14,95 €	15,20 €	15,40 €
ML 1 Berlin	11,30 €	11,75 €	12,20 €	12,55 €
ML 2 Berlin	14,55 €	14,80 €	15,05 €	15,25 €
ML 1 Ost	11,30 €	11,75 €	12,20 €	12,55 €
ML 2 Ost	./.	./.	./.	./.

Dachdeckerhandwerk**	01.03.18 - 31.12.18	01.01.19 - 31.12.19	01.01.20 - 31.12.20	01.01.21 - 31.12.21
ML 1	12,20 €	12,20 €	12,40 €	12,60 €
ML 2	12,90 €	13,20 €	13,60 €	14,10 €

Elektrohandwerke***	01.01.18 - 31.12.18	01.01.19 - 31.12.19	01.01.20 - 31.12.20	01.01.21 - 31.12.21
ML	10,95 €	11,40 €	11,90 €	12,40 €

Gerüstbauerhandwerk	01.07.18 - 31.05.19	01.07.19 - 31.07.20		
ML	11,35 €	11,88 €		

Maler / Lackierer	01.05.17 - 30.04.18	01.05.18 - 30.04.19	01.05.19 - 30.04.20	01.05.20 - 30.04.21
ML 1 bundesweit	10,35 €	10,60 €	10,85 €	11,10 €
ML 2 West u. Berlin	13,10 €	13,30 €	13,30 €	13,50 €
ML 2 Ost	11,85 €	12,40 €	12,95 €	13,50 €

Steinmetzhandwerk	01.05.18 - 30.04.19	01.09.19 - 30.04.20	01.05.20 - 30.04.21	
ML	11,40 €	11,85 €	12,20 €	

\* Die am 31.12.2019 geltenden Werte sind bei beiderseitiger Tarifbindung bzw. arbeitsvertraglicher Inbezugnahme bis zum 31.01.2020 anzuwenden. Die danach geltenden, kursiv dargestellten Werte bedürfen noch der Erstreckung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz.

\*\* Die kursiv dargestellten Werte bedürfen noch der Erstreckung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz.

\*\*\* weitere Mindestlöhne betragen: ab 01.01.2022 12,90 €, ab 01.01.2023 13,40 €, ab 01.01.2024 - 31.12.2024 13,95 €

## B. Regelungen im Baugewerbe

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf den Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 17.01.2020 (im Folgenden: TV Mindestlohn) und die zu erwartende 11. Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe.

## I. Betrieblicher Geltungsbereich TV Mindestlohn

Alle Betriebe, die unter den Geltungsbereich des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (BRTV) in der jeweils geltenden Fassung fallen, werden von dem TV Mindestlohn erfasst, § 1 Abs. 2 TV Mindestlohn. Die Rechtsnormen des Tarifvertrags gelten auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und ihre im Geltungsbereich der MindestlohnVO beschäftigten Arbeitnehmer (§ 1 S. 2 MindestlohnVO, § 3 S. 1 AEntG).

### 1. Hinweise zum Geltungsbereich des BRTV

Unter den betrieblichen Geltungsbereich des BRTV fallen nach § 1 Abs. 2 S. 1 BRTV Betriebe des Baugewerbes. Es kommt dabei entscheidend darauf an, ob die Arbeitnehmer eines Betriebes arbeitszeitlich überwiegend Bauleistungen erbringen.

Der BRTV enthält keine eigenständige Definition zum Betriebsbegriff, so dass von dem **allgemeinen Betriebsbegriff** auszugehen ist (*siehe z.B. Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, 3. Aufl. 2011, § 6 Arbeitnehmer-Entsendegesetz Rn. 6*). Bereits eine **selbständige Betriebsabteilung** gilt als Betrieb im Sinne des BRTV (§ 1 Abs. 2 Abschn. VI Abs. 1 S. 2) und als solche gilt auch eine **Gesamtheit von Arbeitnehmern**, die außerhalb der stationären Betriebsstätte baugewerbliche Arbeiten ausführt (§ 1 Abs. 2 Abschn. VI Abs. 1 S. 3 BRTV).

**Baugewerbliche Tätigkeiten** im Sinne des BRTV werden abschließend in § 1 Abs. 2 Abschn. I bis IV definiert. In Abschn. V befindet sich ein nicht abschließender Katalog baugewerblicher Tätigkeiten und in Abschn. VII werden bestimmte baugewerbliche Tätigkeiten (überwiegend Ausbaugewerbe) aus dem Geltungsbereich wieder ausgenommen.

Bei der **Geltungsbereichsprüfung** kann von dem **Positivkatalog** in § 1 Abs. 2 **Abschn. V** BRTV ausgegangen werden. Die dort aufgeführten Arbeiten sind baugewerbliche Tätigkeiten, so dass jede weitere Prüfung entfällt. Führt die Prüfung dieses Positivkatalogs zu keinem Ergebnis, sind die **Spezial- und Hilfstätigkeiten** des Katalogs von **Abschn. IV** durchzugehen. Findet sich die zu prüfende Tätigkeit weder in Abschn. V noch in Abschn. IV, sind die **allgemeinen Tatbestände der Abschn. I bis III** heranzuziehen. Bei negativem Ergebnis ist der betriebliche Geltungsbereich des BRTV nicht betroffen. Bei positivem Ergebnis muss noch der **Negativkatalog** des **Abschn. VII** durchgegangen werden. Liegt insoweit keine Ausnahme vor, ist der betriebliche Geltungsbereich des BRTV gegeben.

Für Einzelfragen wird auf die umfangreiche Rechtsprechung zum betrieblichen Geltungsbereich sowie auf die Kommentierung bei Biedermann/Möller, BRTV-Kommentar, 9. Aufl. 2015, S. 81 ff., verwiesen.

Der BRTV erfasst nur solche Betriebe, deren **überwiegende Tätigkeit** die Erbringung gewerblicher Bauarbeiten im oben dargestellten Sinne ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) ist dies dann der Fall, wenn der Anteil der betrieblichen Gesamtarbeitszeit

der Arbeitnehmer an den maßgeblichen Tätigkeiten mehr als 50 % beträgt. Solche Mischbetriebe fallen dann als Ganzes unter die Baurarifverträge, § 1 Abschn. VI Abs. 1 S. 1 BRTV.

## 2. Einschränkungen durch die MindestlohnVO

Für Arbeitgeber, die unter den betrieblichen Geltungsbereich des BRTV fallen, gelten die Mindestlöhne ausnahmsweise dann nicht, wenn eine der Einschränkungen in der MindestlohnVO greift. Zusammengefasst bestehen in folgenden Bereichen **Einschränkungen**, die ggf. **anhand der MindestlohnVO** sowie deren Anlagen zu **prüfen** sind:

- |   |   |                              |                            |
|---|---|------------------------------|----------------------------|
| ▪ Holz- und kunststoffverarbeitende Industrie                             | } | § 2 Abs. 1, Abs. 2, Anlage 2 |                            |
| ▪ Sägeindustrie und übrige Holzbearbeitung                                |   |                              |                            |
| ▪ Steine- und Erdenindustrie  |   |                              |                            |
| ▪ Transportbeton  |   |                              |                            |
| ▪ Mörtelindustrie   |   |                              |                            |
| ▪ chemische oder kunststoffverarbeitende Industrie                        | } | § 2 Abs. 2 a), Anlage 3      |                            |
| ▪ Metall- und Elektroindustrie  |   |                              |                            |
| ▪ Fertigungsbauarbeiten (seit mind. einem Jahr)                           |   |                              | § 2 Abs. 3                 |
| ▪ Maler- und Lackiererhandwerk  |   |                              | § 2 Abs. 4 Nr. 1, Anlage 4 |
| ▪ Spreng-, Abbruch- und Enttrümmerungsarbeiten                            |   |                              | § 2 Abs. 4 Nr. 2           |
| ▪ Garten- Landschafts- und Sportplatzbau                                  |   |                              | § 2 Abs. 4 Nr. 3           |
| Grünanteil von mind. 20 v.H. der betrieblichen Gesamtarbeitszeit beachten |   |                              |                            |
| ▪ Drainieren landwirtschaftlicher Flächen                                 |   |                              | § 2 Abs. 4 Nr. 4           |
| ▪ Holz- und kunststoffverarbeitendes Handwerk                             |   |                              | § 2 Abs. 4 Nr. 5, Anlage 4 |
| ▪ Metallbauerhandwerk   |   |                              | }                          |
| ▪ Installateur-, Heizungsbauer u.a. (Handwerk)                            |   |                              |                            |
| ▪ Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerk                                     |   |                              |                            |
| ▪ Elektrohandwerk   |   |                              |                            |

Für **Arbeitgeber mit Sitz im Inland** kommt es hinsichtlich dieser Ausnahmereiche also auf die Anwendbarkeit des anderweitigen Tarifvertrags und/oder auf die mittelbare oder unmittelbare Mitgliedschaft bei dem entsprechenden Arbeitgeberverband, die in den meisten Fällen an einem bestimmten Stichtag bestanden haben muss, an.

Die Kriterien für die Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung sind also **Fachlichkeit**, **Mitgliedschaft** und ggf. **die Einhaltung eines Stichtags**.

Für Mitglieder des Bundesverbands Holz und Kunststoff, des Bundesverbands Metall - Vereinigung Deutscher Metallhandwerke, des Zentralverbands Sanitär-Heizung-Klima oder des Zentralverbands der Deutschen Elektro- und Informationstechnischen Handwerke kommt es

**zusätzlich auf die Frage an, ob die jeweiligen Tarifverträge gegenüber den Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen des Baugewerbes spezieller sind** (§ 2 Abs. 4 Nr. 5 und Nr. 6 MindestlohnVO). Die für die Beurteilung maßgebliche Zusammenfassung der fachlichen Geltungsbereiche ist in Anlage 4 der MindestlohnVO abgedruckt.

Für **Arbeitgeber mit Sitz im Ausland** ist gemäß § 2 Abs. 5 MindestlohnVO allein entscheidend, ob sie arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten ausüben, die in § 2 MindestlohnVO aufgeführt sind. Ist dies der Fall, gilt für sie der TV Mindestlohn nicht.

## II. Persönlicher Geltungsbereich

Während bisher die tarifvertraglichen Geltungsbereichsausnahmen dem Arbeitgeber ermöglichen, die Vergütung ohne eine konkret bezifferte Untergrenze zu vereinbaren, muss seit 01.01.2015 für diejenigen Arbeitnehmer, die nicht unter den persönlichen Geltungsbereich des TV Mindestlohn fallen (dazu sogleich unter Nr. 1), die Geltung des gesetzlichen Mindestlohns von 9,35 € (seit 01.01.2020) und somit v.a. der persönliche Anwendungsbereich gemäß § 22 Mindestlohngesetz (MiLoG) geprüft werden (dazu unter Nr. 2).

### 1. TV Mindestlohn

Vom persönlichen Geltungsbereich gemäß § 1 Abs. 3 TV Mindestlohn werden **alle gewerblichen Arbeitnehmer** erfasst, unabhängig davon, ob es sich um sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse oder geringfügig Beschäftigte („Mini-Jobs“, „Midi-Jobs“) handelt. Aus der Formulierung in § 1 Abs. 3 S. 1 TV Mindestlohn *„Gewerbliche Arbeitnehmer (Arbeiter), die eine nach den Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI) versicherungspflichtige Tätigkeit ausüben.“* ist nicht zu folgern, dass tatsächlich bei dem einzelnen Arbeitnehmer Rentenversicherungspflicht vorliegen muss. Das BAG hat zu der gleichlautenden Formulierung in § 1 Abs. 3 BRTV entschieden, dass die konkrete Versicherungspflichtigkeit im Einzelfall unerheblich für den persönlichen Geltungsbereich ist (*BAG Urf. v. 28.09.1988 - 4 AZR 350/88 - NZA 1989, S. 144*).

#### Exkurs:

Bei **geringfügiger Beschäftigung** hat die Geltung eines Mindestlohns nach dem AEntG zur Folge, dass für den vereinbarten Betrag nur eine maximale Stundenanzahl gearbeitet werden darf. Insbesondere wenn beabsichtigt ist, einen sog. „Mini-Job“ für 450 € monatlich zu vereinbaren, ist folgendes zu beachten: Ergibt sich aus den gearbeiteten Stunden und den Mindestlohnansprüchen sowie ggf. weiteren tarifvertraglichen Ansprüchen (Urlaubsentgelt und zusätzliches Urlaubsgeld, vermögenswirksame Leistungen, 13. Monatseinkommen) ein höheres Entgelt, kommt es zur Sozialversicherungspflicht in der „Gleitzone“ (450,01 € bis 1.300,00 €) und insbesondere die fehlerhafte Weiterzahlung des vereinbarten Entgelts führt zu einer **Mindestlohnunterschreitung**.

Boten, Küchenhilfen, Wächter und Wärter (**Hilfskräfte**) gemäß der früheren Berufsgruppe VIII des Anhangs zu dem BRTV vom 03.02.1981 i. d. F. vom 04.07.2002 waren nur bis zum 31.

08.2002 nicht erfasst, seit 01.09.2002 werden diese Hilfskräfte von dem Geltungsbereich des TV Mindestlohn erfasst.

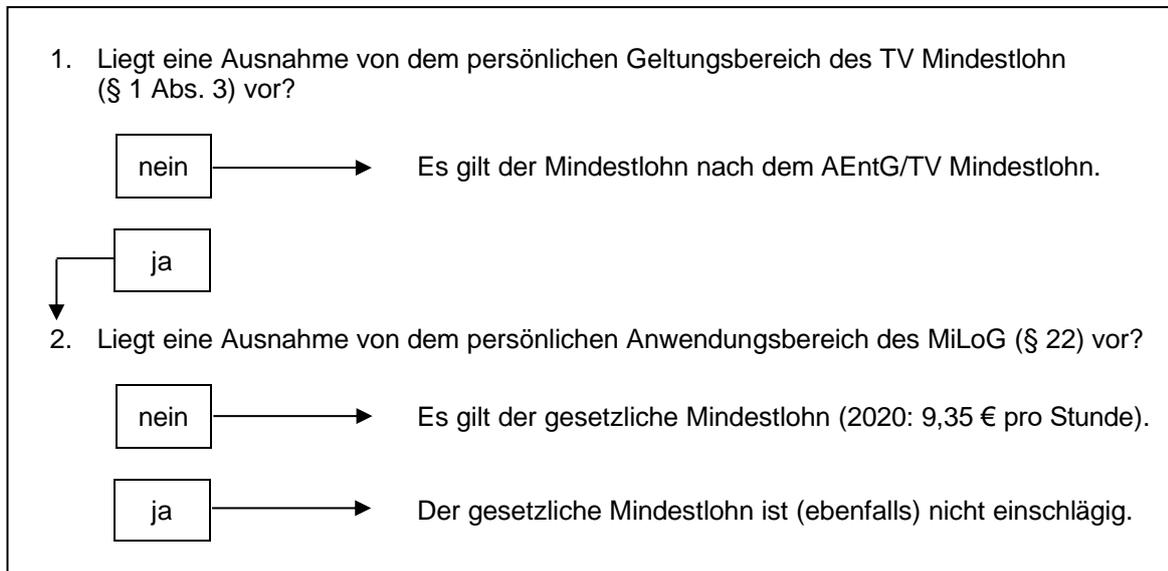
**Nicht erfasst** werden **Schüler** an allgemeinbildenden Schulen (z. B. Grund- und Hauptschulen, Realschulen, Gymnasien, Integrierte Gesamtschulen, Förderschulen) mit Ausnahme der Schüler an Abendschulen und -kollegs. Ebenfalls nicht erfasst werden **Schulabgänger**, die innerhalb von 12 Monaten nach Beendigung ihrer Schulausbildung bis zu einer Gesamtdauer von 50 Arbeitstagen beschäftigt werden (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV). Nach gemeinsamer Auslegung der Tarifvertragsparteien sind dabei Beschäftigungszeiten bei verschiedenen Baubetrieben zusammenzurechnen, so dass sich Arbeitgebern dringend eine Erkundigung nach etwaigen Vorbeschäftigungen in anderen Baubetrieben empfiehlt. Die Tarifvertragsparteien gehen übereinstimmend davon aus, dass insoweit Vorbeschäftigungen in Nicht-Baubetrieben unerheblich sind. **Nicht erfasst** werden weiterhin Arbeitnehmer, soweit sie **außerhalb ihrer Arbeitszeit Beförderungsleistungen** nach § 5 Nr. 4.4 BRTV übernehmen, und **gewerbliches Reinigungspersonal**, das für Reinigungsarbeiten in Verwaltungs- und Sozialräumen des Betriebes beschäftigt wird. Die Anpassungen im persönlichen Geltungsbereich entsprechen den Vorgaben des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

Schließlich werden **Praktikanten nicht erfasst**, welche für die Zulassung zum Studium oder zu ihrem Beruf oder für eine Prüfung oder zu anderen Zwecken ein Praktikum benötigen. Für die Abgrenzung zwischen einem Arbeitsverhältnis und einem Praktikum ist darauf abzustellen, ob entweder der Erwerbszweck (dann Arbeitsverhältnis) oder der Ausbildungszweck (dann Praktikumsverhältnis) überwiegt (*LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 08.02.2008 - 5 Sa 45/07*).

<b>erfasst</b>	<b>nicht erfasst</b>
gewerbliche Arbeitnehmer	gewerbliches Reinigungspersonal
geringfügig Beschäftigte	Praktikanten
Hilfskräfte	Schüler an allgemeinbildenden Schulen mit Ausnahme der Schüler an Abendschulen und -kollegs
	Schulabgänger, die innerhalb von 12 Monaten nach Beendigung ihrer Schulausbildung bis zu einer Gesamtdauer von 50 Arbeitstagen beschäftigt werden
	Arbeitnehmer, soweit sie außerhalb ihrer Arbeitszeit Beförderungsleistungen nach § 5 Nr. 4.4 BRTV übernehmen
	Angestellte, Poliere

## 2. Abgrenzung zum Mindestlohngesetz (MiLoG)

Gilt der Mindestlohn nach dem AEntG, findet das MiLoG keine Anwendung (§ 1 Abs. 3 MiLoG). Soweit der räumliche und betriebliche Geltungsbereich des TV Mindestlohn eröffnet ist, ist wie folgt weiter zu prüfen:



Die nachfolgende **Checkliste** soll die inhaltliche Prüfung, ob eine Ausnahme von dem persönlichen Geltungsbereich des TV Mindestlohn und - falls ja - ggf. auch von dem persönlichen Anwendungsbereich des MiLoG vorliegt, erleichtern.

<b>1. Ausnahme TV Mindestlohn?</b> <i>hier ankreuzen</i>		<i>Links: Kreuz(e) → rechts weiter prüfen</i> <i>Sofern wenigstens eine Ausnahme von dem persönlichen Geltungsbereich des TV Mindestlohn vorliegt (links), ist weiter zu prüfen (rechts), ob ggf. auch eine Anwendungsausnahme des MiLoG gegeben ist.</i>	<b>2. Ausnahme MiLoG?</b> <i>hier ankreuzen</i>	
<b>Praktikanten</b> § 1 III 1 TV Mindestlohn			<b>Pflichtpraktikum</b> § 22 I 2 Nr. 1 MiLoG	
<b>Schüler</b> § 1 III 2 Nr. 1 TV Mindestlohn		<b>Orientierungspraktikum bis 3 Monate</b> § 22 I 2 Nr. 2 MiLoG		
<b>Schulabgänger binnen 12 Mo., max. 50 Arbeitstage</b> § 1 III 2 Nr. 2 TV Mindestlohn		<b>begleitendes Praktikum bis 3 Monate</b> § 22 I 2 Nr. 3 MiLoG		
<b>Angestellte, Poliere</b> § 1 III 1 TV Mindestlohn		<b>EQ/Berufsausbildungsvorbereitung</b> § 22 I 2 Nr. 4 MiLoG		
<b>gewerbliches Reinigungspersonal</b> § 1 III 2 Nr. 4 TV Mindestlohn		<b>unter 18 Jahre ohne abgeschl. Berufsausbildung</b> § 22 II MiLoG		
<b>Beförderungsdienstleistungen</b> § 1 III Nr. 3 TV Mindestlohn		<b>Langzeitarbeitslose binnen 6 Monaten</b> § 22 II MiLoG		
<b>Auszubildende</b> § 1 III 1 TV Mindestlohn		<b>Auszubildende oder ehrenamtlich Tätige</b> § 22 IV MiLoG		
<p><b>Keine Kreuze:</b> es gilt der tarifvertragliche Mindestlohn  <b>Nur links ein/mehrere Kreuz(e):</b> es gilt der gesetzliche Mindestlohn  <b>Links und rechts Kreuze:</b> es gelten weder der tarifvertragliche, noch der gesetzliche Mindestlohn</p>				

Für **Praktikanten, Schüler und Schulabgänger** empfiehlt sich eine genauere Einzelfallprüfung. Praktikanten sind von dem persönlichen Geltungsbereich des TV Mindestlohn ausgenommen, da sie nicht als Arbeitnehmer anzusehen sind. Das MiLoG bezieht Praktikanten allerdings ausdrücklich in die Arbeitnehmerdefinition ein (§ 22 Abs. 1 S. 2 MiLoG). Deshalb müssen bei Praktikanten die genauen Vorgaben von § 22 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 bis 4 MiLoG geprüft werden. Für Schüler und Schulabgänger sind die Voraussetzungen von § 1 Abs. 3 Satz 2 Nrn. 1 und 2 TV Mindestlohn genau zu prüfen. In den anderen Ausnahmen dürfte die Einzelfallprüfung in der Praxis keine Schwierigkeiten bereiten.

**Zusammengefasst empfiehlt sich, für Praktikanten (auch wenn diese zugleich Schüler/Schulabgänger sind) genauer zu prüfen, ob der gesetzliche Mindestlohn gilt.**

Die nachfolgende **Kurzübersicht** zu den Ausnahmen von dem persönlichen Anwendungsbereich des MiLoG soll die Einzelfallprüfung erleichtern. Für eine detailliertere Darstellung ist auf die einschlägige Fachliteratur zum MiLoG zu verweisen.

<b>Praktika</b>	<p><b>§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MiLoG:</b> Praktika, welche aufgrund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie geleistet werden müssen; erfasst werden:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• schul-, ausbildungs- und studienbegleitende Praktika</li> <li>• Praktika, die als Voraussetzung zur Aufnahme einer bestimmten Ausbildung oder eines bestimmten Studiums verpflichtend vorgeschrieben sind</li> <li>• je nach formaler Gestaltung des dualen Studiengangs Praktika im Rahmen von dualen Studiengängen</li> </ul> <p><b>§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 MiLoG:</b> Praktika von bis zu drei Monaten zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums; Voraussetzung ist ein inhaltlicher Bezug zu Ausbildung oder Studium</p> <p><b>§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 MiLoG:</b> Praktika von bis zu drei Monaten begleitend zu einer Berufs- oder Hochschulausbildung, wenn nicht zuvor ein solches Praktikumsverhältnis mit demselben Auszubildenden bestanden hat; Voraussetzung ist ein inhaltlicher Bezug zu Ausbildung oder Studium</p> <p><b>§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 MiLoG:</b> Teilnahme an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54a SGB III oder an einer Berufsausbildungsvorbereitung nach §§ 68 bis 70 BBiG; dazu zählen Praktika im Rahmen von Berufsstart Bau</p>
<b>Jugendliche</b>	<p><b>§ 22 Abs. 2 MiLoG:</b> Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren ohne abgeschlossene Berufsausbildung i. S. d. § 2 Abs. 1 und 2 JArbSchG</p>

<b>Auszubildende</b>	<b>§ 22 Abs. 3 MiLoG:</b> Auszubildende i. S. d. BBiGs; je nach formaler Gestaltung des dualen Studiengangs auch ausbildungsintegrierte Studiengänge, bei denen neben dem Studienabschluss auch ein Abschluss in einem anerkannten Ausbildungsberuf erlangt wird
<b>Ehrenamtliche</b>	<b>§ 22 Abs. 3 MiLoG:</b> Ehrenamtlicher ist, wer ein öffentliches Amt bekleidet, Amtsträger einer privaten, meist gemeinnützigen Organisation ist, im Gesundheitswesen oder in der Wohlfahrtspflege tätig wird oder sonst eine Tätigkeit übernommen hat, die nach ihrem Gesamteindruck Ausdruck eines bürgerschaftlichen Engagements ist (§ 73 SGB VIII, § 2 Abs. 1 Nr. 9, Nr. 10 SGB VII, § 6 S. 1 Nr. 3 SGB VII)
<b>Langzeitarbeitslose</b>	<b>§ 22 Abs. 4 MiLoG:</b> Voraussetzung ist mindestens einjährige Arbeitslosigkeit (§ 18 Abs.1 SGB III)

### III. Geltender Mindestlohn

#### 1. Mindestlohn als zwingende Arbeitsbedingung

Tarifvertraglich vereinbarte Löhne werden nicht bereits durch den Tarifvertragsabschluss zu zwingend einzuhaltenden, bußgeldbewährten Arbeitsbedingungen. Die Löhne erhalten ihren **Charakter als „Mindestentgeltsätze“** (§ 2 Nr. 1 AEntG) erst **mit der Erstreckung** auf alle unter den Branchentarifvertrag fallenden Arbeitsverhältnisse. Diese Erstreckung erfolgt auf Antrag der Tarifvertragsparteien **durch eine Rechtsverordnung** (§ 7 AEntG) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS), die im Bundesanzeiger bekanntgemacht wird (siehe zu den Fundstellen oben, S. 1 f.).

Kommt es nach einem Tarifvertragsabschluss zu einer **Lücke zwischen dem Inkrafttreten** des Mindestlohn-Tarifvertrags **und** Geltung der **Rechtsverordnung**, gilt folgendes:

- Ab **Inkrafttreten des Mindestlohn-Tarifvertrags** gelten die dort geregelten Löhne **arbeitsvertraglich** (beiderseitige Tarifbindung oder arbeitsvertragliche Inbezugnahme). Strafrechtlich muss der gesetzliche Mindestlohn (2020: 9,35 €) eingehalten werden.
- Erst **ab Inkrafttreten der Rechtsverordnung** zur Erstreckung des Mindestlohn-Tarifvertrags gelten die tarifvertraglichen Mindestlöhne als **„Mindestentgeltsätze“** im Sinne von § 2 Nr. 1 AEntG und der jeweils maßgebliche Wert (zeitlich, örtlich, gemäß der Eingruppierung) ist mindestens **pro Stunde einzuhalten**.

Je nach Tarifergebnis und Dauer des Verfahrens bei dem BMAS können die wichtigen Zeitpunkte – Inkrafttreten des Tarifvertrags und Erstreckung – zusammenfallen oder relativ weit auseinander liegen. Die **Rechtsverordnung**, die den (zunächst rein tariflichen) „Mindestlohn“ erst zum bußgeldbewährten „Mindestentgeltsatz“ macht, gilt stets erst nach der Bekanntgabe im Bundesanzeiger zu dem dort angegebenen zukünftigen Datum; sie **tritt niemals „rückwirkend“ in Kraft**.

Hinweis: Hier besteht ein Unterschied zu der Allgemeinverbindlicherklärung z.B. des BRTV nach § 5 Tarifvertragsgesetz, welche auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Tarifvertrags zurückwirken kann (*BAG, Beschl. v. 21.03.2018, 10 ABR 62/16, Rn. 99 f.*); in der Praxis sieht das BMAS bisher das Veröffentlichungsdatum der Ankündigung im Bundesanzeiger als frühestmögliches Datum an.

Für den TV Mindestlohn vom 17.01.2020 folgt daraus: **Seit 01.02.2020** (Inkrafttreten des Tarifvertrags) gelten die dort ausgewiesenen **Löhne** der Lohngruppe 2 (Tarifgebiet West und Berlin) und der Lohn der Lohngruppe 1 **arbeitsrechtlich**. Strafrechtlich muss der gesetzliche Mindestlohn von 9,35 € eingehalten werden. Die Rechtsverordnung zur Erstreckung wurde beantragt; sie ist voraussichtlich zum 01.04.2020 zu erwarten. **Ab Bekanntgabe und Inkrafttreten der 11. MindestlohnVO** werden aus den tariflichen Löhnen der Lohngruppe 1 und 2 „**zwingende Arbeitsbedingungen**“ (**Branchenmindestlöhne**), die dann **strafrechtlich mindestens einzuhalten** sind; im Folgenden werden sie wie üblich als „Mindestlohn“ oder „Mindestlöhne“ bezeichnet.

## 2. Bestandteile des Mindestlohns

Der Mindestlohn ist der Gesamttarifstundenlohn (brutto). Lediglich für Leistungslohn-Mehrstunden (Plus-Stunden, Überschussstunden im Akkord) ist der Bauzuschlag nicht zu zahlen, § 2 Abs. 1 S. 4 TV Mindestlohn; dies erklärt sich daraus, dass es sich bei solchen Stunden nicht um gearbeitete Stunden sondern einen gebuchten Wert handelt (Unterschreiten der Leistungslohnvorgabewerte, § 6 Abs. 4 Rahmentarifvertrag für Leistungslohn im Baugewerbe). So genannte stationär beschäftigte Arbeitnehmer haben Anspruch auf die Zahlung des Bauzuschlags, sofern ansonsten der Mindestlohn unterschritten würde (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 a. E. TV Lohn/West). Bei der Berechnung des Mindestlohns sind **Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung nicht zu berücksichtigen**.

**Für die Frage, ob der Mindestlohn eingehalten wird oder aber eine ordnungswidrige Unterschreitung des Mindestlohns vorliegt, ist** - bestätigt durch die Wertungen des Europäischen Gerichtshofs in den Urteilen vom 14.04.2005 (*Rechtssache C-341/02*) und vom 07.11.2013 (*Rechtssache C-522/12*) - **von dem Folgenden auszugehen:**

Zahlt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Gesamtbetrag, in dem Beträge enthalten sind, mit denen der Arbeitnehmer seine Aufwendungen für Unterkunft und/oder Verpflegung selbst bestreiten soll, so sind von dem Gesamtbetrag die nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) jeweiligen Beträge der niedrigsten Stufe für Unterkunfts- und/oder Verpflegungsleistungen abzuziehen. Gewährt der Arbeitgeber zusätzlich zum Lohn geldwerte Sachleistungen, so wird deren Geldwert nicht als Lohnbestandteil berücksichtigt. Zahlt der

Arbeitgeber den Lohn nur abzüglich der Kosten für arbeitgeberseitige Leistungen aus, so ist lediglich dieser tatsächlich ausgezahlte Betrag zu berücksichtigen.

Vom Arbeitgeber gezahlte **Zulagen** oder **Zuschläge** werden als Bestandteile des Mindestlohns berücksichtigt, wenn ihre Zahlung nicht an die Voraussetzung geknüpft ist, dass der Arbeitnehmer eine von der im Tarifvertrag vorgesehenen Normalleistung abweichende Arbeitsleistung erbringt.

Eine **Anrechnung erfolgt** damit **insbesondere nicht, wenn die Zahlung des Zuschlags / der Zulage**

- mehr Arbeit pro Zeiteinheit (Akkordprämien)
- überdurchschnittliche qualitative Arbeitsergebnisse (Qualitätsprämien)
- Arbeit zu besonderen Zeiten (z.B. Überstunden, Sonn- oder Feiertagsarbeit, Nachtarbeit)
- Arbeit unter erschwerten oder gefährlichen Bedingungen (z.B. Schmutzzulagen, Gefahrenzulagen)

voraussetzt. Entsendezulagen werden nicht berücksichtigt, soweit sie der Erstattung tatsächlich angefallener Entsendungskosten des Arbeitnehmers (z.B. Unterkunft, Verpflegung, Reisekosten) dienen.

**Anzurechnen sind** Zulagen von ausländischen Arbeitgebern, die im Arbeitsvertrag als Differenz zwischen dem heimischen Lohn und dem nach § 8 Abs. 1 AEntG geschuldeten Lohn ausgewiesen sind. Leistungen wie ein 13. Monatseinkommen („Weihnachtsgeld“) oder ein zusätzliches Urlaubsgeld werden dann als Bestandteil des Mindestlohns gewertet, wenn es sich um vorbehaltlos und unwiderruflich geleistete Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter handelt (*BAG Urf. v. 25.05.2016 - 5 AZR 135/16*) und wenn der Arbeitnehmer den auf die Entsendezeit entfallenden anteiligen Betrag jeweils zu dem für den Mindestlohn maßgeblichen Fälligkeitsdatum tatsächlich und unwiderruflich ausbezahlt erhält.

**Unbedingt zu beachten ist, dass mit der Frage, ob nach den dargestellten Grundsätzen eine Mindestlohnunterschreitung zu verzeichnen ist oder nicht, keine Aussage zu den übrigen Ansprüchen der Arbeitnehmer getroffen ist.** Wenn z.B. ein Gesamtbetrag gezahlt wird (Lohn und Aufwendersersatz für Unterkunft und Verpflegung), so mag unter Berücksichtigung von Abzügen nach der SvEV der Mindestlohn eingehalten sein. Trotzdem kann der Arbeitnehmer noch einen (Teil-) Anspruch auf z.B. Auslösung gemäß § 7 Nr. 4 BRTV gegen den Arbeitgeber haben. Gleiches gilt für das 13. Monatseinkommen: Wird es (vor Fälligkeit) monatlich anteilig gezahlt, könnte es bei der Prüfung einer Mindestlohnunterschreitung wie oben dargestellt zu berücksichtigen sein. Wenn diese Zahlungen aber den Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers „auffüllen“, kommt es hierdurch nicht zu der Erfüllung eines evtl. Anspruchs gemäß § 2 Abs. 1 der Tarifverträge über die Gewährung eines 13.

Monatseinkommens im Baugewerbe (vgl. auch § 2 Abs. 2 S. 2 TV Mindestlohn). Dieser Anspruch kann dann vom Arbeitnehmer weiterhin geltend gemacht werden.

### 3. Arbeitsortsprinzip - Mindestlohn West oder Ost

Gemäß § 3 TV Mindestlohn gilt der Lohn der Arbeitsstelle, es sei denn, der Lohn des Einstellungsortes des Arbeitnehmers ist höher. Werden Arbeitnehmer auf Arbeitsstellen in Ost und West eingesetzt, für welche der Mindestlohn in unterschiedlicher Höhe zu zahlen ist, **muss die Arbeitszeit getrennt nach diesen Arbeitsstellen monatsbezogen aufgezeichnet werden**, § 2 Abs. 4 S. 3 TV Mindestlohn (siehe Muster Anhang 3, S. 37).

### 4. Abgrenzung Lohngruppe 1 / Lohngruppe 2

Da eine falsche Eingruppierung in die Lohngruppe 1 eine Mindestlohnunterschreitung zur Folge hat, ist die Abgrenzung sorgfältig zu treffen. Im Gebiet der neuen Bundesländer erfolgt keine Abgrenzung des Mindestlohns 1 und 2, da seit Inkrafttreten der Siebten MindestlohnVO zum 01.09.2009 im Gebiet der neuen Bundesländer nur noch der Mindestlohn 1 allgemeinverbindlich ist.

Für die Prüfung, ob der Mindestlohn für die Lohngruppe 1 (Mindestlohn 1) oder der Mindestlohn für die Lohngruppe 2 (Mindestlohn 2) zu zahlen ist, kann von den **Eingruppierungskriterien des § 5 Nr. 2 und Nr. 3 BRTV** ausgegangen werden.

Obwohl die **Eingruppierungskriterien**

- Ausbildung
- Fertigkeiten und Kenntnisse sowie
- die auszuübende Tätigkeit

in § 5 Nr. 2.2 BRTV gleichwertig nebeneinanderstehen, kommt es für die Abgrenzung **entscheidend** auf die **überwiegend ausgeübte Tätigkeit** an. Denn ein Arbeitnehmer, der z.B. die baugewerbliche Stufenausbildung der ersten Stufe abgeschlossen hat, aber nur mit dem Mischen von Mörtel und Beton sowie mit Aufräumarbeiten beschäftigt ist, kann trotz Erfüllung der Regelqualifikation der Lohngruppe 2 nur den Lohn der Lohngruppe 1 beanspruchen. Demgegenüber wäre ein Arbeitnehmer, der zwar keine Ausbildung vorweisen kann, jedoch z.B. Werkzeuge lagert, bereithält und wartet sowie Bestandslisten führt, in die Lohngruppe 2 einzugruppieren, da typischerweise von anderweitig erworbenen gleichwertigen Fertigkeiten auszugehen wäre. Die ausgeübte Tätigkeit setzt sich in beiden Beispielen gegenüber der Ausbildung durch und lässt ggf. auf die notwendigen Fertigkeiten und Kenntnisse schließen. Diese Beurteilung wird z.B. von dem Arbeitsgericht Magdeburg geteilt (*Urt. v. 04.06.2004 - 11 Ca 829/04 - rechtskräftig*), wo es in Leitsatz 2 heißt: *„Allein ein Facharbeiterabschluss als Maurer rechtfertigt nicht die Eingruppierung in die Lohngruppe 2 des Mindestlohn-Tarifvertrages. Zwar ist die Ausbildung des Arbeitnehmers ein Kriterium, unverzichtbar ist aber das Abstellen auf die konkret ausgeübte Tätigkeit.“*

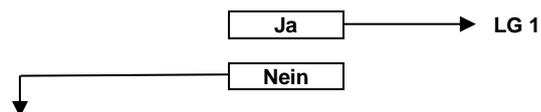
Zu beachten ist ferner, dass **eine für den Arbeitnehmer vorteilhafte arbeitsvertragliche Vereinbarung**, aus der die Eingruppierung mindestens in die Lohngruppe 2 zu folgern ist, von den Arbeitsgerichten als allein maßgeblich angesehen werden kann. Das Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt hat mit Urteil vom 06.02.2008 (Az. 5 Sa 366/07) den **Mindestlohn der Lohngruppe 2 allein aufgrund der Bezeichnung „Bauarbeiter“ im Arbeitsvertrag** zuerkannt. Nach Auffassung des Gerichts entspreche die Bezeichnung „*Bauarbeiter*“ eher den Anforderungen der höheren Lohngruppe. Ob der Arbeitnehmer tatsächlich Tätigkeiten der Lohngruppe 2 oder doch geringwertigere Arbeiten ausgeübt hat, blieb offen. Daher ist zu empfehlen, im Arbeitsvertrag die jeweilige Lohngruppenbezeichnung zu verwenden (Lohngruppe 1: Werker, Maschinenwerker; Lohngruppe 2: Fachwerker, Maschinisten, Kraftfahrer).

Grundsätzlich ist die Eingruppierung und somit die Abgrenzung der Lohngruppen 1 und 2 anhand der arbeitszeitlich überwiegend auszuübenden Tätigkeit des Arbeitnehmers wie folgt vorzunehmen: 1. sind die Tätigkeitsbeispiele der Lohngruppe 1 zu prüfen, ggf. ist 2. zu fragen, ob es sich um sonstige vergleichbare einfache Bau- und Montagearbeiten nach Anweisung handelt. Führt dies zu keinem Ergebnis, müssen 3. die Tätigkeitsbeispiele der Lohngruppe 2 herangezogen werden. Liegt auch von diesen 19 Tätigkeitsbeispielen keines vor, sind zuletzt 4. andere vergleichbare fachlich begrenzte Arbeiten (Teilleistungen eines Berufsbildes oder angelernte Spezialtätigkeiten) nach Anweisung oder Tätigkeiten einer höheren Lohngruppe in Betracht zu ziehen. Je einfacher die Tätigkeit ist, umso eher wird man im Rahmen dieser Abgrenzung die Lohngruppe 1 annehmen müssen. Je schwieriger hingegen die Tätigkeit ist, umso eher wird man von der Lohngruppe 2 auszugehen haben.

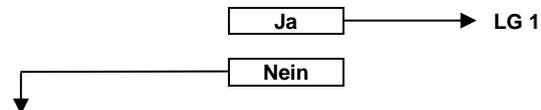
Kann nach sorgfältiger Prüfung keine Zuordnung zu der Lohngruppe 1 oder 2 vorgenommen werden, ist für die strafrechtliche Frage, ob eine Ordnungswidrigkeit wegen Unterschreitung des Mindestlohns vorliegt, von einer Zuordnung zu der Lohngruppe 1 auszugehen (in dubio pro reo).

Für die Abgrenzung bietet sich folgendes Prüfschema an:

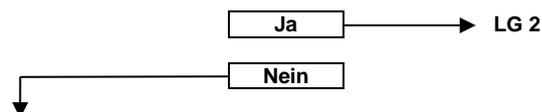
1. Tätigkeitsbeispiele der LG 1\*



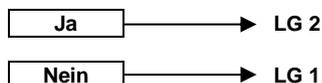
2. sonstige einfache Bau- und Montagearbeiten nach Anweisung, die den Tätigkeitsbeispielen der LG 1 vergleichbar sind



3. Tätigkeitsbeispiele der LG 2\*\*



4. Tätigkeiten, die fachlich begrenzte Arbeiten darstellen (Teilleistungen eines Berufsbildes oder angelernte Spezialtätigkeiten) nach Anweisung oder Tätigkeiten einer höheren Lohngruppe (Lohngruppe 2a bis 6)



\* Vgl. Tätigkeitsbeispiele von § 5 Nr. 3 Lohngruppe 1 BRTV (Anhang 1, S. 34).

\*\* Vgl. Tätigkeitsbeispiele von § 5 Nr. 3 Lohngruppe 2 BRTV (Anhang 2, S. 35 f.).

## 5. Fälligkeit, Auszahlung und besondere Verfallfrist

Bei Betrieben, in denen keine Arbeitszeitflexibilisierung gemäß § 3 Nr. 1.4 BRTV durchgeführt wird, ist der Anspruch auf den Mindestlohn spätestens am 15. des Monats fällig, der auf den Monat folgt, für den Lohn zu zahlen ist, § 2 Abs. 4 S. 1 TV Mindestlohn.

Grundsätzlich muss der jeweils geltende Mindestlohn vollständig zur Auszahlung kommen. Die Ausnahmeregelung hinsichtlich der Fälligkeit des Mindestlohns gilt nur, wenn eine **betriebliche Arbeitszeitflexibilisierung** nach § 3 Nr. 1.4 BRTV durchgeführt wird (*vgl. im Einzelnen: Biedermann/Möller, BRTV Kommentar, 9. Aufl. 2015, S. 342 ff.*).

Die Nichtauszahlung des Mindestlohns wird im Falle der regulären Durchführung von **Altersteilzeit** oder **Familienpflegezeit** von den Behörden der Zollverwaltung nicht als formalrechtlicher Verstoß gegen das AEntG bewertet, wenn in einem Monat der für die geleistete Arbeitszeit erarbeitete Mindestlohn aufgrund der tarifvertraglichen und gesetzlichen Intentionen bei der Altersteilzeit und Familienpflegezeit zunächst nicht in vollem Umfang ausgezahlt wird.

Zu beachten ist, dass bei der **Tariflichen Zusatzrente** gemäß § 2 Abs. 6 des Tarifvertrags über eine Zusatzrente im Baugewerbe (TV TZR) die Umwandlung des Mindestlohns ausgeschlossen ist. Würde die Entgeltumwandlung zu einer Unterschreitung des Mindestlohns führen, so besteht der Anspruch auf Anlage des Arbeitgeberanteils zur Finanzierung der

Altersvorsorgeleistungen ohne eine Eigenleistung des Arbeitnehmers, § 2 Abs. 6 S. 2 TV TZR. Damit soll sichergestellt werden, dass der Mindestlohn tatsächlich zur Auszahlung gelangt und Zahlungen, die niedriger sind als der geltende Mindestlohn, nicht legal sind.

Abweichend von § 14 BRTV **verfallen Ansprüche** auf den Mindestlohn von Arbeitnehmern in den Lohngruppen 1 und 2 **sechs Monate nach ihrer Fälligkeit**, § 2 Abs. 5 TV Mindestlohn. Für die Geltendmachung des Mindestlohns, welcher nicht ausgezahlt worden ist, weil er dem Ausgleichskonto (§ 3 Nr. 1.43 BRTV) gutschreiben war, gilt § 14 BRTV nicht, § 2 Abs. 6 TV Mindestlohn; stattdessen greift nur die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Seit dem TV Mindestlohn vom 23.05.2009 ist die besondere tarifvertragliche Ausschlussfrist ohne eine Verweisung auf § 14 BRTV abschließend geregelt: Um den Verfall des Anspruchs zu vermeiden, müssen Arbeitnehmer Mindestlohnansprüche **innen 6 Monaten nach ihrer Fälligkeit gerichtlich geltend machen**.

### C. Auftraggeberhaftung

Nach § 14 AEntG kann ein Unternehmer **verschuldensunabhängig** wie ein selbstschuldnerischer Bürge in Anspruch genommen werden, wenn der von ihm beauftragte Unternehmer, ein Nachunternehmer oder ein vom Unternehmer oder vom Nachunternehmer beauftragter Verleiher der Verpflichtung zur Zahlung des Mindestentgelts und zur Abführung der Urlaubsbeiträge nicht nachkommt (**Garantierhaftung des Unternehmers**). In der Fassung vom 11. August 2014 hat die Haftungsnorm folgenden Wortlaut:

#### § 14 AEntG

##### Haftung des Auftraggebers

<sup>1</sup>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. <sup>2</sup>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 an Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen ausbezahlt ist (Nettoentgelt).

Trotz vielfach geäußerter rechtlicher Bedenken gegen das AEntG hält die höchstrichterliche Rechtsprechung die entscheidenden Normen des AEntG (*frühere Fassung*) für **europarechtskonform** (*EuGH Ur. v. 24.01.2002 (Portugaia) - Rechtssache C-164/99*) und sieht die Haftung als wirksam (*EuGH Ur. v. 12.10.2004 - Rechtssache C-60/03*) und **mit dem Grundgesetz vereinbar** an (*BVerfG Beschl. v. 20.03.2007 - 1 BvE 1047/05*).

Für den seit 01.01.2015 geltenden gesetzlichen Mindestlohn gilt wegen des Verweises in § 13 MiLoG die gleiche Haftung wie für den branchenspezifischen Mindestlohn nach § 14 AEntG. Die damit verbundene Ausweitung der Auftraggeberhaftung ist in der Bauwirtschaft insbesondere im Bereich der Angestellten und im Bereich baunaher Branchen ohne Mindestlohn nach dem AEntG relevant.

## I. Haftungsadressat

Dem Wortlaut nach ist von der Haftung nach § 14 AEntG jeder Unternehmer betroffen, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, für die ein Mindestlohn nach dem AEntG gilt oder Beiträge an eine gemeinsame Einrichtung abzuführen sind. § 4 AEntG nennt die hierfür infrage kommenden Branchen.

Das BAG stellte in seiner Entscheidung vom 16.10.2019 (5 AZR 241/18) in Fortführung seiner früheren Rechtsprechung zu einer älteren Fassung des AEntG (*Beschl. v. 06.11.2002 (5 AZR 617/01 (A) - AP Nr. 1 zu § 1a AEntG), Urt. v. 12.01.2005 (5 AZR 617/01 - AP Nr. 2 zu § 1a AEntG), Urt. v. 28.03.2007 (10 AZR 76/06 - AP Nr. 27 zu § 1 AEntG)*) klar, dass diese Bürgenhaftung nicht Unternehmer betrifft, die eine Bauleistung als Bauherren in Auftrag geben. Nach dieser Rechtsprechung greift die Haftung nur, wenn der Unternehmer zur Erfüllung eigener Pflichten gegenüber Dritten Nachunternehmer einsetzt, statt die Leistung mit eigenen Arbeitnehmern zu erbringen.

Mindestlöhne i.S.d. AEntG sind mit ihrem Geltungszeitraum oben unter A. II. (S. 1 ff.) dargestellt. Urlaubskassen im Sinne des AEntG bestehen ausschließlich im Bauhauptgewerbe.

Die Haftung trifft **nicht**:

- die unmittelbare Staatsverwaltung (Bund, Länder und Gemeinden)
- private Bauherren
- direkte Auftragnehmer von Werk- oder Dienstleistungen ohne Weitervergabe

## II. Gegenstand und Reichweite der Haftung

Der Unternehmer haftet für die Verpflichtung

- zur Zahlung des Mindestentgelts an Arbeitnehmer  
und
- zur Zahlung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien.

**Mindestentgelt:**

§ 14 S. 2 AEntG stellt klar, dass sich die Haftung nur auf das an Arbeitnehmer auszuzahlende **Nettoentgelt** bezieht.

Nettoentgelt ist der Betrag, der nach Abzug der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge an den Arbeitnehmer auszuzahlen ist. In Entsendefällen sind die nach ausländischem Recht abzuziehenden Steuern und Sozialversicherungsabgaben zu berücksichtigen (*BAG, Urt. v. 17. 08.2011, Az. 5 AZR 490/10; Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, 3. Aufl. 2011, § 14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz Rn. 27*).

**Urlaubsbeitrag:**

Aus § 5 Nr. 3 AEntG ergibt sich, dass die Haftung **nur die Verpflichtung zur Zahlung der Beiträge für das Urlaubsverfahren** umfasst. Der Beitragsanteil für das Urlaubsverfahren, der für alle Betriebe des Bauhauptgewerbes von der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK) für die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse (ULAK) eingezogen wird, beträgt **derzeit 15,4 Prozent der Bruttolohnsumme** (§ 15 Abs. 1 bis 3 VTV).

§ 14 AEntG beschränkt die Haftung eines Unternehmers nicht auf die Mindestentgelt- und Urlaubsbeitragsverpflichtung seines unmittelbaren Vertragspartners. Nach dem Wortlaut des Gesetzes haftet er darüber hinaus für die Verpflichtungen jedes Nachunternehmers. Erfasst werden damit auch sogenannte **Nachunternehmerketten**, mit der Folge, dass ein Unternehmer als Bürge nicht nur von den Arbeitnehmern des von ihm beauftragten Unternehmers in Anspruch genommen werden kann, sondern auch von den Arbeitnehmern der eingesetzten weiteren Nachunternehmer.

Zudem besteht bei wirksamer **Arbeitnehmerüberlassung** i.S.d. Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes seitens des Nachunternehmers auch eine Haftung des Hauptunternehmers für die Verpflichtung eines vom Nachunternehmer eingesetzten Verleihers zur Zahlung des Mindestentgelts und der Urlaubsbeiträge. **Keine Haftung nach § 14 AEntG besteht in dem Verhältnis zwischen Verleiher und Entleiher.**

Entrichtet der Arbeitgeber den Mindestlohn oder die Urlaubsbeiträge nicht, können **Arbeitnehmer den unmittelbaren Auftraggeber** sowie - in Nachunternehmerketten - weitere Auftraggeber aus § 14 AEntG in Anspruch nehmen.

Bei **Insolvenz des Lohnschuldners besteht keine Haftung des Hauptunternehmers gegenüber der Bundesagentur für Arbeit**. Zwar kam es im Zeitraum 2008 bis 2010 vielfach zu einer Inanspruchnahme von Hauptunternehmern durch die Bundesagentur für Arbeit, nachdem Insolvenzgeld anstelle des Arbeitsentgelts (Mindestlohn) geleistet wurde. Das **BAG**

**entschied** jedoch mit vier Urteilen vom 08.12.2010 (Az. 5 AZR 814/09, 5 AZR 95/10, 5 AZR 111/10 und 5 AZR 263/10), dass bei Insolvenz des Nachunternehmers keine Haftung gegenüber der Bundesagentur für Arbeit besteht. Damit folgte das BAG im Wesentlichen der Argumentation von Prof. Dr. Steinmeyer, der in seinem im Auftrag der BAUINDUSTRIE erstellten Gutachten vom 11.03.2009 (*übersandt mit Rundbrief vom 20.03.2009*) überzeugend dargelegt hat, dass ein Rückgriff beim Hauptunternehmer nach gezahltem Insolvenzgeld systemfremd ist und es zu keinem Übergang von Mindestlohnansprüchen nach § 183 SGB III, §§ 401, 412 BGB auf die Bundesagentur für Arbeit kommen kann (*siehe auch: Steinmeyer, Betriebs-Berater 2010, S. 2.301 ff.*). Infolge dessen werden **an die Bundesagentur für Arbeit in dieser Konstellation geleistete Zahlungen rückerstattet, sofern kein Vergleich oder rechtskräftiges Urteil über den gezahlten Betrag vorliegt.**

### III. Selbstschuldnerische Bürgschaft

Nach § 14 AEntG haftet ein Unternehmer wie ein Bürge, der auf die **Einrede der Vorausklage** (§ 771 BGB) verzichtet hat. Dies bedeutet, dass der betroffene Unternehmer die Arbeitnehmer und die Sozialkassen nicht darauf verweisen kann, die ausstehenden Beträge müssten zunächst beim Arbeitgeber bzw. beim Beitragspflichtigen eingeklagt werden. Arbeitnehmer und Sozialkassen können sich vielmehr **direkt** an den von der Bürgenhaftung betroffenen Unternehmer wenden.

### IV. Verjährung der Ansprüche

Die Inanspruchnahme aus § 14 AEntG ist streng akzessorisch mit dem Bestand und der Durchsetzbarkeit des zu sichernden Anspruchs verbunden. Dies bedeutet:

**Einer Haftung aus § 14 AEntG sollte vorsorglich die Einrede der Verjährung und ein Hinweis auf die tarifvertraglichen Verfallfristen entgegengehalten werden.**

#### **Bei Verjährung und Verfall ist wie folgt zu differenzieren:**

- Hinsichtlich der Ansprüche der Sozialkassen gilt die Verfallfrist des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV). Gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 VTV beträgt die Frist vier Jahre seit Fälligkeit.
- Bezüglich der **Mindestlohnansprüche** der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe gegen ihre inländischen und ausländischen Arbeitgeber auf die Zahlung von Mindestentgelt gilt die sechsmonatige Verfallfrist gemäß § 2 Abs. 5 TV Mindestlohn.  
Seit 01.09.2009 verfallen Mindestlohnansprüche nach § 2 Abs. 5 TV Mindestlohn, wenn sie nicht binnen **sechs Monaten nach Fälligkeit gerichtlich** geltend gemacht worden sind.

Für die Geltendmachung des Mindestlohns, welcher nicht ausgezahlt worden ist, sondern dem **Ausgleichskonto (§ 3 Nr. 1.43 BRTV) gutzuschreiben** war, **gilt die gesetzliche regelmäßige Verjährungsfrist**, § 2 Abs. 6 TV Mindestlohn. Gemäß § 195 BGB beträgt diese 3 Jahre, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger (d.h. der Arbeitnehmer) von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 BGB).

#### **D. Aufzeichnungs-, Melde- und Mitführungspflichten**

Um eine Kontrolle insbesondere der Einhaltung der Pflichten nach § 8 AEntG zu ermöglichen, bestehen vielfältige Aufzeichnungs-, Melde- und Mitführungspflichten. Diese aus unterschiedlichen Gesetzen folgenden Pflichten zeigen auch, welche Daten z.B. der Zoll bei einer Mindestlohnkontrolle (siehe dazu nachfolgend Kapitel E., S. 23 ff.) heranziehen kann.

#### **I. Aufzeichnungspflichten**

Arbeitgeber sind bei Geltung von Mindestlöhnen in ihrer Branche nach dem **AEntG** verpflichtet, **Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers** aufzuzeichnen und diese **Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre aufzubewahren**, § 19 Abs. 1 S. 1 AEntG (siehe zur Aufbewahrungsfrist auch § 16 Abs. 2 S. 2 Arbeitszeitgesetz). Mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz neu geregelt wurde, dass die Aufzeichnungen darüber hinaus **spätestens am 7. Tag des auf die Arbeitsleistung folgenden Tages vorliegen** müssen (z.B. muss die Aufzeichnung für den 1. am 8. des Monats vorgelegt werden können). Die Aufzeichnungspflicht ist bußgeldbewährt - bei Nichtbeachtung droht eine **Geldbuße bis zu 30.000 €** (§ 23 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 AEntG). Werden Arbeitnehmer auf Arbeitsstellen in den alten und neuen Bundesländern eingesetzt, muss nach § 2 Abs. 4 S. 3 TV Mindestlohn die Arbeitszeit zudem getrennt nach diesen Arbeitsstellen aufgezeichnet werden. **Anhang 3** (S. 37) enthält ein **Tabellenmuster** für die Umsetzung der nach § 19 Abs. 1 S. 1 AEntG und ggf. nach § 2 Abs. 4 S. 3 TV Mindestlohn erforderlichen Aufzeichnungen. Eine **besondere Form** der erforderlichen Aufzeichnungen ist jedoch **nicht vorgeschrieben**. Ferner ist keine persönliche Erfassung durch die Arbeitnehmer oder Gegenzeichnung bzw. Unterzeichnung der erstellten Arbeitslisten durch die Arbeitnehmer erforderlich. Die Arbeitszeiterfassung kann auch ausschließlich elektronisch erfolgen, sofern die o.g. Daten gespeichert werden.

Die **Dienstvorschrift der Finanzkontrolle Schwarzarbeit** sieht dazu u.a. vor:

*„Praxis im Baugewerbe ist, dass diese Arbeitszeitaufzeichnung in der Regel durch Eintragung des Vorgesetzten, z.B. Poliers oder Vorarbeiters, in eine Liste erstellt wird und dass zeitnah (regelmäßig spätestens nach Abschluss der Schicht) die entsprechenden Einzeldaten*

*entsprechend dem tatsächlichen Tagesverlauf gesondert eingetragen werden. Ein solches Verfahren bietet auch im Interesse des Arbeitgebers die Chance, eine inhaltlich zutreffende Abbildung der Realität auf der Baustelle zu liefern. [...]*

*§ 2 Abs. 2a AEntG schreibt keine besondere Form für die Stundenaufzeichnungen vor. Mit der Verweisung des § 2 Abs. 2 AEntG auf § 5 Schwarzarbeitsgesetz trägt der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung, dass für den Betrieb bedeutsame Daten heute üblicherweise in Datenverarbeitungsanlagen gespeichert werden.*

*Nach § 5 Abs. 3 Schwarzarbeitsgesetz haben Arbeitgeber die in Datenverarbeitungsanlagen gespeicherten Daten auf Verlangen der Zollverwaltung auf automatisiert verarbeitbaren Datenträgern oder in Listen zu übermitteln. In Anbetracht dessen bestehen keine Bedenken dagegen, dass Arbeitszeitrachweise in elektronischer Form geführt werden. Dadurch wird der Nachweis von Mindestlohnverstößen nicht erschwert.*

*Wenn die Stundenaufzeichnungen elektronisch mit einem Fingerprint-Scanner geführt werden, können die Aufzeichnungen sogar einen höheren Beweiswert haben als handschriftliche.“*

Im Rahmen des seit dem 01.01.2015 geltenden **MiLoG** bestehen darüber hinaus Aufzeichnungspflichten auch für diejenigen Arbeitnehmer, die dem Geltungsbereich des TV Mindestlohn nicht unterfallen, aber vom Geltungsbereich des MiLoG erfasst sind (siehe dazu Kapitel B. II. 2., S. 7 ff.). Die Aufzeichnungspflicht nach § 17 Abs. 1 MiLoG entspricht derjenigen nach § 19 Abs. 1 AEntG für die gewerblichen Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft (siehe oben). Das in **Anhang 3** beigefügte Muster ist zur Erfüllung der Aufzeichnungspflichten nach dem MiLoG ebenfalls verwendbar.

Grundsätzlich greift die **Aufzeichnungspflicht** aufgrund des gesetzlichen Mindestlohns nach dem MiLoG seit 01.01.2015 auch für alle **Angestellten und Poliere** der Bauwirtschaft. Es konnte jedoch erreicht werden, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zunächst mit Wirkung zum 01.01.2015 und darauffolgend mit Wirkung zum 01.08.2015 je eine Verordnung erlassen hat, die **Ausnahmen** zulässt.

**Ausnahmen zu den Aufzeichnungspflichten nach dem Mindestlohngesetz:**

Für **Arbeitsverhältnisse im Zeitraum 01.01.2015 bis 31.07.2015, für die nicht der TV Mindestlohn gilt, insbesondere Angestellte und Poliere**, findet die „Verordnung zu den Dokumentationspflichten nach den §§ 16 und 17 des Mindestlohngesetzes in Bezug auf bestimmte Arbeitnehmergruppen (Mindestlohndokumentationspflichten-Verordnung - MiLoDokV)“ vom 18.12.2014 (BANZ AT 29.12.2014 V1) Anwendung. Nach deren § 1 Abs. 1 Satz 1 entfällt die Aufzeichnungspflicht für Arbeitsverhältnisse, in denen das **regelmäßige verstetigte Monatsentgelt** (siehe dazu § 1 Abs. 1 Satz 2 MiLoDokV) **mehr als 2.958 € brutto** beträgt und wenn

der Arbeitgeber die nach **§ 16 Abs. 2 Arbeitszeitgesetz bestehenden Pflichten** (Erfassung derjenigen Arbeitsstunden, die werktäglich über 8 Stunden hinausgehen) einhält.

Für **Arbeitsverhältnisse seit 01.08.2015, für die nicht der TV Mindestlohn gilt**, gilt die „Verordnung zu den Dokumentationspflichten nach den §§ 16 und 17 des Mindestlohngesetzes und den §§ 18 und 19 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in Bezug auf bestimmte Arbeitnehmergruppen (Mindestlohndokumentationspflichtenverordnung - MiLoDokV)“ vom 29.07.2015 (BAnz AT 31.07.2015 V1). Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 MiLoDokV entfällt die Aufzeichnungspflicht für Arbeitsverhältnisse, in denen das **regelmäßige verstetigte Monatsentgelt** (siehe dazu § 1 Abs. 1 Satz 2 MiLoDokV) **mehr als 2.958 € brutto** beträgt.

Darüber hinaus entfällt die Aufzeichnungspflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 3 MiLoDokV für Arbeitsverhältnisse, für die nicht der TV Mindestlohn gilt, insbesondere Angestellte und Poliere, in denen das **regelmäßige verstetigte Monatsentgelt mehr als 2.000 € brutto** beträgt und der Arbeitgeber dieses Entgelt **nachweislich für die letzten vollen zwölf Monate gezahlt** hat, wobei Zeiten ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt bei der Berechnung des Jahreszeitraums unberücksichtigt bleiben.

#### **Ausnahmen zu den Aufzeichnungspflichten nach dem Mindestlohngesetz und nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz:**

§ 1 Abs. 2 MiLoDokV sieht ferner Ausnahmen für **mitarbeitende Ehegatten/Lebenspartner/Kinder/Eltern des Arbeitgebers bzw. des vertretungsberechtigten Organs, eines Mitglieds eines solchen Organs oder eines vertretungsberechtigten Gesellschafters bei juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften** vor. Für diese Fälle regelt die MiLoDokV Ausnahmen insbesondere von den Verpflichtungen sowohl nach § 17 Abs. 1 und 2 MiLoG als auch nach § 19 Abs. 1 und 2 AEntG.

## **II. Meldepflichten**

Aus verschiedenen Meldepflichten des Arbeitgebers ergeben sich weitere Anknüpfungspunkte auch für eine Mindestlohnkontrolle:

- Arbeitgebermeldung zur Sozialversicherung gemäß § 28a Abs. 4 SGB IV: **Sofortmeldung!**
- Baustellenanmeldung bei der Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft (BG BAU)
- Baubeginnanzeige nach der jeweiligen Landesbauordnung gegenüber dem Landesbauamt
- Meldung der Bruttolöhne und zugrunde liegenden Stunden gemäß § 6 VTV gegenüber SOKA-BAU

- Anmeldung des Baubeginns für **Arbeitgeber mit Betriebssitz im Ausland** gemäß § 18 AEntG gegenüber der zuständigen Behörde der Zollverwaltung (gilt ebenfalls für den gesetzlichen Mindestlohn, § 16 MiLoG)

Die **Arbeitgebermeldung** nach § 28a Abs. 4 SGB IV hat seit dem 01.01.2009 u.a. für die Baubranche **bei Beschäftigungsaufnahme als Sofortmeldung** spätestens am Tag des Beschäftigungsbeginns zu erfolgen (früher: zusammen mit der ersten Entgeltabrechnung). In der Praxis hat sich gezeigt, dass es nach einer Kontrolle häufiger zu „Nachmeldungen“ kam, so dass sich ein Nachweis illegaler Beschäftigung nur bei weitergehenden Erkenntnissen führen ließ. Nach der Neufassung kann eine unterbliebene Sofortmeldung als Indiz für Schwarzarbeit zu sehen sein und mit einem **Bußgeld von bis zu 25.000 €** geahndet werden (§ 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 4 SGB IV).

### III. Mitführungspflichten

Alle im Baugewerbe Beschäftigten, d.h. alle gewerblichen Arbeitnehmer, Poliere und Angestellten, sind verpflichtet, bei Ausübung ihrer Tätigkeit ein **Personaldokument mitzuführen**, § 2a Abs. 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG). Als Personaldokument kommen v.a. der Personalausweis oder ein Pass in Frage, Ausweisersatzdokument wäre z.B. ein Notreisepass. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Arbeitnehmer hierauf **nachweislich und schriftlich hinzuweisen**. Er hat diesen schriftlichen Hinweis für die Dauer der Erbringung der Dienst- oder Werkleistung aufzubewahren und auf Verlangen vorzulegen.

#### **Folgende Formulierung kann verwendet werden:**

*„Hiermit weisen wir darauf hin, dass Sie gemäß § 2a Abs. 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz dazu verpflichtet sind, während der Arbeitszeit Ihren Personalausweis, Pass oder ggf. ein Ausweisersatzdokument mitzuführen und den Behörden der Zollverwaltung auf Verlangen vorzulegen. Verstöße gegen diese gesetzliche Verpflichtung können durch die Behörden der Zollverwaltung mit einem Bußgeld von bis zu 5.000 € geahndet werden.“*

Der Hinweis kann im Arbeitsvertrag enthalten sein; bei bestehenden Arbeitsverhältnissen kann der schriftliche Hinweis z.B. mit einer Entgeltabrechnung verbunden werden. **Verstöße des Arbeitgebers** gegen diese Pflichten können als Ordnungswidrigkeit mit einem **Bußgeld von bis zu 1.000 €** (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 8 Abs. 3 SchwarzArbG), **Verstöße der Arbeitnehmer** gegen die Mitführungspflicht mit einem **Bußgeld von bis zu 5.000 €** (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 8 Abs. 3 SchwarzArbG) geahndet werden.

Gleichzeitig ist die frühere Verpflichtung zur Mitführung des Sozialversicherungsausweises (§ 18h Abs. 6 S. 1 SGB IV a.F.) entfallen.

## E. Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsbedingungen

### I. Kontrollbehörden

Seit dem 01.01.2004 sind die **primär zuständigen Kontrollbehörden** für die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nach dem AEntG die **Behörden der Zollverwaltung, § 2 Abs. 1 Nr. 5 SchwarzArbG, § 16 AEntG**. Unterstützt werden sie u. a. von der zuvor ebenfalls zuständigen Bundesagentur für Arbeit, § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG. Die Tätigkeit der Hauptzollämter und der Datenaustausch sowie die Zusammenarbeit mit anderen Behörden werden von der Bundesfinanzdirektion West bundesweit koordiniert. Seit 01.01.2004 besteht dort die **Abteilung „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“ (FKS)**, die ca. 6.700 Zöllner bundesweit an über 100 Standorten einsetzt.

Die Kontrolle des **gesetzlichen Mindestlohns** erfolgt wie die Kontrolle der Arbeitsbedingungen nach dem AEntG (§§ 14, 15 MiLoG).

### II. Außenprüfung

**Rechtsgrundlage** für die Durchführung von Außenprüfungen nach dem AEntG ist **§ 17 AEntG i.V.m. §§ 3 bis 5 SchwarzArbG**. Geprüft wird insbesondere die Einhaltung der Mindestlöhne und die Erfüllung der Meldepflicht ausländischer Arbeitgeber gemäß § 18 AEntG. Maßgeblich sind die Abgabenordnung (AO) sowie die Finanzgerichtsordnung (FGO), § 22 SchwarzArbG.

Bei der **Prüfung des Mindestlohns** geht es um die Gewährung des zutreffenden Mindestlohns und bei ausländischen Arbeitgebern insbesondere auch um den Abzug nicht berücksichtigungsfähiger Lohnbestandteile (siehe oben S. 10 f.).

**Nicht geprüft wird** die Einhaltung tarifvertraglicher Regelungen oberhalb der Mindestlöhne. Die Prüfer haben keine Befugnis, bei Verstößen gegen tarifvertragliche Bestimmungen betroffene Arbeitnehmer bei der Durchsetzung etwaiger Ansprüche zu unterstützen.

Die Kontrollen erfolgen durch **Außenprüfungen** auf der Baustelle und/oder im Betrieb - meist ohne Vorankündigung und auch außerhalb üblicher Arbeitszeiten. Sie können ohne Anfangsverdacht durchgeführt werden. Die Prüfer dürfen Grundstücke und Geschäftsräume des Arbeitgebers betreten, in Lohn-, Melde- und andere Geschäftsunterlagen einsehen, auch in solche, aus denen Umfang, Art und Dauer von Beschäftigungsverhältnissen abgeleitet werden können. Des Weiteren sind sie zur Überprüfung der Personalien dort tätiger Personen berechtigt, § 3 Abs. 3 SchwarzArbG. Ein gegen Durchführungsmaßnahmen der Außenprüfung eingeleiteter **Einspruch** (§ 347 AO) **hat keine aufschiebende Wirkung** (§ 361 AO).

Die Beamten der Zollverwaltung sind bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten in unmittelbarem Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 SchwarzArbG **Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft**, § 14 Abs. 1 S. 2 SchwarzArbG.

Bei der Prüfung werden alle angetroffenen Arbeitnehmer befragt nach Personendaten, Arbeitgeber, Tätigkeitsdauer, Höhe des Lohnes, Arbeitserlaubnis usw. - vgl. § 17 S. 1 Nr. 1 AEntG. Außerdem erfolgt regelmäßig die Überprüfung der Geschäftsunterlagen.

Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Dritte, die bei der Prüfung angetroffen werden, haben die Prüfung zu dulden und müssen auf Verlangen Auskunft über relevante Tatsachen geben, § 3 Abs. 1 SchwarzArbG. Ausländische Arbeitnehmer sind verpflichtet, Pass und Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung auf Verlangen vorzulegen, auszuhändigen oder ggf. zu überlassen. Arbeitgeber haben in automatisierten Dateien gespeicherte Daten zur Verfügung zu stellen, § 5 Abs. 1 S. 4 bis 8 SchwarzArbG.

### III. Checkliste Baustellenkontrollen

- **Was kontrolliert der Zoll?**
  - Meldepflichten der Arbeitgeber
  - Sozialleistungsbezug
  - Angaben des Arbeitgebers, die für Sozialleistungen erheblich sind
  - bei ausländischen Arbeitnehmern die erforderlichen Aufenthaltstitel und ob die Arbeitsbedingungen nicht ungünstiger als für vergleichbare inländische Arbeitnehmer sind
  - Einhaltung der Arbeitsbedingungen, insbesondere nach dem AEntG und dem MiLoG
  - steuerrechtliche Pflichten (z.B. Entrichtung der Lohnsteuer und Umsatzsteuer)
- **Unterlagen, die vorgelegt bzw. bereitgehalten werden müssen**
  - Arbeitnehmer und Selbständige:** gültiges Ausweisdokument (z.B. Personalausweis); bei Ausländern zusätzlich: gültiger Aufenthaltstitel/Duldung/Aufenthalts gestattung
  - Arbeitgeber**
    - Lohn- und Meldeunterlagen, Bücher und andere Geschäftsunterlagen, aus denen sich Umfang, Art oder Dauer von Beschäftigungsverhältnissen oder Tätigkeiten ergeben können, z.B.
      - Nachweise über Meldungen zur Sozialversicherung im Inland und Ausland
      - Lohnabrechnungen
      - Nachweise über erfolgte Lohnzahlungen einschließlich Auslösungen und Urlaubskassenbeiträge (Quittungen, Lohnzettel)
      - Arbeitsverträge bzw. Dokumente, die dem Arbeitsvertrag nach den Regelungen des Heimatlandes entsprechen
      - Arbeitszeitnachweise (z.B. Stundenzettel, Anwesenheitslisten, Urlaubslisten etc.)
      - Nachweise über steuerfreie Zuschläge
      - Konten, Buchungsbelege
      - ggf. Verträge mit Subunternehmen
      - Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis
    - Arbeitszeitnachweise: Arbeitgeber sind verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit sowie Pausen der Arbeitnehmer aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre aufzubewahren
    - Nachweis des schriftlichen Hinweises auf die Mitführungspflicht eines gültigen Ausweisdokuments
- **Ergänzende Unterlagen, die die Prüfung beschleunigen**
  - Arbeitnehmer:**
    - Arbeitsgenehmigung EU
    - Nebeneinkommensbescheinigung
    - Entsendebescheinigung A1 (ehemals E 101)
  - Arbeitgeber:**
    - Namensliste der eingesetzten Arbeitnehmer
    - Kopien der Meldungen nach dem AEntG
    - Bautagebücher
    - Betonlieferscheine
  - Ausführende Unternehmer:**
    - Unterlagen, die Aufschluss über das Vertragsverhältnis zum Auftraggeber geben

#### IV. Bußgelder und Ausschluss von öffentlichen Aufträgen

Verstöße gegen das AEntG oder das MiLoG können als Ordnungswidrigkeit mit Geldbußen bis zu **500.000 €** geahndet werden. Zusätzlich kann sich u.U. eine **Strafbarkeit wegen Wuchers** sowie wegen **Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt**, § 266a StGB, ergeben. Dieser Tatbestand kommt in den Fällen der Unterschreitung des Mindestlohns in Betracht, da zugleich geringere Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt worden sind (*vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 12.08.2014, Az. 1 OLG 13 Ss 191/14*).

**Zusätzlich** zu einer Geldbuße kann eine **Gewinnabschöpfung in unbegrenzter Höhe** erfolgen.

**Ausländischen Arbeitgebern**, die ihren **Melde- oder Aufzeichnungspflichten** nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkommen, drohen Bußgelder bis zu **30.000 €**.

Wegen Unzuverlässigkeit können Bewerber um öffentliche Aufträge **für eine angemessene Zeit von der Vergabe ausgeschlossen werden**, wenn sie wegen eines Verstoßes gegen das AEntG oder das MiLoG mit einer Geldbuße von wenigstens **2.500 €** belegt worden sind (§ 21 AEntG, § 19 MiLoG). Die Ausschlussdauer ist unbestimmt; der Nachweis für die Wiedererlangung der „Zuverlässigkeit“ obliegt dem Arbeitgeber. Zuständig für den Ausschluss sind die Vergabestellen, die jederzeit von den Bußgeldbehörden Auskünfte einholen können. Weitere Rechtsgrundlage für einen Ausschluss von öffentlichen Aufträgen ist § 21 SchwarzArbG.

**Ab einer Geldbuße von 200 € erfolgt die Eintragung in das Gewerbezentralregister** (§ 149 Abs. 2 Nr. 3 Gewerbeordnung, § 20 Abs. 3 AEntG).

#### F. Möglichkeiten zur Absicherung der Haftungsrisiken

##### I. Vorbemerkung

Grundsätzlich empfiehlt sich, dem Haftungsrisiko bereits bei der **Auswahl des Nachunternehmers** und bei der **Vertragsgestaltung** Rechnung zu tragen.

##### II. Einsatz präqualifizierter Nachunternehmer

In Anlehnung an § 28e Abs. 3a ff. SGB IV und § 150 Abs. 3 SGB VII (Hauptunternehmerhaftung für Sozialversicherungsbeiträge von Nachunternehmern) haften Hauptunternehmer nicht nach § 14 AEntG **für Urlaubskassenbeiträge ihrer präqualifizierten Nachunternehmer**. Voraussetzung ist eine Präqualifikation nach § 6 Abs. 3 VOB/A i. V. m. der Leitlinie des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung für die Durchführung eines Präqualifizierungsverfahrens vom 25.04.2005 in der Fassung vom 25.10.2012, die auf einer **SOKA-BAU-Enthafungsbescheinigung** basiert. Die Präqualifizierung kann in der im Internet veröffentlichten „PQ-Liste“ überprüft werden ([www.pq-verein.de](http://www.pq-verein.de)). Auf dieser Homepage finden

sich auch weitere Informationen über die vergaberechtlichen Zusammenhänge und die maßgeblichen Vorschriften.

**Durch den Einsatz präqualifizierter Nachunternehmer lassen sich seit 01.10.2009 die Haftungsrisiken für Sozialversicherungsbeiträge und Urlaubskassenbeiträge minimieren - sie bleiben dann auf Missbrauchskonstellationen und auf das davon unabhängige Mindestlohnhaftungsrisiko begrenzt.**

**Alternativ** dazu stellt SOKA-BAU **auftragsbezogene Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Teilnahme am Sozialkassenverfahren** aus (SOKA-BAU-Enthaftungsbescheinigung). Für die entsprechenden Nachunternehmer erfolgt innerhalb der Geltungsdauer dieser Bescheinigungen - auftragsbezogen - ebenfalls grundsätzlich keine Inanspruchnahme des Hauptunternehmers **für Urlaubskassenbeiträge** nach § 14 AEntG. Ausnahmsweise bleibt es in Missbrauchsfällen oder Konstellationen, die missbrauchsanfällig sind, bei der Hauptunternehmerhaftung.

### **III. Frühwarnsystem**

Bereits im Jahr 2005 haben die Tarifvertragsparteien bezogen auf die Haftung für Urlaubskassenbeiträge auf Anregung des Hauptverbandes gemeinsam mit der SOKA-BAU ein „**Frühwarnsystem**“ geschaffen, mit welchem eine drohende Haftungssituation für Urlaubskassenbeiträge so früh wie möglich erkannt werden kann.

Zu diesem Zweck wurde für den Einsatz von Nachunternehmern ein „**Vollmachtsformular**“ (siehe **Anhang 4** und **5**, S. 38 ff.) entwickelt, mit dem der Nachunternehmer den Auftraggeber bevollmächtigt, **baustellenbezogene Auskünfte für die konkret eingesetzten Arbeitnehmer inklusive der gemeldeten Bruttolohnsummen monatlich einzuholen**.

Gegen Vorlage dieser Vollmacht teilt SOKA-BAU dem Auftraggeber von Baubetrieben monatlich mit, ob die Meldung und Zahlung der Sozialkassenbeiträge erfolgt ist oder ob und in welcher Höhe Beitragsrückstände bestehen. Die Einhaltung der entsprechenden Beitragsverpflichtungen soll so frühzeitig wie möglich abgesichert werden.

Das „Frühwarnsystem“ bewirkt, dass der Hauptunternehmer eine nachträgliche Inanspruchnahme auf der Grundlage des § 14 AEntG weitgehend vermeiden kann. Darüber hinaus profitiert SOKA-BAU von diesem System, da das Risiko von Beitragsausfällen im Hinblick auf Nachunternehmer vermindert wird.

Für Auskünfte über inländische Nachunternehmer ist das Kunden-Service-Center bei SOKA-BAU, für Auskünfte über ausländische Nachunternehmer die Hauptabteilung Europa zuständig. Die jeweiligen Vollmachts-Formulare sind als **Anhang 4** (Inland) und **Anhang 5** (Ausland) abgedruckt (S. 38 ff.).

#### **IV. Mindestlohnbescheinigungen**

Eine Exkulpation von der Haftung für die Zahlung des Mindestlohnes ist nach § 14 AEntG nicht vorgesehen. Soweit Arbeitnehmer den Erhalt des Mindestlohnes (mindestens) für bestimmte Arbeitsstunden in einem bestimmten Zeitraum (in der Vergangenheit) in **Mindestlohnbescheinigungen** bestätigen, kommt keine Hauptunternehmerhaftung in Betracht, denn diese Lohnansprüche der betreffenden Arbeitnehmer wurden erfüllt. Entsprechende Bescheinigungen sind auf die Angabe des Zeitraums, die ausgewiesenen konkreten Arbeitsstunden und die richtige Höhe des Mindestlohns zu prüfen. Zur sicheren inhaltlichen Beurteilung sollte eine Lohnabrechnung bereits erfolgt sein. Neben der Risikominimierung für die Vergangenheit besteht der **Nutzen der Mindestlohnbescheinigungen** auch in der Vermeidung des Vorwurfs einer Ordnungswidrigkeit wegen Beauftragung eines „mindestlohnunzuverlässigen“ Auftragnehmers gemäß § 23 Abs. 1 Nr. AEntG und im Zusammenspiel mit anderen Vertragsgestaltungen wie einer Vertragsstrafenvereinbarung oder einem Sonderkündigungsrecht.

In dem seit dem 01.02.2020 geltenden TV Mindestlohn wurde in § 2 Abs. 7 eine neue Regelung aufgenommen, um die Weitergabe von Mindestlohnbescheinigungen und Baustellenlisten an Auftraggeber datenschutzrechtlich zu adressieren. Die Neuregelung besagt, dass Arbeitgeber berechtigt sind, ihren Auftraggebern von Werkleistungen geeignete Nachweise zur Kontrolle der Einhaltung der tarifvertraglichen Mindestlöhne unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zur Verfügung zu stellen (insbesondere Mindestlohnbescheinigungen und baustellenbezogene Mitarbeiterlisten).

#### **V. Vertragsgestaltung - Checkliste**

Es sind verschiedene Sicherungskonzepte zum Schutz des Hauptunternehmers gegen das Haftungsrisiko möglich, wobei im Hinblick auf die AGB-Festigkeit einzelner Klauseln Rechtsunsicherheiten bestehen bleiben.

Vor der Gestaltung des Vertragsverhältnisses im Einzelfall ist jeweils zu erwägen, in welchem Umfang die einzelnen Bestimmungen Gegenstand des Nachunternehmervertrages werden sollen. Dies hängt im Wesentlichen davon ab, wie die Gesetzestreue und die finanzielle Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers zu beurteilen ist.

Ergänzend zu der nachfolgenden - auf das AEntG bezogenen - Checkliste für die Vertragsgestaltung ist auf die „**Checklisten Nachunternehmereinsatz**“, 2. Auflage 01/2016, herausgegeben vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., hinzuweisen.

### Checkliste für die Vertragsgestaltung:

- **Verlangen von Sicherheiten**  
**Einbehalt** von der Nettoauftragssumme **zur Sicherung** der Regressansprüche (mit Ablösemöglichkeit durch selbstschuldnerische Bürgschaft oder Hinterlegung) oder Übergabe einer **selbstschuldnerischen Bürgschaft** vereinbaren. Dabei notwendig:
  - Umschreibung des Sicherungszwecks
  - Sicherungsdauer: Verjährung und Verfallfristen berücksichtigen (Mindestlohn 6 Monate, bei Gutschrift auf dem Ausgleichskonto regelmäßige gesetzliche Verjährung von drei Jahren (s. o. Seite 18 f.), Beiträge für das Urlaubsverfahren der Bauwirtschaft vier Jahre zum Jahresende)
  - Höhe der Sicherheit muss angemessen sein und ausdrücklich vereinbart werden (unterliegt der Kontrolle nach dem AGB-Recht)
  - Reduzierung der Sicherheiten bestimmen, soweit sich Haftungsrisiko vermindert
- **bei Präqualifikation des Nachunternehmers**
  - unverzügliche Mitteilungspflicht über den Fortfall einer Präqualifikation
  - Zugangsdaten (Nutzername, Kennwort) für PQ-Liste von Nachunternehmer
- **ohne Präqualifikation des NU: auftragsbezogene SOKA-BAU-Enthaftungsbescheinigung** oder ggf. Vollmacht zum „**Bürgerfrühwarnsystem**“ verlangen
- Vorlage von **Mindestlohnbescheinigungen** vereinbaren
- **Benennung der** zum Einsatz kommenden **Arbeitnehmer** vereinbaren (auch Änderungen)
- **Verpflichtungserklärung** hinsichtlich der Einhaltung der Pflichten aus § 14 AEntG
- **Freistellungsvereinbarung** hinsichtlich der Ansprüche gegen den HU aus § 14 AEntG
- **Weitervergabe** des NU an andere NU **nur bei Einwilligung des HU** zulassen oder ggf. auf Einsatz präqualifizierter NU beschränken (Mindestlohn-Haftungsrisiko bleibt), mit Verpflichtung des NU zur unverzüglichen Mitteilung im Falle des Fortfalls der Präqualifikation
- **Vertragsstrafenvereinbarung** bei schuldhaftem Verstoß gegen die Pflicht zur Mindestlohnzahlung und Abführung der Urlaubskassenbeiträge, bei vertragswidriger Weitervergabe oder Nicht-Benennung der eingesetzten Arbeitnehmer
- **Sonderkündigungsrechte** bei illegaler Beschäftigung, Schwarzarbeit, Nichtzahlung des Mindestlohns und/oder der Urlaubs- und Sozialversicherungsbeiträge vereinbaren (um sich schnell von unzuverlässigen Unternehmern trennen zu können und damit auch nach außen eigene Seriosität zu dokumentieren)
- **Ermächtigung** zur Einholung von Auskünften bei den Arbeitnehmern (Mindestlohn)
- **Kontrollrechte** auf der Baustelle (Personalien) vereinbaren

## VI. Ergänzende Hinweise

### 1. Absicherung durch Bürgschaft

#### a) Erfordernis einer Sicherungsabrede

Der Unternehmer kann eventuelle Regressansprüche nach § 14 AEntG sowie die Erfüllung einer vertraglich vereinbarten Freistellungsvereinbarung durch Stellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft absichern, wenn die Pflicht zur Stellung einer solchen Bürgschaft **ausdrücklich** im Bauvertrag vereinbart wurde.

Es ist bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden, ob Regressansprüche aus § 14 AEntG in Vertrags- und/oder Gewährleistungsbürgschaften **mit** abgesichert werden können.

Sollte diese Form der Absicherung gewünscht werden, muss dringend das **sog. Transparenzgebot** beachtet werden. Im Hinblick auf die rechtskräftige Entscheidung des OLG Stuttgart (*siehe OLG Stuttgart Urtr. v. 28.09.2002 - 2 U 218/00 - BauR 2002, S. 1.093 ff.; IBR 2002, S. 194*) bedeutet dies, dass auf jeden Fall eine inhaltlich klare und **optisch hervorgehobene** Aufzählung der abzusichernden Ansprüche im Bauvertrag **und** in der Bürgschaftsurkunde - z.B. in einem eigenen Absatz oder ganz gesondert - notwendig sind. Dem Auftragnehmer muss die Ausdehnung der beiden Bürgschaften auf § 14 AEntG bewusst sein, sozusagen „ins Auge springen“.

#### b) Umschreibung des Sicherungszwecks

Im Bauvertrag muss auch festgelegt werden, welche Ansprüche durch die Bürgschaft abgesichert werden sollen, d.h. der Sicherungszweck (z.B. Freistellungs- und Regressansprüche aus § 14 AEntG) ist möglichst genau zu umschreiben. Allerdings sind auch hier die Einzelheiten bisher höchstrichterlich ungeklärt. Auf jeden Fall sollte die Bürgschaft der Absicherung der gesetzlichen Regressansprüche und der mit der Verpflichtungs- und Freistellungserklärung eingegangenen vertraglichen Verpflichtung des Nachunternehmers dienen.

#### c) Dauer

- Gesplittete Bürgschaften:

Die **Dauer der Sicherheitsgestellung** richtet sich nicht nach der Bauabwicklung, sondern nach der Verjährungsfrist für die Verpflichtung zur Zahlung des Mindestentgelts und der Urlaubsbeiträge. Erst mit Ablauf der Verjährungs- bzw. Verfallfrist endet das Haftungsrisiko aus § 14 AEntG. Diese beträgt für die Lohnansprüche von Arbeitnehmern inländischer und ausländischer Arbeitgeber 6 Monate (§ 2 Abs. 5 TV Mindestlohn, bei Gutschrift auf dem Ausgleichskonto gemäß § 3 Nr. 1.43 BRTV regelmäßige gesetzliche Verjährung von drei Jahren), für die Urlaubskassenbeiträge vier Jahre ab Fälligkeit (§ 21 Abs. 1 VTV).

- Eine Bürgschaft:

Alternativ zu den gesplitteten Bürgschaften kann auch nur eine - nicht so hohe - Bürgschaft verlangt werden.

#### d) Höhe der Sicherheiten

Auch die **Höhe etwaiger Sicherheiten** muss ausdrücklich vereinbart werden und angemessen sein. Sie ist hinsichtlich der Zahlung von Mindestlohn abhängig von der Anzahl der vom Auftragnehmer oder eines Nachunternehmers eingesetzten Beschäftigten und der von diesen auf der Baustelle geleisteten Stunden, bezüglich der Urlaubsbeiträge auch von der Bruttolohnsumme und damit - mangels konkreter Kenntnisse aus dem Bereich des Nachunternehmers - schwer konkret berechenbar.

Häufig wird die Sicherungshöhe deswegen prozentual zur Nettoabrechnungssumme festgelegt. Dabei ist zu beachten, dass die in vorformulierten Vertragsklauseln festgelegte Höhe der Kontrolle nach dem AGB-Recht unterliegt. Um eine Unwirksamkeit der Klausel zu verhindern, darf die Höhe nicht unangemessen hoch sein. Eine zu hohe Bürgschaft ist unwirksam, da die Rechtsprechung dann von einer unbilligen Benachteiligung des Nachunternehmers ausgeht und die Klausel „kassiert“.

Bei der Bemessung der Höhe sollte deswegen gegebenenfalls eine Unterscheidung hinsichtlich besonders lohnintensiver und weniger lohnintensiver Nachunternehmerleistungen erfolgen, da der Haftungsumfang entscheidend vom Anteil der Lohnkosten abhängt.

Anhaltspunkte in der Rechtsprechung für eine „angemessene Höhe“ sind bisher nicht bekannt; gleichermaßen nicht, ob eine Erhöhung der bisher schon üblichen und zulässigen Sicherungshöhen von Vertragserfüllungs- und/oder Mängelsicherheiten zulässig ist. Es hat sich **noch keine AGB-rechtlich zulässige „übliche Höhe“**, wie 5 % für Gewährleistungsbürgschaften oder 10 % für Vertragserfüllungsbürgschaften, herausgebildet.

Da für Vertragserfüllungsbürgschaften in der Regel 10 % als angemessen angesehen werden, vertritt Weise (*NZBau 2000*, S. 229, S. 232) die Auffassung, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Regressansprüche aus § 14 AEntG allenfalls 1 bis 3 % angesetzt werden dürfen, wobei diese Ziffer im Hinblick auf das doch recht hohe Haftungsrisiko etwas niedrig erscheint. Grauvogl setzt in seinem Vertragsmuster im *„Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht“* (Herausgeber Wirth, *Erstes Buch, Privates Baurecht*, S. 805) 10 % der Netto-Angebotssumme an, was aus AGB-Gesichtspunkten als sehr hoch erscheint.

Die Höhe sollte sich unserer Auffassung nach „sozusagen individuell“ am Umfang des jeweils geschlossenen Nachunternehmervertrags, der Lohnintensität der Arbeiten und dem befürchteten Haftungsrisiko orientieren. Dann kann im Falle des Einwandes der „Unangemessenheit“ auch am einfachsten der Nachweis geführt werden, wie sich die Höhe zusammensetzt und dass keine unangemessene Benachteiligung, sondern eine zulässige Absicherung der gesetzlichen Risiken erfolgt.

## e) Reduzierung der Sicherheiten

Zudem sind vertragliche Bestimmungen für die **Ablösung des Einbehalts bzw. Rückgabe der Sicherheiten** zu treffen. Grundsätzlich sind die vereinbarten Sicherheiten dem verminderten Haftungsrisiko anzupassen.

Dies bedeutet:

Weist der Nachunternehmer gegenüber dem Generalunternehmer nach, dass die Verpflichtungen zur Zahlung des Mindestentgeltes und zur Zahlung der Urlaubsbeiträge sowohl von ihm als auch von einem beauftragten Unternehmen erfüllt worden sind, so ist die Höhe der Sicherheit entsprechend zu reduzieren, weil in diesem Umfang kein Haftungsfall mehr eintreten kann.

Als **Nachweis** kommen in Betracht:

- Eine Bescheinigung der Sozialkassen über die Erfüllung der Leistungspflicht, d.h. des tatsächlich gezahlten Urlaubsbeitrages.
- Die dem Auftraggeber vertraglich eingeräumte Möglichkeit (s.u.), bei den Sozialkassen über die Erfüllung der Beitragspflicht Auskünfte einzuholen.
- Eine Erklärung der Arbeitnehmer, dass ihnen das Mindestentgelt ausbezahlt worden ist. Diese Erklärung ist aus datenschutzrechtlichen Gründen mit dem Einverständnis zu verbinden, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, diese Erklärung zum Nachweis der Verpflichtung aus dem AEntG seinem Auftraggeber vorzulegen. Die Erklärung sollte monatlich verlangt werden. Ein Muster findet sich in **Anhang 6** (S. 41).

## 2. Kündigung

Es ist ratsam, sich bei einem schuldhaften Verstoß des Nachunternehmers gegen vereinbarte Verpflichtungen (wie z.B. die Benennung der eingesetzten Arbeitnehmer, Verstoß gegen die Verpflichtungserklärung) das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund vorzubehalten. Problematisch ist jedoch, ob eine solche Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig ist. Grundsätzlich wird man auch bei einer Kündigung aus wichtigem Grund - außer in Ausnahmefällen - eine vorherige Fristsetzung mit Kündigungsandrohung verlangen müssen, wenn der andere Vertragspartner den wichtigen Grund abstellen kann (§ 4 Nr. 8 Abs. 1 S. 3 VOB/B; *Ingenstau/Korbion, Kommentar zur VOB/B, 20. Aufl., Rn. 21 zu § 8 Abs. 3 VOB/B*; ähnlich auch § 314 Abs. 2 BGB).

### 3. Vertragsstrafe

Eine Vertragsstrafenklausel dient der Sanktion bei verschuldeten Verstößen gegen vereinbarte Verpflichtungen. Im Hinblick auf die Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 13.03.2001 (*siehe KG Urt. v. 13.03.2001 - 4 U 2902/00 - BauR 2001, S. 1.101*), das die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe für den ungenehmigten Einsatz eines Nachunternehmers bzw. eines von diesem wiederum beauftragten Nachunternehmers in Höhe von 3 % des Gesamtauftrages - u.a. wegen der Höhe der Vertragsstrafe und der Verschuldensunabhängigkeit - als unwirksam ansah, ist unbedingt darauf zu achten, dass eine solche **Klausel verschuldensabhängig formuliert** wird, ein **angemessener Betrag/Prozent- bzw. Promillesatz je Verstoß** und eine **angemessene Höchstgrenze** zugrunde gelegt werden. Leider fehlt auch hierzu weiterhin eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH). Der BGH hat bisher nur für die Vertragsstrafe wegen Verzuges mit der Bauausführung eine Obergrenze von 5 % der Auftragssumme festgelegt.

Hinzuweisen ist auch auf die Entscheidung des OLG Brandenburg (*siehe OLG Brandenburg, Urt. v. 08.11.2006 - 4 U 54/06 - IBR 2007, S. 7*), wonach eine Vertragsstrafe in AGB, nach der der Auftragnehmer bei Einsatz von Schwarzarbeitern pro Mann und Tag 5.000 € Vertragsstrafe zu bezahlen hatte, mangels Obergrenze unwirksam ist.

© Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., Berlin

02/2020

### Tätigkeitsbeispiele von § 5 Nr. 3 Lohngruppe 1 BRTV

- Sortieren und Lagern von Bau- und Bauhilfsstoffen auf der Baustelle
- Pflege und Instandhaltung von Arbeitsmitteln
- Reinigungs- und Aufräumarbeiten
- Helfen beim Auf- und Abrüsten von Baugerüsten und Schalungen
- Mischen von Mörtel und Beton
- Bedienen von einfachen Geräten, z. B. Kompressor, handgeführte Bohr- und Schlaghämmer, Verdichtungsmaschinen (Rüttler), Presslufthammer, einschließlich einfacher Wartungs- und Pflegearbeiten
- Anbringen von zugeschnittenen Gipskarton- und Faserplatten, einschließlich einfacher Unterkonstruktionen und Dämmmaterial, das Anbringen von Dämmplatten (Wärmedämmverbundsystem) einschließlich Auftragen von einfachem Armierungsputz mit Einlegung des Armierungsgewebes
- Helfen beim Einrichten, Sichern und Räumen von Baustellen
- einfache Wartungs- und Pflegearbeiten an Baumaschinen und Geräten
- manuelle Erdarbeiten
- manuelles Graben von Rohr- und Kabelgräben

### Tätigkeitsbeispiele von § 5 Nr. 3 Lohngruppe 2 BRTV

- 1. Asphaltierer (Asphaltabdichter, Asphaltteur):**
  - Vorbereiten des Untergrundes
  - Erhitzen und Herstellen von Asphalten
  - Aufbringen und Verteilen der Asphaltmasse
  
- 2. Baustellen-Magaziner:**
  - Lagern von Bau- und Werkstoffen, Werkzeugen und Geräten
  - Bereithalten und Warten der Werkzeuge und Geräte und Schutzausrüstungen
  - Führen von Bestandslisten
  
- 3. Betonstahlbieger und Betonstahlflechter (Eisenbieger und Eisenflechter):**
  - Lesen von Biege- und Bewehrungsplänen
  - Messen, Anreißen, Schneiden und Biegen
  - Bündeln und Einteilen der Stähle nach Zeichnung
  - Einteilen und Einbauen von Stahlbetonbewehrungen
  
- 4. Fertigteilbauer:**
  - Herstellen, Abbau und Wartung von Form- und Rahmenkonstruktionen für Fertigteile
  - Einlegen oder Einbauen von Bewehrungen oder Einbauteilen
  - Herstellen von Verbundbauteilen
  - Fertigstellen und Nachbehandeln von Fertigteilen
  
- 5. Fuger, Verfuger:**
  - Herstellen von Fugenmörtel aller Art
  - Vorbereiten des Baukörpers zum Verfugen
  - Ausführen von Fugarbeiten - auch mit dauerelastischen Fugenmassen - und der erforderlichen Reinigungsarbeiten; Auf- und Abbauen der erforderlichen Arbeits- und Schutzgerüste
  
- 6. Gleiswerker:**
  - Herstellen des Unterbaus
  - Verlegen von Schwellen und Schienen
  
- 7. Mineur:**
  - Ausführen von einfachen Verbauarbeiten durch Vortrieb und Verbau im Tunnel-, Schacht- und Stollenbau
  - Ausführen einfacher Beton- und Maurerarbeiten
  
- 8. Putzer (Fassadenputzer, Verputzer):**
  - Vorbereiten des Untergrundes
  - Herstellen und Aufbereiten der gebräuchlichsten Mörtel
  - Zurichten und Befestigen von Putzträgern
  - Herstellen und Aufbringen von Putzen
  - Oberflächenbearbeitung von Putzen; Auf- und Abbauen der erforderlichen Arbeits- und Schutzgerüste
  
- 9. Rabitzer:**
  - Herstellen der Unterkonstruktionen
  - Anbringen der Putzträger; Auf- und Abbauen der erforderlichen Arbeits- und Schutzgerüste

**10. Rammer (Pfahlrammer):**

- Vorbereiten, Aufstellen, Ansetzen und Abbauen von Rammgeräten
- Ansetzen, Rammen und Ziehen der Pfähle und Wände

**11. Rohrleger:**

- Herstellen von Rohrgräben und Rohrgrabenverkleidungen sowie Verlegen von Rohren
- Abdichten von Rohrverbindungen
- Ausführen von einfachen Dichtigkeitsprüfungen

**12. Schalungsbauer (Einschaler):**

- Zurichten von Schalungsmaterial und Bearbeiten durch Sägen und Hobeln
- Herstellen von Schalplatten
- Zusammenbauen und Aufstellen von Schalungen nach Schalungsplänen sowie Ausschalen

**13. Schwarzdeckenbauer:**

- Vorbereiten des Untergrundes
- Erhitzen von Bindemitteln und Herstellen von Mischgut
- Einbauen und Verdichten des Mischgutes
- Oberflächenbehandlung von Schwarzdecken

**14. Betonstraßenwerker:**

- Ausführen der gebräuchlichsten Betonstraßenbauarbeiten
- Herstellen von Betonstraßendecken

**15. Schweißer (Gasschweißer, Lichtbogenschweißer):**

- Grundfertigkeiten der Metallbearbeitung, insbesondere Sägen, Feilen und Bohren
- Ausführen einfacher Schweißarbeiten, autogen und elektrisch

**16. Terrazzoleger:**

- Herstellen von Terrazzomischungen
- Vorbereiten des Untergrundes und Aufteilen der Fläche
- Einbringen, Verdichten, Schleifen, Polieren und Nachbehandeln von Terrazzo

**17. Wasser- und Landschaftsbauer:**

- Herstellen von Uferbefestigungen
- Herstellen einfacher Dränagen und Wasserführungen
- Ausführen einfacher Mauer-, Beton- und Pflasterarbeiten

**18. Maschinisten:**

- Aufstellen, Einrichten, Bedienen und Warten von kleineren Baumaschinen und Geräten

**19. Kraftfahrer:**

- Führen von Kraftfahrzeugen

**Aufzeichnung<sup>1</sup> der täglichen Arbeitszeit**  
**gemäß § 19 Abs. 1 Arbeitnehmer-Entsendegesetz, § 17 Abs. 1 Mindestlohngesetz**  
 - für jeden Arbeitnehmer individuell zu führen -

Arbeitgeber .....

**Aufbewahrung: mind. 2 Jahre!**

Arbeitnehmer .....

Monat/Jahr .....

Kalendertag	Beginn Uhrzeit	Ende Uhrzeit	Dauer <sup>2</sup> Stunden, Minuten	West/Ost/Berlin <sup>3</sup> W / O / B eintragen
1.				
2.				
3.				
4.				
5.				
6.				
7.				
8.				
9.				
10.				
11.				
12.				
13.				
14.				
15.				
16.				
17.				
18.				
19.				
20.				
21.				
22.				
23.				
24.				
25.				
26.				
27.				
28.				
29.				
30.				
31.				

<sup>1</sup> Diese muss spätestens bis zum Ablauf des 7. auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages vorliegen.

<sup>2</sup> Abzüglich der Pausenzeiten.

<sup>3</sup> Nur für die Aufzeichnungspflicht nach § 19 AEntG erforderlich, nicht für die Aufzeichnungspflicht nach § 17 MiLoG.

SOKA-BAU  
- Kundenservice -  
65047 Wiesbaden

**Vollmacht zur Einholung von Auskünften bei SOKA-BAU (ULAK)**

über die Baustelle: \_\_\_\_\_

**Änderungen zu Arbeitnehmern bitte monatlich prüfen und aktualisieren**

(1) Wir, die Firma

.....  
- Auftragnehmer/Nachunternehmer -

bevollmächtigen hiermit die Firma

.....  
- Auftraggeber/Hauptunternehmer -

bei SOKA-BAU, Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft, Wettinerstraße 7, 65189 Wiesbaden, für die in der **Anlage** genannten Arbeitnehmer, die beim Auftraggeber/Hauptunternehmer in den Monaten:

von ..... bis .....

eingesetzt werden, folgende über unser Unternehmen vorhandenen Auskünfte, welche dort unter der Betriebskontonummer (BKN) ..... gespeichert sind, einzuholen:

1. Bestätigung, dass für die in der Anlage aufgeführten Arbeitnehmer die Bruttolöhne in den an die ULAK und an die ZVK-Bau gemeldeten Bruttolohnsummen enthalten sind
2. Höhe der Beitragsrückstände für die Sozialkassenverfahren pro Monat

(2) Diese Auskünfte sollen für den oben angegebenen Zeitraum für die umseitig aufgeführten Arbeitnehmer monatlich erteilt werden. Sofern eine Aktualisierung der Liste der für den oben genannten Auftraggeber eingesetzten Arbeitnehmer notwendig wird, werden wir diese vornehmen.

(3) **Mit dieser Vollmacht wird zugleich die Einwilligung über die Weitergabe dieser bei SOKA-BAU gespeicherten Daten an den in dieser Vollmacht genannten Auftraggeber/Hauptunternehmer gemäß Art. 6 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe a, Art.7 Datenschutz-Grundverordnung erteilt.**

(4) Die Angaben dienen der Information unseres Auftraggebers/Hauptunternehmers über das Teilnahmeverhalten unseres Unternehmens am Urlaubsverfahren der deutschen Bauwirtschaft zur Vermeidung der Haftung des Auftraggebers/Hauptunternehmers gemäß § 14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Bürghaftung).

(5) Die Vollmacht behält ihre Gültigkeit bis zum voraussichtlichen Ende unseres Auftrages. Endet der Auftrag vor dem in (1) genannten Zeitpunkt, so behalten wir uns das Recht des Widerrufs zu diesem Zeitpunkt vor.

.....  
Datum, Firmenstempel, Unterschrift - Auftragnehmer/Nachunternehmer



SOKA-BAU  
- Hauptabteilung Europa -  
Postfach 57 11  
65047 Wiesbaden

**Vollmacht zur Einholung von Auskünften bei SOKA-BAU (ULAK)**

über die Baustelle PLZ....., Ort....., Straße.....

(1) Wir, die Firma

.....  
- Auftragnehmer/Nachunternehmer -

bevollmächtigen hiermit die Firma

.....  
- Auftraggeber/Hauptunternehmer -

bei SOKA-BAU, Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft, Hauptabteilung Europa, Wettinerstraße 7, 65189 Wiesbaden, für die Arbeitnehmer, die beim Auftraggeber in den Monaten:

von ..... bis .....

eingesetzt werden, folgende über unser Unternehmen vorhandenen Auskünfte, welche dort unter der Kundennummer 77 ..... gespeichert sind, einzuholen:

1. Name der gemeldeten Arbeitnehmer
2. gemeldete lohnzahlungspflichtige Stunden und Bruttolöhne der unter 1. genannten Arbeitnehmer
3. Höhe der Beitragsrückstände für das Sozialkassenverfahren pro Monat.

(2) **Mit dieser Vollmacht wird zugleich die Einwilligung über die Weitergabe der bei SOKA-BAU gespeicherten Daten an den in dieser Vollmacht genannten Auftraggeber gemäß Art. 6 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe a, Art. 7 Datenschutz-Grundverordnung erteilt.**

(3) Die Angaben dienen der Information unseres Auftraggebers über das Teilnahmeverhalten unseres Unternehmens am Urlaubskassenverfahren der deutschen Bauwirtschaft zur Vermeidung der Haftung des Auftraggebers gemäß § 14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Bürghaftung).

(4) Die Vollmacht behält ihre Gültigkeit bis zum voraussichtlichen Ende unseres Auftrages. Endet der Auftrag vor dem in (1) genannten Zeitpunkt, so behalten wir uns das Recht des Widerrufs zu diesem Zeitpunkt vor.

-----  
Datum, Firmenstempel, Unterschrift

**Arbeitnehmer-Erklärung  
zum Mindestentgelt**

**Bauvorhaben** .....

**Bauauftraggeber** ..... **Bauvertragsnummer** .....

Mein Arbeitgeber ..... hat mich über § 14 des deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) unterrichtet. Nach dieser Vorschrift haften Unternehmer, die Bauaufträge vergeben, für die Verpflichtungen des Auftragnehmers und weiterer Nachunternehmer und beauftragter Verleiher auf Zahlung des Mindestentgeltes an deren Arbeitnehmer nach dem AEntG. Die Vorschrift lautet:

*<sup>1</sup>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. <sup>2</sup>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 an Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen auszuzahlen ist (Nettoentgelt).*

Zur Ablösung der zur Abdeckung des Haftungsrisikos gegebenen Sicherheiten ist regelmäßig nachzuweisen, dass der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen zur Zahlung des Mindestentgelts nachgekommen ist.

**Vor diesem Hintergrund bestätige ich,**

Name ..... Geburtsdatum .....

Adresse ..... Baustellenausweis-Nr. ....,

dass meine Vergütung für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde

**mindestens € ..... brutto**

beträgt und ich unter Abzug von Steuern und Sozialversicherung den Nettobetrag daraus für

den **Zeitraum** ....., in dem ich ..... **Arbeitsstunden** geleistet habe, ausgezahlt bekommen habe.

Ich versichere ausdrücklich, dass neben den gesetzlichen Abzügen keine weiteren Abzüge von meinem Bruttolohn erfolgt sind.

Ich bin damit einverstanden, dass diese Erklärung den Auftraggebern vorgelegt wird.

.....  
Ort, Datum

.....  
Unterschrift des Arbeitnehmers

