



## AG München: Compliance – Kontrollpflicht für Mindestlohn nach dem AEntG

**AG München**, Urteil vom 30.12.2010 – 1112 Owi 298 Js 35029/10

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE BBL2011-2493-1](#)  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSATZ DER REDAKTION

**Erst bei Hinzutreten weiterer Umstände besteht eine Pflicht des Auftraggebers, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren Nachforschungen anzustellen, ob eine Scheinselbstständigkeit gegeben ist. Allein aufgrund der Art der Tätigkeit der Arbeitskräfte heraus, ist er nicht angehalten, Verdacht zu schöpfen. Auch einfache Tätigkeiten können in selbständiger Gewerbeart erledigt werden.**

SGB III § 404 I Nr. 1, AEntG § 5 II Nr. 1

### SACHVERHALT

Der Betroffenen liegt zur Last, im Zeitraum vom August 2007 bis September 2008 sich in fahrlässiger Weise nicht darum gekümmert zu haben, ob die Firma, mit der ein Reinigungsvertrag am 26.2.2004 abgeschlossen wurde, ihren Mitarbeitern den, nach dem Arbeitnehmerentendegesetz zu berücksichtigenden Mindestbedingungen, entsprechenden Lohn zahlt und bei gehöriger und zumutbarer Sorgfalt hätte erkennen müssen, dass

zum Teil von der Firma X zur Zimmerreinigung eingesetztes Personal nicht selbständig tätig gewesen war und ohne Arbeitsgenehmigung arbeiten würde.

Auf diese Weise seien 30 Zimmerreinigungskräfte in dem genannten Zeitraum im Hotel tätig gewesen und hätten insgesamt 12.784,5 Stunden gearbeitet. Für die Betroffene sei auf Grund der Art der Tätigkeit erkennbar gewesen, dass keine Selbständigkeit vorgelegen habe. Die Kleidung, sowie Material- und Reinigungsgerätschaften seien von der Firma X gestellt worden. Die Arbeitszeit sei festgelegt gewesen und die „selbständigen Kräfte“ seien genauso kontrolliert worden, wie die abhängig Tätigen. Bei einem Mindestlohn von 8,15 Euro sei erkennbar keine wirkliche Selbständigkeit möglich gewesen, da Beträge für Kranken- und Haftpflichtversicherung, Vorkerhungen für die Altersvorsorge, sowie Buchhaltung und Material zu zahlen seien.

Bei einer Lohnzahlung von 6,90 bzw. 7,90 Euro pro Zimmer sei erkennbar gewesen, dass die Firma X nicht in der Lage gewesen sei, den Mindestlohn mit Urlaubsentgelt zu zahlen. Dabei habe die Durchschnittsarbeitszeit für die Reinigung eines Zimmers 48,88 Minuten betragen; pro Stunde sei es nicht möglich gewesen, zwei Zimmer zu reinigen. Darüber hinaus habe sich die Betroffene im Zusatzvertrag vom 28.1.2008 zusichern las-

sen, dass die Firma X verpflichtet sei, die gesetzlichen Auflagen aus dem Tarifvertrag einzuhalten.

Die Betroffene hat sich dahingehend eingelassen, dass eine Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung überhaupt nicht bestehe, da sie nicht informiert gewesen sei und beispielsweise der Zeuge M als Betriebsleiter hierfür zuständig gewesen sei.

Zudem habe sich die Geschäftsleitung in einem nicht vermeidbaren Verbotswidrigkeit befunden. Darüber hinaus liege ein fahrlässiges Verhalten in Bezug auf einen Verstoß gegen § 404 SGB III nicht vor, da es nicht erkennbar gewesen sei, in welcher Weise die von der Fa. X entsandten Zimmermädchen für diese tätig geworden seien. Ferner habe es Zimmermädchen der Fa. X gegeben, die auch noch andere Arbeitsstellen gehabt und entsprechend diesen gegenüber auch abgerechnet hätten. Im Übrigen sei § 5 II Nr. 1 AEntG nicht anwendbar, da die Betroffene nicht dem Rahmenvertrag für das Gebäudereinigerhandwerk unterliege. Zudem seien immer die Mindestlöhne gezahlt worden. Adressat der Vorschrift des § 5 II AEntG sei nur der Unternehmer, nicht (auch) der Auftraggeber. Da zivilrechtlich eine Bürgenhaftung ausscheide, könne die Betroffene auch als Auftraggeberin nicht in Anspruch genommen werden. Soweit der Vorwurf darin bestünde, der Mindestlohn sei unter Berücksichtigung der Urlaubs(entgelt)ansprüche nicht bezahlt worden, so sei nicht erwiesen, welche Arbeitskräfte konkret überhaupt einen Urlaubsanspruch erworben und diesen auch genommen hätten.

## // BB-Kommentar

**Prof. Dr. Volker Rieble**, Inhaber des Lehrstuhles für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der LMU



### „Compliancepflicht zur Beaufsichtigung von Dienstleistern und Subunternehmern“

#### Problem

Arbeitsteiliges Wirtschaften bedeutet, dass ein Unternehmen nicht alles „selber machen“ muss, sondern die Hilfe fremder Unternehmer in Anspruch nehmen darf. Die Palette solcher Fremdvergabe reicht weit: Vom Rechtsanwalt und Steuerberater über die Lohnabrechnung über Maschinenwartung, Kantinenbetrieb, berufsgenossenschaftliche Sicherheitskontrollen, Wachdienste und Reinigungstätigkeit. All das ist erlaubt: So wie der Produzent keine 100-prozentige Fertigungstiefe leisten muss, sondern Vorprodukte, Maschinen etc. zukaufen darf, so darf er auch Dienstleistungen fremdvergeben.

Das wirft dann ein Problem hinsichtlich der Compliance auf: Ist der Auftraggeber als Unternehmen verantwortlich dafür, dass sich der Auftragnehmer an die ihn treffenden Rechtspflichten hält? Grundsätzlich ist die Frage zu verneinen, weil der Subunternehmer selbstständig ist und deshalb auch selbst und allein verantwortlich für die Beachtung seiner Rechtspflichten. Dementsprechend muss der Auftraggeber nicht darauf achten, ob sein Auftragnehmer Steuern richtig zahlt, seine Bilanzen richtig erstellt, in seinem Betrieb Arbeitsschutzvorschriften einhält oder besondere berufsrechtliche Vorgaben einhält.

#### AUS DEN GRÜNDEN

Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme konnte der Betroffenen die Taten nicht nachgewiesen werden. ...

#### Vorwurf: Verstoß gegen § 404 I Nr. 1 SGB III

bb. Es kann von der Betroffenen weder vom bürokratischen Aufwand, noch von der Praktikabilität her verlangt werden, die einzelnen von der Fa. geschickten Arbeitskräfte über weitere „Details“ auszufragen oder nachzuforschen, ob und inwieweit z.B. andere Auftragsverhältnisse bestehen, wie sie ihre Tätigkeit abrechnen etc. ...

#### Vorwurf: Verstoß gegen § 5 II Nr. 1 AEntG

1. Ordnungswidrig handelt gern. § 5 II Nr. 1 AEntG, wer u.a. Dienstleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem er einen anderen Unternehmer beauftragt, von dem er u.a. fahrlässig nicht weiß, dass dieser bei der Erfüllung des Auftrages gegen § 1 verstößt. § 1 AEntG a.F. enthält eine Regelung bezogen auf das Baugewerbe. ...

bb. Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Betroffene nicht ein Unternehmer i.S.d. genannten Vorschrift ist, sodass eine Haftung ausscheidet. Sie war weder General- noch Subunternehmer und hatte keinen Drittauftrag auszuführen. ...

3. Die Betroffene war daher freizusprechen. ...

Fremdüberwachungspflichtig ist der Auftraggeber aus besonderen Gründen – kraft zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Überwachungspflicht. Zivilrechtlich haftet der Arbeitgeber für Fehler der Erfüllungsgehilfen des § 278 BGB und für eigenes Auswahl-, Überwachungs- und Instruktionsverschulden seiner Verrichtungsgehilfen. Öffentlich-rechtlich kann der Staat an gefahrerhöhendes Verhalten auch eine entsprechende Überwachungspflicht knüpfen. Zentraler Fall ist die Beschäftigung von Ausländern und eben die Mindestlohnvorgabe des AEntG. Und auch hier lässt sich verfassungsrechtlich fragen, ob der Auftraggeber hinreichend Anlass für seine Indienstnahme liefert. Dem Staat ist es verwehrt, Unternehmen beliebig einer Polizeipflicht für Dritte zu unterwerfen, wenn die besondere Gefahrenverantwortung fehlt. Die Durchsetzung der Rechtsordnung ist immer noch Staatsaufgabe und darf nicht ohne Sachgrund auf Private überlagert werden.

Dementsprechend ist auch dort, wo eine Verantwortung für fremdes Tun angeordnet ist, sorgsam und mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Grenzen zu prüfen, wie weit diese reicht. Das betrifft vor allem den Prüfbereich der Finanzkontrolle Schwarzarbeit nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – also den Arbeitseinsatz „illegaler“ Ausländer, in § 404 SGB III mit Bußgeld bewehrt und den Verstoß gegen Mindestlohnvorgaben, für den Auftraggeber in § 23 Abs. 2 AEntG n.F. als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet.

#### Entscheidung

Das Amtsgericht München hatte nun Gelegenheit, über die Kontrollpflichten des Auftraggebers zu entscheiden. Dem Münchner Spitzenhotel Bayerischer Hof war in einem Bußgeldbescheid (50 000 Euro) vorgeworfen worden, dass sein Hoteldienstleister scheinselfständige Ausländer ohne entsprechenden Aufenthaltstitel beschäftigt habe und dass jener keine Urlaubsentgeltzahlung vorgenommen habe.

Wesentlich an der Entscheidung sind zwei Aspekte: Erstens schraubt das Gericht die Anforderungen an die – für den Fahrlässigkeitsvorwurf entscheidende – Kontrollpflichten des Auftraggebers hoch: Dieser ist eben

nicht verpflichtet, eine quasi-polizeiliche Ermittlungstätigkeit zu Lasten seines Auftragnehmers durchzuführen, sich von diesem Einblick in die Geschäftsbücher und Lohnabrechnungen gewähren zu lassen – was im Übrigen auch mit dem Arbeitnehmerdatenschutz kaum zu vereinbaren wäre. Auch eine direkte Befragung der Beschäftigten des Subunternehmers hält das Gericht mit recht für unzumutbar.

Härtere Rechtsfragen diesseits der Zumutbarkeit stellt das Gericht mit Blick auf den Mindestlohn: Gilt der Gebäudereinigermindestlohn für Hoteldienstleister und deren „Zimmermädchen“ überhaupt? (Dazu einerseits *Rieble* DB 2009, 789, SG Schwerin vom 28.6.2010 – S 7 R 738/08 – juris für Haushaltsreinigungen „nach Hausfrauenart“; andererseits *Schiefer/Galperin* DB 2009, 1238; *Kluth* GewArch 2009, 329; SG München vom 28.1.2010 – S 30 R 271/09 – juris ohne intensive Prüfung.) Soweit dabei Fragen der Tarifzuständigkeit angesprochen sind, ist die Aussetzungspflicht nach § 97 Abs. 5 ArbGG zu beachten!

Das ominöse und vielfach angreifbare „Gutachten“ im Auftrag des Bundesverbands des Gebäudereinigerhandwerks wird sorgsam unter Verschluss gehalten, so dass nicht einmal erkennbar ist, welche Fachkompetenz der unbekanntere Gutachter hat. Hier kam für das Amtsgericht rettend hinzu, dass der Dienstleister (nur) das Urlaubsentgelt nicht bezahlt hatte und sich insoweit zusätzliche Rechtsfragen nach dem Inhalt der damaligen Mindestlohnverordnung stellten – diese nämlich enthielt keine Urlaubsregeln. Dass die Entgeltweiterzahlung in arbeitsfreien Zeiten (Urlaub, Krankheit, Annahmeverzug etc.) automatisch unter den Sanktionsstatbestand fällt, das lässt sich bezweifeln. Denn das BAG hat die Auftraggeberhaftung für arbeitsfreie Zeiten mit Lohnzahlungspflicht verneint (BAG vom 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 – BB 2006, 1008 Ls = NZA 2005, 627). Vor allem aber weist das Gericht zutreffend darauf hin, dass die Fremdvergabe an einen branchenfremden Dienstleister keine Auf-

sichts- und Überwachungspflicht auslösen kann: Schon das BAG hat die zivilrechtliche Bürgenhaftung (jetzt § 14 AEntG n.F.) dahin reduziert, dass sie nur den General- oder Hauptunternehmer trifft, der selbst unter den Mindestlohntarif fällt. Ein Chemieunternehmen, das einen Industriebau errichten lässt, haftet nicht für die baugewerblichen Mindestlöhne. Und ein Hotel dementsprechend nicht für den Zimmerservice (BAG etwa vom 28.3.2007 – 10 AZR 76/06 – NZA 2007, 613).

Auch das BVerfG hat nur mit dieser Einschränkung den erforderlichen Verantwortungsbezug gesehen (BVerfG vom 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609). Wenn aber schon die verschuldensunabhängige Bürgenhaftung des Auftraggebers teleologisch zu reduzieren ist, dann gilt dies erst recht für den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 23 Abs. 2 AEntG. Hotelliers mögen zwar Unternehmer sein; sie sind aber keine Generalunternehmer und unterfallen auch selbst nicht den Reinigungsmindestentgelten: kein Raum für sanktionenrechtliche Verantwortung.

### **Praxisfolgen**

Die Praxis kann etwas aufatmen: Es gibt noch Richter, die sich der sozialpolitischen Gesinnungsjustiz widersetzen und sorgsam arbeiten. Freilich ist eben dies die Gefahr: Dass Auftraggeber von ihren Dienstleistern die Einhaltung von Mindestlöhnen auch dann verlangen, wenn deren Geltung streitig ist – um jedes Rechtsrisiko zu vermeiden.

Doch sind nur Gerichtsentscheidungen wie diejenige des Amtsgerichts München geeignet, langsam Licht in das Dunkel der Verantwortung für fremde Unternehmen zu bringen. Dementsprechend ist der Praxis anzuraten, etwas wehrhafter zu sein und die Wahrheit vor Gericht zu suchen. Auch, weil nur so dem Verfolgungseifer der FKS Einhalt geboten werden kann.