



## Datenaustausch im Kontext des Mindestlohngesetzes

### Einleitung

Unternehmer, die sich im Wirtschaftsverkehr zur Erfüllung vertraglicher Pflichten eines Subunternehmers bedienen, begegnen verschiedenen Haftungsrisiken: Hält sich der Subunternehmer nicht an seine gesetzlichen Verpflichtungen, insbesondere hinsichtlich der Entlohnung seiner Angestellten und der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge, so droht dem Auftraggeber, selbst in Haftung genommen zu werden.

Zum Schutz vor dieser Haftung verlangen die Auftraggeber häufig die Übermittlung von personenbezogenen Daten der Mitarbeiter ihrer Subunternehmer. Dies wirft die Frage auf, inwieweit diese Mitarbeiterdaten vom Subunternehmer an den Auftraggeber übertragen und von diesem verarbeitet werden dürfen, wenn dies der Vermeidung von Haftungsrisiken dient.

### Welche Haftungsrisiken bestehen beim Einsatz von Subunternehmen?

Beim Einsatz von Subunternehmern begegnen Auftraggeber verschiedenen Haftungsrisiken: Zunächst droht ihnen die Haftung nach § 13 Mindestlohngesetz (MiLoG), wenn die Subunternehmer ihren Angestellten nicht den gesetzlichen Mindestlohn zahlen. In diesem Fall richtet sich der Mindestlohnanspruch auch gegen den Auftraggeber, der wie ein selbstschuldnerischer Bürgelhaftet. In bestimmten Branchen haften Auftraggeber darüber hinaus auch, wenn die Subunternehmer die Sozialversicherungsbeiträge für ihre Angestellten nicht gezahlt haben. Dies betrifft insbesondere die aus Sicht des Gesetzgebers besonders missbrauchsgefährlichen Branchen, sodass im Bereich der Baubranche und der fleischverarbeitenden Industrie hierfür Haftungstatbestände gem. § 28e SGB IV bzw. für den Beitrag zur Berufsgenossenschaft in Verbindung mit § 150 Abs. 3 SGB VII existieren. Zusätzlich wird derzeit überlegt, diese Regelungen auch auf die Paketbranche zu erstrecken.

Der Auftraggeber des Subunternehmers kann sich gegen Ansprüche von dessen Arbeitnehmern nach dem Mindestlohngesetz nicht mit einfachen Mitteln schützen. Die Haftung trifft ihn selbst dann, wenn er den Subunternehmer sorgfältig ausgewählt hat und diesen regelmäßig kontrolliert. Der Arbeitnehmer des Subunternehmers hat in jedem Fall den Anspruch auf den vollen Mindestlohn gegen den Auftraggeber, wenn der Subunternehmer ihm keinen entsprechenden Lohn zahlt. Der einzige wirksame Schutz für den Auftraggeber ist daher, dass der Subunternehmer seine Pflichten erfüllt.

Um die Haftungsrisiken im Bereich des Mindestlohngesetzes möglichst zu minimieren, enthalten Subunternehmerverträge daher regelmäßig verschiedene Klauseln, mit denen der Auftraggeber kontrollieren und sicherstellen möchte, dass die mindestlohngesetzlichen Pflichten durch den Subunternehmer erfüllt werden. Die Verträge sehen beispielsweise vor, dass Gehaltsabrechnungen und Listen von eingesetzten Arbeitnehmern samt Lichtbildern vorgelegt werden müssen. Letzteres ermöglicht eine Kontrolle, ob die eingesetzten mit den angegebenen Arbeitnehmern übereinstimmen. In Verbindung damit werden häufig auch Erklärungen der Arbeitnehmer des Subunternehmers eingefordert, mit denen diese bestätigen, den Mindestlohn zu erhalten bzw. erhalten zu haben.

Im Hinblick auf die so übertragenen personenbezogenen Daten der Angestellten des Subunternehmers, ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit die Datenverarbeitungen datenschutzrechtlich gerechtfertigt werden können. Dabei ist zum einen auf die Rechtmäßigkeit der Weitergabe der Daten durch den Subunternehmer und zum anderen auf die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung durch den Auftraggeber abzustellen.

### Darf der Subunternehmer die Daten seiner Mitarbeiter an den Auftraggeber weitergeben?

Die Weitergabe der Daten durch den Subunternehmer ist datenschutzrechtlich zulässig, wenn einer der gesetzlichen Erlaubnisstatbestände einschlägig ist. Insoweit kommt zunächst bereits die Spezialregelung des § 26 BDSG in Betracht, soweit die Datenverarbeitung bereits zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Jedenfalls die Weitergabe von pseudonymisierten Listen dürfte von § 26 BDSG gedeckt sein.

Problematischer ist indes, inwieweit auch die Weitergabe einer Mitarbeiterliste datenschutzrechtlich gerechtfertigt werden kann. Soweit jedoch § 26 BDSG einen Sachverhalt nicht abschließend regelt, dürfte es richtig sein, auf die weiteren Rechtfertigungstatbestände der DSGVO zurückzugreifen. In diesem Zusammenhang kommt insbesondere eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO in Frage. Der Erwägungsgrund 47 Satz 2 DSGVO sieht insoweit ausdrücklich vor, dass auch berechtigte Interessen Dritter, also hier des Auftraggebers, zur Datenweitergabe berechtigen können. Im Hinblick darauf, dass im Falle der Übermittlung von Namen und Vornamen der Arbeitnehmer gerade keine besonders sensiblen Daten der Betroffenen übermittelt werden und zudem die Datenübermittlung gerade der Durchsetzung ihrer eigenen Mindestlohnansprüche dient, ist vorliegend nicht anzunehmen, dass die Grundfreiheiten und Interes-

sen der Betroffenen die wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers überwiegen, soweit nur diese Daten beispielsweise in Form einer Mitarbeiterliste weitergegeben werden.

Sofern jedoch zusätzlich auch Lichtbilder übermittelt werden, ist genau zu überprüfen, ob dies ausnahmsweise zur Identifizierung der Mitarbeiter bei der Durchführung von Vor-Ort-Kontrollen gerechtfertigt werden kann. Eine Weitergabe von Lichtbildern auf Basis von Einwilligungen der Mitarbeiter wird unterdessen regelmäßig mit Schwierigkeiten behaftet sein, da die Mitarbeiter die Einwilligung frei verweigern oder jederzeit widerrufen können und das Absicherungsinteresse des Auftraggebers damit unterlaufen würde.

### **Darf der Auftraggeber die für ihn fremden Daten der Mitarbeiter des Subunternehmers verarbeiten?**

Neben der Weitergabe durch den Subunternehmer muss auch die eigentliche Verarbeitung durch den Auftraggeber datenschutzrechtlich zulässig sein. Hier kann regelmäßig auf Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO abgestellt werden, wonach der Auftraggeber die personenbezogenen Daten der eingesetzten Mitarbeiter verarbeiten darf, soweit dies von seinen berechtigten Interessen gedeckt ist.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Grundsatz der Erforderlichkeit zu berücksichtigen. Nicht von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO gedeckt wäre daher etwa die Verarbeitung von nicht anonymisierten bzw. zumindest teilweise geschwärzten Gehaltsabrechnungen, da diese regelmäßig beispielsweise Rückschlüsse auf die Konfession bzw. Religion des Angestellten oder auf dessen Familienstand zulassen und damit teilweise sogar besonders geschützte Datenkategorien im Sinne von Art. 9 DSGVO umfassen, für die keinerlei berechtigtes Interesse ersichtlich ist. Diese Daten sind zur Kontrolle der Zahlung des Mindestlohnes gerade nicht erforderlich.

Unproblematisch zulässig ist hingegen die Verarbeitung von anonymisierten oder pseudonymisierten Listen, aus denen sich ergibt, wie viele Arbeitsstunden zu welchem Entgelt durch die eingesetzten Personen geleistet wurden. Insoweit ist beispielsweise die stichprobenartige Kontrolle von geschwärzten Verdienstbescheinigungen datenschutzrechtlich zulässig, soweit diese keinen Personenbezug mehr enthalten. Ebenso unproblematisch ist die Verarbeitung einer pseudonymisierten Aufstellung darüber, welches Personal überhaupt eingesetzt wurde (freie Mitarbeiter, Auszubildende, Praktikanten oder andere). Die Verarbeitung derartig anonymisierter oder pseudonymisierter Daten ist durch die berechtigten wirtschaftlichen Interessen zur Vermeidung der Haftung des Auftraggebers gedeckt.

Teilweise verwenden Auftraggeber Klauseln, die den Subunternehmer verpflichten, von seinen Angestellten Erklärungen einzuholen, mit denen diese bestätigen, den Mindestlohn zu erhalten. Diese Klauseln dürften jedenfalls dann datenschutzkonform sein, wenn sich die Erklärungen der Arbeitnehmer abstrakt auf die für den Mindestlohn relevanten Gesichtspunkte der geleisteten Arbeitsstunden und des Entgelts beschränken. Auch insofern ergeben die wirtschaftlichen Interessen der Haftungsvermeidung einen Rechtfertigungsgrund gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO.

Darüber hinaus dürfte es datenschutzrechtlich zu rechtfertigen sein, eine Auflistung sämtlicher Personen mit Namen und Vornamen von durch den Subunternehmer eingesetzten Personen zu verlangen, wenn diese beispielsweise in Verbindung mit der

Übersendung von Lichtbildern dazu dient, dem Auftraggeber Vor-Ort-Kontrollen zu ermöglichen, um sicherzustellen, dass nur solche Mitarbeiter des Subunternehmers auf der Baustelle tätig sind, die auch die vorgenannte beschriebene Erklärung zum Erhalt des Mindestlohns unterzeichnet haben.

Werden darüber hinaus weitere Daten, wie beispielsweise die konkrete Krankenkasse des eingesetzten Mitarbeiters, durch den Auftraggeber abgefragt, so ist dies datenschutzrechtlich kritisch zu beurteilen und kann allenfalls im Einzelfall durch besondere Umstände gerechtfertigt sein.

### **Was ist noch zu beachten?**

Die früher unter dem alten BDSG und der Datenschutzrichtlinie geltenden Informationspflichten gegenüber den Betroffenen waren deutlich weniger weitgehend als die entsprechenden Vorgaben der DSGVO. Soweit die Subunternehmerverträge überhaupt Klauseln zur Benachrichtigung der Betroffenen enthalten, dürften diese häufig nicht den gesamten Pflichtenkatalog nach der DSGVO umfassen. Bei allen vorgenannten Klauseln ist daher besonders darauf zu achten, dass soweit personenbezogene Daten durch den Auftraggeber verarbeitet werden, Betroffene grundsätzlich über diese Verarbeitung nach Art. 13, 14 DSGVO zu informieren sind. Um hier zusätzlichen Dokumentationsaufwand für den Auftraggeber zu vermeiden, bietet sich eine Klausel im Subunternehmervertrag an, mit der die Verpflichtung zur Information der Betroffenen auf den Subunternehmer übertragen wird, dem der Auftraggeber dann nur die entsprechenden Informationen zur Verfügung zu stellen hat.

Zulässiger Datenaustausch zur Vermeidung von Haftung für Sozialversicherungsbeiträge?

Neben der beschriebenen Haftung für Verstöße gegen das Mindestlohnsgesetz droht Auftraggebern in bestimmten Branchen auch eine Haftung für Sozialversicherungsbeiträge der Mitarbeiter des Subunternehmers.

Subunternehmerverträge sehen teilweise vor, dass die Subunternehmer verpflichtet werden, umfassende Informationen hinsichtlich der Sozialversicherung ihrer Arbeitnehmer mitzuteilen und bspw. Auflistungen darüber, bei welcher Krankenversicherung der Arbeitnehmer versichert ist, an den Auftraggeber zu übermitteln sind.

Dies ist datenschutzrechtlich ohne Einwilligung der Arbeitnehmer jedoch nur möglich, wenn die Datenverarbeitung zum Zweck der Vermeidung des Haftungsrisikos für Sozialversicherungsbeiträge „erforderlich“ ist, was sowohl dem Grundsatz der Datenminimierung entspricht als auch als Tatbestandsmerkmal in den datenschutzrechtlichen Rechtfertigungsgründen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO normiert ist, soweit keine Einwilligung vorliegt.

Insofern ist zu berücksichtigen, dass die Haftung des Auftraggebers nach § 28e SGB IV bereits dann entfällt, wenn der Subunternehmer über eine Präqualifikation verfügt oder Unbedenklichkeitsbescheinigungen der zuständigen Einzugsstelle vorlegt. Diese Bescheinigungen enthalten anonymisierte Angaben über die Zahl der bei der jeweiligen Krankenversicherung versicherten Personen. Liegen diese Dokumente auf aktuellem Stand vor und ist die Zahl der dort aufgeführten Personen für die Arbeiten auf der Baustelle ausreichend, so entfällt die Haftung nach § 28e SGB IV.

Vor diesem Hintergrund gibt es, anders als im Falle des Mindestlohngesetzes, für den Fall der Sozialversicherungsbeiträge gerade keine „berechtigten Interessen“ des Auftraggebers an der Verarbeitung von personenbezogenen Daten der Mitarbeiter des Subunternehmers.

### **Zusammenfassung**

Wie dargestellt gibt es verschiedene Möglichkeiten, um die Haftung des Auftraggebers für seine Subunternehmer datenschutzkonform zu reduzieren und - insbesondere im Bereich des Sozialversicherungsrecht – sogar auszuschließen. Im Bereich des Mindestlohngesetzes bieten sich zur Kontrolle des Subunternehmers insofern Klauseln an, mit denen der Auftraggeber das Recht zur Einsichtnahme in geschwärzte Gehaltsabrechnungen erhält. Zusätzlich können weitere Vereinbarungen geschlossen werden, nach denen der Subunternehmer seine Angestellten dazu anhält, den Erhalt des Mindestlohn zu bestätigen. Auch kann der Subunternehmer verpflichtet werden, dem Auftraggeber eine Liste der eingesetzten Personen zu übermitteln, mit dessen Hilfe dieser abgleichen kann, dass die Erklärungen auch von denjenigen Personen stammen, die auch im Rahmen des jeweiligen Vertrages eingesetzt werden. Weitergehende Verpflichtungen sind im Regelfall nur in Einzelfällen datenschutzrechtlich zulässig. Zusätzlich ist darauf zu achten, dass die jeweiligen gesetzlichen Informationspflichten gemäß Art. 13, 14 DSGVO durch einen der Beteiligten umgesetzt werden.

Malte Stakowski



#### **Kontakt:**

BRANDI Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB  
Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld

**Malte Stakowski**  
Rechtsanwalt

T +49 521 96535 - 882  
F +49 521 96535 - 115  
M [malte.stakowski@brandi.net](mailto:malte.stakowski@brandi.net)  
[www.brandi.net](http://www.brandi.net)