



Rechtsrätsel des Monats September

Der Kläger führte an einer Baustelle Arbeiten aus. Der Beklagte führte an dieser Baustelle Rohbauarbeiten aus und hatte einen Kran erstellt. Der Kläger beauftragte den Beklagten nun mit der Zurverfügungstellung des Krans, einschließlich Kranführer, damit der Kläger von ihm benötigte Materialien in die Baustelle transportieren kann. Bei Durchführung dieser Arbeiten hatte der Kranführer eine Fehlbedienung des Krans vorgenommen, mit der Folge, dass das Ladegut des Klägers herab fiel und hierbei ein Glasdach beschädigte. Der Bauherr selbst nahm den Kläger in Anspruch, der den Schaden auch ausglich und bei der Rohbaufirma nunmehr als Beklagter Rückgriff nehmen wollte. Der Kläger führte aus, es läge ein Verschulden des Kranführers vor. Der Kranführer wiederum sei Mitarbeiter des Beklagten. Der Beklagte sei wiederum gegenüber dem Kläger verpflichtet gewesen, einen ordnungsgemäßen Transport der Baumaterialien auszuführen. Der Kranführer sei insoweit Erfüllungsgehilfe des Beklagten und der Beklagte würde für den Schaden haften.

Frage: Steht dem Kläger ein Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte zu?

Die **Lösung** hierzu finden Sie auf unserer Website unter <http://www.raetsel.heinicke.com>.

Aufsatz

Die Haftung des Bauunternehmers für Lohnforderungen, Sozialversicherungsbeiträge, Berufsgenossenschaftsbeiträge und Insolvenzgeldumlage der Arbeitnehmer seines Subunternehmers.

*Aufsatz von Rechtsanwalt **Wolfgang Heinicke**
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

Hinlänglich unbekannt sind die Haftungsrisiken eines Bauunternehmers bei Beauftragung eines Subunternehmers, falls dieser aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, seine Arbeitnehmer zu bezahlen, bzw. die Lohnnebenkosten abzuführen. Tatsache ist aber, dass der Entleiher für eine Vielzahl von Zahlungsverpflichtungen seines Subunternehmers gegenüber dessen Arbeitnehmer bzw. den Leistungsempfängern der Lohnnebenkosten haftet.

1. Haftung für den Mindestlohn

Nach dem Arbeitnehmerentendegesetz und den allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen haftet ein Arbeitgeber gegenüber seinem Arbeitnehmer auf Zahlung eines Mindestlohns. Ist der Subunternehmer selbst nicht mehr in der Lage, diesen Mindestlohn auszubezahlen, so haftet nach § 14 des Arbeitnehmerentendegesetzes der Hauptunternehmer für diesen Mindest-

lohn. Dies gilt sowohl bei der Beauftragung von Nachunternehmern, als auch bei der Beauftragung von Arbeitnehmerüberlassungsfirmen, d. h. Leiharbeitsfirmen. Die Haftung bezieht sich aus dieser Vorschrift auf sämtliche Verpflichtungen dieses Unternehmens, eines Nachunternehmers oder eines von dem Unternehmer oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleihers, bezüglich der Zahlung des Mindestentgelts zum einen und zum anderen auch auf die Zahlung von Beiträgen an gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, so z. B. für die ZVK.

Der Unternehmer hat hier keine Möglichkeit, dieser Haftung zu entgehen. Denn diese Haftung ist verschuldensunabhängig und es gibt keine Entlastungsmöglichkeit, d. h. der Unternehmer kann sich nicht exkulpieren.

2. Haftung für Beiträge zur Sozialversicherung

Im Baugewerbe haftet der Hauptauftragnehmer auch dann, wenn der Subunternehmer seiner Sozialversicherungsabführungspflicht nicht nachkommt.

Diese Haftung ergibt sich aus § 28 e Nr. 3 a SGB IV. Hiernach haftet ein Unternehmer des Baugewerbes, welches einen Subunternehmer beauftragt, für die Erfüllung der Zahlungspflicht des Subunternehmers oder auch einer Leiharbeitsfirma, wie ein selbstschuldnerisch haftender Bürge für nicht abgeführte Sozialabgaben. Führt der Subunternehmer seine Sozialversicherung demnach nicht ab, so haftet hierfür grundsätzlich der Hauptauftragnehmer, d. h. der Auftraggeber des Subunternehmers.

Diese Haftung gilt jedoch nur dann, wenn die Summe aller in Auftrag gegebenen Bauleistungen (d. h. nicht nur die Summe des Auftrags an den Hauptauftragnehmer oder den Subunternehmer, sondern die Summe aller Bauleistungen an der Baustelle) einen Schwellenwert von 250.000,00 € (bis zum 30.09.2009: 500.000,00 €) übersteigt.

Insoweit besteht allerdings für den Hauptunternehmer die Möglichkeit, sich zu entlasten, d. h. zu exkulpieren. Denn gemäß § 28 e Abs. 3 b SGB IV entfällt diese Haftung, wenn der Unternehmer nachweist, dass er ohne eigenes Verschulden davon ausgehen konnte, dass der Nachunternehmer oder ein von ihm beauftragter Verleiher seine Zahlungspflicht erfüllt.

Die Anforderungen an diese Exkulpation sind jedoch relativ hoch und kann praktisch nur dadurch erfüllt werden, dass der Auftraggeber sich eine aktuelle Unbedenklichkeitsbescheinigung der Sozialversicherung übergeben lässt, welche für den Subunternehmer zuständig ist. Nur damit könnte sich der Auftraggeber selbst exkulpieren. Allein die Erklärung des Subunternehmers, er habe seine Sozialversicherungsbeiträge



regelmäßig und ordnungsgemäß abgeführt, wird für diese Exkulpation nicht ausreichend.

Zu der Exkulpationsmöglichkeit wurde zum 01.10.2009 eine Neuregelung des § 28 e Abs. 3 a ff SGB IV eingeführt. Nach dieser Vorschrift gibt es eine so genannte Präqualifizierung. Eine Präqualifizierung besagt nichts anderes, als dass ein Subunternehmer sich eine Präqualifizierungsbescheinigung durch den Sozialversicherungsträger besorgen kann, der als allgemeiner Unbedenklichkeitsnachweis bezüglich der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge angesehen wird, ähnlich wie die Freistellungsbescheinigung des Finanzamts.

3. Haftung für Beiträge zur Berufsgenossenschaft

Die gleiche Haftung trifft den Hauptauftragnehmer und damit den Auftraggeber des Subunternehmers auch für die Beiträge zur Berufsgenossenschaft. Diese Haftung ergibt sich aus § 150 Abs. 3 SGB VII. Diese Vorschrift verweist für die Beitragshaftung wiederum auf § 28 e Abs. 3 a SGB IV, welcher im Rahmen der Sozialversicherungsbeitragspflicht vorstehend bereits behandelt wurde.

Achtung: Die Exkulpationsmöglichkeit, d. h. die Möglichkeit, sich bezüglich des Verschuldens zu entlasten, besteht für die Beiträge zur Berufsgenossenschaft nicht (Landesozialgericht Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26.01.2007, Aktenzeichen L 4 U 57/06). Denn auf die Vorschrift des § 28 e Abs. 3 b SGB IV wird gerade nicht verwiesen, so dass bei den Berufsgenossenschaftsbeiträgen offensichtlich der Entlastungsbeweis nicht vorgesehen sein sollte. Die Haftung ist daher verschuldensunabhängig.

4. Haftung für nicht abgeführte Lohnsteuer

Eine Haftung kann sich auch für nicht abgeführte Lohnsteuer nach § 42 d EStG ergeben. In Absatz 6 ist vorgesehen, dass diese Haftung allerdings nur dann besteht, wenn es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt, d. h. ein Entleihen von Arbeitnehmern von einer Leiharbeitsfirma und unter der Voraussetzung, dass den Entleiher ein Verschulden trifft.

Diese Haftung ist sehr stark eingeschränkt. Hier muss der Entleiher lediglich seinen Verpflichtungen nachkommen, die sich aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ergeben, um der Haftung zu entgehen.

5. Zusammenfassung und Lösungen

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Haftung massiv sein kann. Eine Haftung besteht allerdings immer nur im Rahmen des Subunternehmerverhältnisses, was bedeutet, dass der Hauptauftragnehmer nicht für sämtliche Sozialversicherungsverpflichtungen haftet, son-

dern nur für die, die für die Tätigkeit im Rahmen des erteilten Subunternehmerauftrags entstanden sind.

Gleichwohl kann diese Haftung relevant werden und erhebliche Beträge erreichen, insbesondere in den Fällen, in denen der Subunternehmer insolvent wird.

Der Auftraggeber kann sich nur dadurch schützen, dass er sich entsprechende Unbedenklichkeitsbescheinigungen vorlegen lässt, nämlich

- Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag bzw. einer anderen entsprechenden Stelle,
- Unbedenklichkeitsnachweise der ZVK und eine
- Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft.

Eines der juristischen Probleme besteht darin, dass vom Gesetz völlig ungeklärt ist, welche Rechte dem Auftraggeber zustehen, wenn derartige Nachweise nicht geführt werden und eine vertragliche Pflicht zu Vorlage nicht vereinbart wurde. Da eine gesetzliche Verpflichtung zur entsprechenden Vorlage nicht besteht, dürfte ein Zurückbehaltungsrecht insoweit dem Auftraggeber nicht weiterhelfen, da ein solches nicht bestehen wird.

Tipp:

Die Pflicht zur Vorlage dieser Unbedenklichkeitsbescheinigungen sollte vertraglich vereinbart werden. Diese sollte sich zum einen auf die Zeit bei Arbeitsbeginn (wegen bereits während der Bauphase zu leistender Abschlagszahlungen) und zum anderen auf die Zeit bei Arbeitsende beziehen.

Zweckmäßig ist es auch zu vereinbaren, dass sich der Subunternehmer verpflichtet, mit seiner Schlussrechnung entsprechende Erklärungen der eingesetzten Arbeitnehmer vorzulegen, dass zumindest der Mindestlohn nach dem einschlägigen Tarifvertrag bezahlt wurde.

Zur Sicherung dieser Ansprüche ist zu empfehlen, im Vertrag eine ausdrückliche Regelung einzufügen, dass bis zur Vorlage sämtlicher oben genannter Erklärungen der Hauptunternehmer berechtigt ist, von jeder Zahlung einen Einbehalt in bestimmter Höhe vorzunehmen, beispielsweise in Höhe von 10 %. Dieser Satz dürfte angemessen sein, evtl. auch noch ein Satz von 15 %. Wenn der Satz von 15 % überschritten wird, könnte die Klausel in sich unwirksam sein, weil der Einbehalt zu hoch ist. Es ist daher zu empfehlen, keinen Satz über 15 % anzusetzen.



Urteile

Mahnung Voraussetzung als Zahlungsverzug bei Vereinbarung der VOB/B?

BGH Urteil vom 20.08.2009, VII ZR 212/07

Der Auftragnehmer nimmt den Auftraggeber auf Zahlung von Restwerklohn in Anspruch. Er macht gegen den Auftraggeber neben dem Werklohn Zinsen geltend und zwar zunächst Fälligkeitszinsen nach § 641 Abs. 4 BGB, zum anderen Verzugszinsen mit Ablauf von 1 Monat nach Fälligkeit der Forderung. Der Auftraggeber ist der Auffassung, er schulde diese Zinsen nicht. Die VOB/B sei vereinbart. Aus § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B ergebe sich, dass eine Verzinsung erst gefordert werden könne, wenn Verzug eingetreten sei.

Der BGH teilt in seiner Entscheidung diese Auffassung nicht. Der BGH prüfte zunächst, ob die VOB insgesamt vereinbart war. Wäre dies der Fall, so wäre die Klausel nach Auffassung des BGH wirksam. Die VOB war aber nicht insgesamt vereinbart, was schon dann nicht der Fall ist, wenn auch nur geringfügig von den Regelungen der VOB/B abgewichen wird.

Im Hinblick darauf, dass die VOB/B nicht insgesamt wirksam vereinbart war, hatte der BGH § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B nach den Grundsätzen der gesetzlichen Vorschrift über die allgemeinen Geschäftsbedingungen geprüft und für unwirksam erklärt. Denn hier werde vom gesetzlichen Leitbild massiv abgewichen. Nach dem gesetzlichen Leitbild ergebe sich, dass – wie im allgemeinen unbekannt ist – der Werkunternehmer ab Fälligkeit der Forderung – nicht erst ab Verzugsseintritt – bereits Zinsen verlangen könne, und zwar den gesetzlichen Zinssatz. Dies ergibt sich aus § 641 Abs. 4 BGB. Ferner ergebe sich aus dem Gesetz, dass Verzugsseintritt dann, wenn kein Verbraucher an dem Geschäft beteiligt ist, ohne weitere Mahnung spätestens 1 Monat ab Fälligkeit eintritt.

Berücksichtigt man nun, dass nach der VOB/B eine Prüfungsfrist für die Schlussrechnung von 2 Monaten besteht, so ergibt sich bezüglich der Zinsen folgende Konsequenz:

Fälligkeitszinsen können verlangt werden mit Ablauf der zweimonatigen Prüfungsfrist. Auch wenn der Schlussrechnungsbetrag nicht oder erst viel später gemahnt wird, können Verzugszinsen dann in Höhe von 8 % über dem Basiszins verlangt werden, mit Ablauf von 1 Monat nach Ablauf der Prüfungsfrist, d. h. insgesamt, einschließlich der Prüfungsfrist, 3 Monate nach Eintritt der Fälligkeit der Werklohnforderung. Im Hinblick auf die Höhe des Verzugszinses führt dies zu erheblichen Beträgen.

Die Teilkündigung im VOB-Vertrag

BGH Urteil vom 20.08.2009, Aktenzeichen VII ZR 212/07

Zwischen den Parteien war ein Bauvertrag geschlossen worden. Die VOB/B wurde für anwendbar erklärt. Die Leistungen bezogen sich auf die Anbringung eines Wärmedämmverbundsystems, und zwar über drei Bauabschnitte. Da der Auftragnehmer mit der Leistung in den Bauabschnitten 2 und 3 in Verzug war, sprach der Auftraggeber eine Teilkündigung aus. Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob diese Teilkündigung wirksam ist.

Der BGH war der Auffassung, dass die Teilkündigung nicht wirksam ist. Denn nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B ist eine Teilkündigung nur zulässig für in sich abgeschlossene Teilleistungen. Selbst bei mehreren Bauabschnitten könne man von einer in sich abgeschlossenen Teilleistung nicht ausgehen. Voraussetzung ist regelmäßig eine Selbstständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglicht. Wenn die Leistungen zeitlich und räumlich getrennt sind, kann sich etwas anderes ergeben. Sollen die Arbeiten aber in unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Abfolge durchgeführt werden, liegen in sich abgeschlossene Teilleistungen nicht vor.

Anwendbarkeit von Kaufrecht auf vom Auftragnehmer hergestellte und gelieferte Bauteile

BGH Urteil vom 23.07.2009, Aktenzeichen VII ZR 151/08

Die Klägerin beauftragte die Beklagte mit der Herstellung und Lieferung von Bauteilen für eine Siloanlage, einschließlich einer prüfbaren Statik. Die Beklagte nahm die Herstellung vor und lieferte aus. Die gelieferten Teile waren mangelbehaftet und die Klägerin machte Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte geltend, nachdem sie eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hatte. Die Beklagte wandte ein, es handle sich vorliegend um einen reinen Kaufvertrag, auf den die Regelungen des Handelskaufs anwendbar seien. Da auch die Klägerin Kaufmann sei, obliege ihr eine unverzügliche Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB. Da sie dieser nicht nachgekommen sei, seien Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen.

Die Klage wurde vom BGH abgewiesen. Der BGH war der Auffassung, dass die Herstellung und Lieferung von an dem Bau verwendeten Bauteilen eindeutig dem Kaufvertragsrecht unterliegt.

Wichtig:

In diesen Fällen obliegt dem Besteller eine unverzügliche Untersuchungs- und Rügepflicht. Unverzüglich be-



deutet dabei, dass tatsächlich sofort eine Untersuchung und auch sofort, innerhalb von 1, 2 Tagen, eine Rüge der Mangelhaftigkeit ausgebracht werden muss. Hier besteht jedoch die Möglichkeit, in den Einkaufsbedingungen entsprechende Vereinbarungen zu treffen, die allerdings der Überprüfung durch die Regelungen über allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegt.

Nach der Rechtsprechung ist die Vereinbarung von Rügefristen bis zu 2 Wochen bei offenen Mängeln und ab

Entdeckung noch wirksam. Der Ausschluss der Rügepflicht in Einkaufsbedingungen für offenkundige Mängel ist jedoch unwirksam.

Durch eine Individualvereinbarung kann die Rügepflicht sogar vollständig aufgehoben werden. Die Anforderungen an eine Individualvereinbarung sind allerdings streng.