



UNTERNEHMER-INFO BAU

Arbeitsrecht

32 / 2020
Dezember 2020

„Die Haftung des Bauunternehmers für den Nachunternehmer“

Der Gesetzgeber hat in den vergangenen Jahren eine Vielzahl von Haftungsregelungen für Arbeitgeber eingeführt. Diese Vorschriften sind auch im Baugewerbe relevant. Der Bauunternehmer, der einen anderen Unternehmer mit einer Bauleistung beauftragt, kann aufgrund dieser gesetzlichen Bestimmungen für Beiträge zur Sozialversicherung, Unfallversicherung, SOKA-BAU sowie auf Zahlung des (tariflichen/gesetzlichen) Mindestlohnes bzw. der vereinbarten Vergütung in Anspruch genommen werden. Der vorliegende Beitrag zeigt im Folgenden die wesentlichen Haftungsvoraussetzungen, den Haftungsumfang sowie die entsprechenden Einschränkungsmöglichkeiten der Haftung auf.

Inhalt

A. Haftung für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag

B. Haftung für den Beitrag zur Unfallversicherung

C. Haftung für das Mindestentgelt und Urlaubskassenbeitrag

D. Haftung für die vereinbarte Vergütung

A. Haftung für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag

Nach § 28e Abs. 3a SGB IV haftet ein Unternehmer des Baugewerbes für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, den der von ihm eingesetzte Nachunternehmer für die bei ihm während der Ausführung des Werkvertrages beschäftigten Arbeitnehmer abzuführen hat. Und zwar wie ein selbstschuldnerischer Bürge. Diese verschuldensabhängige haftungsrechtliche Vorschrift ist mit Wirkung vom 1. August 2002 durch das „Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit“ in Kraft getreten. Grund für diese Generalunternehmerhaftung war seinerzeit, dass der vielfältige Einsatz von Nachunternehmern in der Baubranche die Überprüfung durch die Behörden erschwert hatte.

1. Haftungsvoraussetzungen

Nach § 28e Abs. 3a SGB IV haftet ein Unternehmer des Baugewerbes für die Zahlungsverpflichtung eines von ihm eingesetzten Nachunternehmers hinsichtlich des Gesamtsozialversicherungsbeitrages, d.h. für alle Sozialversicherungsbeiträge mit Ausnahme der Beiträge für die Unfallversicherung. Über § 150 Abs. 3 SGB VII finden die § 28e Abs. 3a-f SGB IV jedoch auch für die Beitragshaftung in der gesetzlichen Unfallversicherung Anwendung (vgl. dazu Ausführungen unter B.). Für eine entsprechende Haftung muss ein Unternehmer des Baugewerbes einen Nachunternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen im Sinne des § 101 Abs. 2 SGB III beauftragt haben. Nach § 101 Abs. 2 SGB III sind Bauleistungen alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen. Bauleistungen sind nicht nur die Arbeiten, durch die das Bauwerk selbst oder notwendig zu dem Bauwerk gehörende Teile errichtet werden. Es genügt vielmehr, dass die Arbeiten der Herstellung usw. eines Bauwerks dienen (vgl. Gagel/Bieback, 78. EL Mai 2020, SGB III, § 101 Rn. 32). Bauleistungen sind nach der Rechtsprechung alle Arbeiten am Bauwerk, d.h. am erdverbundenen Bau (vgl. Gagel/Bieback, 78. EL Mai 2020, SGB III, § 101, Rn. 33). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Begriff der Bauleistung umfassend zu verstehen (vgl. Gagel/Bieback, 78. EL Mai 2020, SGB III, § 101 Rn. 34). Zu den Bauleistungen gehören alle Arbeiten, die herkömmlich vom Baugewerbe verrichtet werden und die „zur bestimmungsgemäßen Nutzung eines Bauwerks erforderlich sind“ (vgl. Gagel/Bieback, 78. EL Mai 2020, SGB III, § 101 Rn. 34). Die Haftungsregelung gilt

also auch, wenn ein Bauunternehmen bei einem Nachunternehmer Leistungen des Gerüstbaugewerbes, des Dachdeckerhandwerks, des Maler- und Lackierhandwerks, des Garten- und Landschaftsbaues, des Sanitärhandwerks oder anderer Ausbaugewerke im Rahmen eines Werkvertrages in Auftrag gibt (vgl. Gagel, in: SGB III, § 101 Rdn. 30, Dezember 2017). Die gesetzliche Haftungsregelung stellt damit allein darauf ab, ob der Hauptunternehmer den Nachunternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt hat.

Die Unternehmerhaftung gilt seit 01. Oktober 2009 ab einem **geschätzten Gesamtwert aller für ein Bauwerk in Auftrag gegebenen Bauleistungen in Höhe von 275.000 €** (früher: 500.000 €). Für das Erreichen bzw. Unterschreiten dieser Bagatellgrenze ist nicht das einzelne Auftragsvolumen, sondern der Gesamtwert aller für ein Bauwerk in Auftrag gegebenen Nachunternehmerleistungen maßgeblich. Die Haftung greift damit erst ab einer bestimmten Größe des Bauwerks, für das der Auftrag erteilt wurde, ein. Für die Schätzung gilt § 3 der Vergabeverordnung. Aufgrund der Regelung des § 116 a SGB IV bleibt es bei einem Wert von 500.000 € wenn der Unternehmer mit der Erbringung der Bauleistungen vor dem 1.10.2009 beauftragt worden ist (vgl. BeckOK SozR/Wagner, 58. Ed. 1.9.2020, SGB IV, § 28e Rn. 15a).

In seinem Urteil vom 26. Oktober 2017 – B 2 U 1/15 R – hat das Bundessozialgericht betont, dass sich der Gesamtwert aller für ein Bauwerk in Auftrag gegebenen Bauleistungen nach dem Wert der in ihrer Gesamtheit auf ein Bauwerk bezogenen Aufträge bestimmt, die der in Anspruch genommene Bauunternehmer an Nachunternehmer vergeben hat. Für die Bestimmung des die Haftung auslösenden Gesamtwerts aller auf ein Bauwerk bezogenen Aufträge in Höhe von 275.000 € sei im Falle der **Beauftragung eines Generalunternehmers** („Bauträger“) der Vertrag zwischen Bauherr und Generalunternehmer maßgebend. Ebenso sei im Falle der **Beauftragung eines einzelnen Nachunternehmers** bezogen auf die Erstellung eines einzelnen Bauwerks ausnahmsweise dieser Wert identisch mit der Auftragssumme zwischen Hauptunternehmer und Nachunternehmer. Allerdings nur sofern der Generalunternehmer nicht selbst Bauleistungen im Rahmen dieses Auftrages erbringt. Werden **mehrere Bauunternehmer parallel als Hauptunternehmer** tätig, weil der Bauherr die Gewerke einzeln vergibt und keinen Generalunternehmer einschaltet, sei auf den Wert der in ihrer Ge-

samtheit auf ein Bauwerk bezogenen Aufträge des auf Haftung in Anspruch genommenen Bau-(Haupt-)unternehmens an Nachunternehmer abzustellen.

2. Haftungsumfang

Die Haftung umfasst die Beiträge des Nachunternehmers zur gesetzlichen Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung (§ 28d SGB IV). Zudem erfasst die Vorschrift die auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag entfallenden Säumniszuschlag sowie bei Stundung von Ansprüchen die grundsätzlich zu erhebenden Zinsen (§ 28e Abs. 4 SGB IV). Zahlt ein Nachunternehmer seine Sozialversicherungsbeiträge nicht und stellt die Krankenkasse als Einzugsstelle für den Sozialversicherungsbeitrag oder die Rentenversicherung im Rahmen einer Betriebsprüfung fest, dass der Betrieb als Nachunternehmer für einen Baubetrieb mit der Erbringung von Bauleistungen beschäftigt war, droht dem Hauptunternehmer damit die Gefahr, auf Zahlung in Anspruch genommen zu werden.

Wurden bei einer illegalen Beschäftigung Beiträge und Steuern nicht gezahlt, gilt der Nettolohn als vereinbart, d.h., es sind nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV die darauf entfallenden Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung hinzuzurechnen. Unter welchen Voraussetzungen ein „illegales Beschäftigungsverhältnis“ vorliegt, hat der Gesetzgeber nicht ausdrücklich festgelegt. Werden jedoch objektiv zentrale arbeitgeberbezogene Pflichten des Sozialversicherungsrechts (Zahlungs-, Melde-, Aufzeichnungs-, Nachweispflichten) verletzt ist nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ein Beschäftigungsverhältnis „illegal“ im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV. Die sozialgerichtliche Rechtsprechung hat es bislang jedoch offen gelassen, ob § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV voraussetzt, dass Steuern und Beiträge kumulativ und vollständig nicht gezahlt wurden oder ob die Nichtzahlung von Beiträgen auf einzelne Entgelte bzw. Entgeltbestandteile oder zu einzelnen Versicherungszweigen ausreichen kann (vgl. Kasseler Kommentar/Ziegler, 110. EL Juli 2020, SGB IV, § 14 Rn. 149-153).

3. Erweiterung der Haftung

Eine weitergehende Haftung für die Sozialversicherungsbeiträge nicht nur des direkt beauftragten Nachunternehmers, sondern auch der weiteren Nachunternehmer in einer sogenannten Nachunternehmerkette sieht das Gesetz in § 28e Abs. 3e SGB IV dann vor, wenn ein sog. Strohmännchen als Nachunternehmer mit dem Ziel eingesetzt wurde, gerade die Haftung für die Sozialversicherungsbeiträge zu umgehen.

Diese erweiterte Haftung für die Nachunternehmerkette kommt nach dem Gesetz dann zur Anwendung, wenn bei „verständiger Würdigung der Gesamtumstände“ die Beauftragung des unmittelbaren Nachunternehmers als ein Rechtsgeschäft anzusehen ist, dessen Ziel vor allem die Auflösung der Haftung nach § 28e Abs. 3a SGB IV ist. Ein Rechtsgeschäft im Sinne der Vorschrift ist in der Regel dann als Umgehungstatbestand anzusehen, wenn

- der unmittelbare Nachunternehmer weder selbst eigene Bauleistungen noch planerische oder kaufmännische Leistungen erbringt,
- der unmittelbare Nachunternehmer weder technisches noch planerisches oder kaufmännisches Fachpersonal in nennenswertem Umfang beschäftigt oder
- der unmittelbare Nachunternehmer in einem gesellschaftsrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Hauptunternehmer steht.

4. Nachrangige Haftung

Der Hauptunternehmer ist jedoch nur zweitrangiger Schuldner der Sozialversicherungsbeiträge des von ihm eingesetzten Nachunternehmers, da durch die gesetzliche Regelung nur eine subsidiäre Haftung begründet wird. Der Hauptunternehmer kann daher die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge des von ihm beauftragten Nachunternehmers so lange verweigern, wie die Einzugsstelle für die Sozialversicherungsbeiträge den Nachunternehmer nicht gemahnt hat und die Mahnfrist noch nicht abgelaufen ist (§ 28e Abs. 2 Satz 2 SGB IV). Ist die Mahnfrist jedoch abgelaufen, ohne dass der Nachunternehmer die Sozialversicherungsbeiträge für seine Arbeitnehmer gezahlt hat, muss der Hauptunternehmer damit rechnen, von der Einzugsstelle in Anspruch genommen zu werden.

5. Verschuldensabhängigkeit/Exkulpation

Nach § 28e Abs. 3b SGB IV entfällt die Haftung, wenn der Un-

ternehmer nachweist, dass er ohne eigenes Verschulden davon ausgehen konnte, dass der Nachunternehmer seine Zahlungspflicht erfüllt. Ein Verschulden des Unternehmers ist somit ausgeschlossen, soweit und solange er Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers durch eine Präqualifikation nachweist. Aus § 28e Abs. 2f Satz 1 SGB IV und der Begründung der Norm (BT-Drs. 16/12596, S. 10) ergibt sich zudem, dass neben der Präqualifikation bis auf weiteres noch sog. Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Einzugsstelle als zweite Entlastungsmöglichkeit zugelassen werden. Andere Entlastungsmöglichkeiten sollen im Interesse der Rechtssicherheit und zur Bekämpfung der Schwarzarbeit ausgeschlossen sein.

· Unbedenklichkeitsbescheinigung

Der Unternehmer kann den Nachweis nach § 28e Absatz 3b Satz 2 SGB IV anstelle der unten näher erläuterten Präqualifikation **auch für den Zeitraum des Auftragsverhältnisses durch Vorlage von lückenlosen Unbedenklichkeitsbescheinigungen** der zuständigen Einzugsstellen für den Nachunternehmer oder den von diesem beauftragten Verleiher erbringen (§ 28e Absatz 3f, Satz 2 SGB IV). Zu beachten gilt, dass mit Inkrafttreten des Siebten Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetzes vom 12. Juni 2020 nun **ausdrücklich** auf die Vorlage einer solchen Bescheinigung von Auftragsvergabe an **lückenlos** bis zur Beendigung des Bauvorhabens abgestellt wird. Der langjährige Streitpunkt zwischen ZDB und der Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft (BG BAU) wurde somit zugunsten der BG BAU entschieden.

Mit den Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger konnten die Bauverbände vereinbaren, dass als Nachweis für einen Haftungsausschluss nach § 28e Abs. 3b SGB IV eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Krankenkasse gilt. Die Krankenkassen haben solche Unbedenklichkeitsbescheinigungen zeitnah zur Verfügung zu stellen. In den Unbedenklichkeitsbescheinigungen wird die korrekte Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages für die Vergangenheit bescheinigt. Sie haben regelmäßig eine Gültigkeitsdauer von drei Kalendermonaten. Wird die Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht erneuert, erlischt mit ihrer Gültigkeit die Entlastungswirkung. Das bedeutet bei Werkverträgen, die über einen Zeitraum von drei Kalendermonaten hinaus andauern, dass eine Haftung wirksam nur ausgeschlossen werden kann, wenn alle drei Monate neue Unbedenklichkeitsbescheinigungen vorgelegt werden.

· Präqualifikation

Neben den Unbedenklichkeitsbescheinigungen besteht auch die Möglichkeit einer Exkulpation durch den Einsatz präqualifizierter Nachunternehmer. Bei der Präqualifikation handelt es sich um eine vorgelagerte auftragsunabhängige Eignungsprüfung, mittels der Unternehmen des Bauhaupt- und Baunebengewerbes unabhängig von einer konkreten Ausschreibung nach Vorgabe – insbesondere auf Basis der in § 6a VOB/A bzw. § 6a EU VOB/A definierten Anforderungen – ihre Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit vorab nachweisen. Mit der Präqualifizierung besteht ein eindeutiger und rechtssicherer Nachweis, der künftig auch für die Generalunternehmerhaftung eine einfache und damit unbürokratische Überprüfung der Nachunternehmer ermöglicht (BT-Drs. 16/12596, S. 10). Die Präqualifikation erfolgt durch den Verein für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. auf der Grundlage der Leitlinie des Bundesministeriums des Innern für Bau und Heimat vom 28.08.2019 (vgl. dazu auch die Information auf der Internetseite: www.pq-verein.de).

6. Haftung gegenüber ausländischen Sozialversicherungsträgern

Nach § 28e Abs. 3a Satz 2 SGB IV gilt die Nachunternehmerhaftung auch für die von einem Nachunternehmer gegenüber ausländischen Sozialversicherungsträgern abzuführenden Beiträge. Die Vorschrift erfasst damit folgenden (grenzüberschreitenden) Sachverhalt: Ein deutscher Hauptunternehmer beauftragt ein ausländisches Nachunternehmen, ein Bauvorhaben durchzuführen. Der Nachunternehmer beschäftigt hierbei ausländische Arbeitnehmer, für die Sozialversicherungsbeiträge an ausländische Sozialversicherungsträger abzuführen sind. Der Nachunternehmer kommt seiner Beitragspflicht gegenüber dem ausländischen Sozialversicherungsträger nicht nach. In diesem Fall kann sich der ausländische Sozialversicherungsträger zur Begleichung seiner Beitragsforderung ersatzweise an den deutschen Hauptunternehmer wenden. Zu beachten ist zudem, dass gemäß Art. 84 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 im Wege der Amtshilfe Beitragsforderungen

gen der Sozialversicherungen gegenüber einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Beitragsschuldner durchgesetzt werden können.

B. Haftung für den Beitrag zur Unfallversicherung

Auch in der Unfallversicherung ist eine Haftung des Hauptunternehmers für den Beitrag der Berufsgenossenschaft des Nachunternehmers vorgesehen, wenn dieser seiner Beitragspflicht nicht nachkommt. § 150 Abs. 3 SGB VII sieht vor, dass für die Beitragshaftung bei der Ausführung eines Dienst- oder Werkvertrages im Baugewerbe § 28e Abs. 3a-f SGB IV entsprechend gelten.

1. Haftungsvoraussetzungen und -umfang

Ebenso wie bei der Haftung für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag gilt die Regelung in der Unfallversicherung nur für den Fall, dass ein Bauunternehmer einen Nachunternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt hat (vgl. dazu Ausführungen unter A.1.). Ebenso ist ein Bagatellwert in Höhe von 275.000 € zu beachten. Die Haftung erfasst hierbei die Beiträge zur Berufsgenossenschaft, die der beauftragte Nachunternehmer nicht gezahlt hat.

2. Verschuldensabhängigkeit/Exkulpation

§ 150 Abs. 3 SGB VII verweist auf den gesamten § 28e Abs. 3a-f SGB IV. Setzt der als Hauptunternehmer tätige Betrieb damit präqualifizierte Nachunternehmer ein, haftet er hierfür nicht, soweit und solange die Nachunternehmer präqualifiziert waren und sind.

Zudem ist eine Exkulpation durch die qualifizierten Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Berufsgenossenschaften der Bauwirtschaft möglich. Die qualifizierten Unbedenklichkeitsbescheinigungen geben Auskunft über die eingetragenen Unternehmensteile, die hierauf entfallenden Lohnsummen sowie die ordnungsgemäße Abführung der Beiträge an die BG BAU. Die BG BAU akzeptierte in der Vergangenheit nur solche Unbedenklichkeitsbescheinigungen, die im Original mit Unterschrift und Dienstsiegel vorlagen. Seit dem Jahre 2014 haben Baubetriebe auch die Möglichkeit, die qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung über das Extranet der BG BAU selbst elektronisch abzurufen. Auch hier ist nun zwingend auf die Vorlage einer solchen Bescheinigung lückenlos für den gesamten Bauzeitraum zu achten (§ 28 e Abs. 3 f Satz 1 SGB IV). Nützlich, um Lücken möglichst zu vermeiden ist es, wenn Baubetriebe sich des **Unbedenklichkeitsbescheinigungs-Abonnements der BG BAU bedienen**.

C. Haftung für das Mindestentgelt und den Urlaubskassenbeitrag

Bereits zum 1. Januar 1999 wurde mit § 1a Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) eine Grundlage für eine Unternehmerhaftung für Mindestlöhne und Urlaubskassenbeiträge eingeführt. Gemäß des Regierungsentwurfes zur Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ist der heutige § 14 AEntG dem bisherigen § 1a AEntG a.F. nachgebildet worden. Nach § 14 AEntG haftet ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt hat, für die Verpflichtung des Unternehmers zur **Zahlung des Mindestentgelts sowie für die Verpflichtung zur Zahlung der Urlaubskassenbeiträge** wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Durch diese Generalunternehmerhaftung ist eine verschuldensabhängige, gesamtschuldnerische Kettenhaftung des Hauptunternehmers und aller weiteren Unterauftragnehmer in einer Subunternehmerkette begründet worden.

1. Haftungsvoraussetzungen und -umfang

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 Mindestentgelt nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz gilt oder Beiträge an eine gemeinsame Einrichtung** abzuführen sind. § 4 nennt hierfür die in Frage kommenden Branchen (vgl. § 4 Nr. 1 AEntG: Bauhaupt- und Baunebengewerbe im Sinne der Baubetriebsverordnung vom 28. Oktober 1980).

Das Bundesarbeitsgericht hat jedoch bereits zu der Haftungsregelung in dem damaligen § 1a AEntG (heute: § 14 AEntG) durch Urteil vom 28. März 2007 – 10 AZR 76/06 – festgestellt, die Ziele des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes träfen nicht auf Unternehmer zu, die als Bauherren eine Bauleistung in Auftrag geben (weil sie keine Subunternehmer beauftragen, die für sie eigene Leistungspflichten erfüllen). **Bauherren** fallen daher nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes nicht in den Geltungsbereich

des § 1 a AEntG. Das gilt auch dann, wenn der Bauherr selbst ein Bauunternehmer ist.

Die Haftung des Unternehmers erstreckt sich sowohl auf die **Mindestentgeltansprüche** der Arbeitnehmer sowie auf die **Beiträge zum Urlaubskassenverfahren** der Bauwirtschaft; er haftet hierbei wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.

• Mindestentgelt

Die Haftung für das Mindestentgelt betrifft die in den Tarifverträgen über die Gewährung eines Mindestlohnes vorgesehenen Mindestlöhne. Das Mindestentgelt umfasst dabei gemäß § 14 Satz 2 AEntG ausschließlich den Betrag, der nach Abzug der Steuern und der Beiträge zur Sozialversicherung und der Arbeitsförderung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung an Arbeitnehmer ausbezahlt ist (**Nettoentgelt**). Das Mindestentgelt inkludiert auch die Überstundensätze. Gläubiger des Anspruchs können die Arbeitnehmer des Auftragnehmers, eingesetzter Nachunternehmer sowie evtl. beauftragter Verleiher sein.

Das Bundesarbeitsgericht hat jedoch in vier Urteilen vom 8. Dezember 2010 – 5 AZR 111/10, 5 AZR 95/10, 5 AZR 814/09, 5 AZR 263/10 – klargestellt, dass der Mindestentgeltanspruch eines bei einem Nachunternehmer beschäftigten Arbeitnehmers gegen den Hauptunternehmer nach § 1a AEntG (heute: § 14 AEntG) nicht auf die Bundesagentur für Arbeit übergeht. Hieraus folgt, dass die Bundesagentur für Arbeit keinen Anspruch gegen Hauptunternehmer auf Rückzahlung von Insolvenzgeld hat, dass sie an Arbeitnehmer eines in Insolvenz gefallenen Nachunternehmers gezahlt hat.

• Beitrag zur Urlaubskasse

Die Haftung umfasst auch die Zahlung von Beiträgen zum Urlaubskassenverfahren der Bauwirtschaft. Bei inländischen Nachunternehmern ist zu beachten, dass nur der Beitrag zum Urlaubskassenverfahren, aber nicht der Beitrag für das Berufsausbildungsverfahren und auch nicht der Beitrag für die Zusatzversorgung der Haftung nach § 14 AEntG unterliegen. Zahlt der Nachunternehmer die entsprechenden Beiträge nicht, so ist damit zu rechnen, dass die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse (ULAK) den Hauptunternehmer in Anspruch nehmen wird.

2. Verringerung des Haftungsrisikos

Die Haftung nach § 14 AEntG ist nicht abdingbar. Jedoch bestehen diverse Möglichkeiten, das Haftungsrisiko zu verringern:

• Freistellungsvereinbarungen

Rechtlich zulässig sind Freistellungsvereinbarungen, in denen der Nachunternehmer dem Hauptunternehmer zusichert, ihm im Falle der Inanspruchnahme aus der Nachunternehmerhaftung freizustellen. Der von dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes herausgegebene Muster-Nachunternehmervertrag Bau sieht eine entsprechende Erklärung vor.

• Frühwarnsystem

Darüber hinaus ist zwischen den Tarifvertragsparteien des Baugewerbes und den Sozialkassen der Bauwirtschaft ein sog. „Frühwarnsystem“ etabliert worden. Dafür sind zwei Vollmachtsformulare (für den Einsatz inländischer Nachunternehmer einerseits und für den Einsatz ausländischer Nachunternehmer andererseits) entwickelt worden. Damit kann der Hauptunternehmer zur Einholung von Auskünften bei den Sozialkassen durch den Nachunternehmer bevollmächtigt werden. Anfragen kann er dann, ob der von ihm eingesetzte Nachunternehmer für die Zeit der Erbringung von Werkvertragsleistungen ordnungsgemäß an den Sozialkassenverfahren teilnimmt und seinen dortigen Beitragsverpflichtungen nachkommt. Hierbei ist jedoch unbedingt zu beachten, dass die im Rahmen des Frühwarnsystems von den Sozialkassen ausgestellten Bescheinigungen nicht zu einer Haftungsbefreiung führen. Diesem Zweck dienen lediglich die sog. Enthaltungsbescheinigungen.

• Präqualifikation/ SOKA-BAU-Enthaltungsbescheinigung

Mit Wirkung vom 1. Oktober 2009 ist eine Exkulpationsregelung von der Nachunternehmerhaftung für den Urlaubskassenbeitrag in Kraft getreten. Danach kommt eine Enthaltung des Nachunternehmers sowohl bei dem Einsatz von präqualifizierten als auch bei dem Einsatz von nicht präqualifizierten Nachunternehmern in Betracht. Eine Haftung des Hauptunternehmers für den von einem Nachunternehmer geschuldeten Urlaubskassenbeitrag tritt danach nicht ein, soweit und solange der jeweilige Nachunternehmer präqualifiziert ist und – innerhalb wie

außerhalb des Präqualifizierungsverfahrens – eine sog. SOKA-BAU-Enthaftungsbescheinigung vorliegt. Sofern die Präqualifizierung vor Ablauf der SOKA-BAU-Enthaftungsbescheinigung endet, bleibt die Befreiung von der Bürgenhaftung für die Laufzeit der Bescheinigung bestehen.

Eine Befreiung von der Bürgenhaftung tritt auch dann ein, wenn und soweit SOKA-BAU dem auftragsvergebenden Unternehmen eine SOKA-BAU Enthaftungsbescheinigung über die ordnungsgemäße Teilnahme am Sozialkassenverfahren durch seinen unmittelbaren oder mittelbaren Nachunternehmer ausgestellt hat. Eine Befreiung von der Bürgenhaftung kommt jedoch nicht in Betracht, wenn

- es sich rechtskonformunabhängig bei Auftraggeber und Auftragnehmer um verbundene Unternehmen i.S.d. § 15 AktG handelt,
- der Inhaber, ein Gesellschafter, ein Geschäftsführer, ein Mitglied eines Kontrollorgans oder sonst verantwortlich Handelnder des Auftraggebers oder Auftragnehmers mindestens an 25 % des Kapitals oder der Stammrechte am Auftragnehmer oder Auftraggeber beteiligt oder für diese leitend tätig ist oder eine vergleichbare verantwortliche Funktion inne hat,
- die Person i.S.d. zweiten Unterpunktes in einem Näheverhältnis i.S.v. § 138 Abs. 1 InsO zu einer vergleichbaren Person des Auftraggebers oder Auftragnehmers steht oder
- der Auftragnehmer oder Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar über ein oder mehrere Tochterunternehmen oder ein gleichartiges Verhältnis oder im Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen mindestens 25 % des Kapitals oder der Stimmrechte des Auftragnehmers oder Auftraggebers hält.

SOKA-BAU stellt grundsätzlich eine Enthaftungsbescheinigung aus, wenn das bei SOKA-BAU geführte Beitragskonto des Betriebes ausgeglichen ist und der Betrieb selbst seine bis zum Ausstellungsstichtag fälligen Melde- und Zahlungsverpflichtungen innerhalb der letzten zwölf Monate vollständig und fristgerecht erfüllt hat. Die Bescheinigungen haben eine Gültigkeitsdauer (abhängig vom Einzelfall) von drei oder sechs Monate und führen nur innerhalb ihrer Gültigkeitsdauer zur Befreiung von der Bürgenhaftung.

Eine entsprechende Bescheinigung wird jedoch nicht erteilt, wenn

- für den Betrieb noch nicht mindestens für zwei Monate Beiträge sowie die dazugehörigen Meldungen fällig geworden sind,
- der Betrieb die Teilnahmepflicht an den Sozialkassenverfahren bestreitet,
- ein Insolvenzverfahren eröffnet ist, ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt wurde oder ein Insolvenzverfahren eröffnet werden müsste oder
- SOKA-BAU bekannt ist, dass gegen den Betrieb oder die verantwortlich Handelnden des Betriebes innerhalb der letzten zwei Jahre Urteile, Verfallbescheide nach § 29a OWiG oder Bußgeldbescheide wegen erheblicher Verfehlungen gegen das Strafgesetzbuch oder das Arbeitnehmer-Entsendegesetz erlassen worden sind, soweit die Interessen von SOKA-BAU berührt sind, einschließlich der Komplexe Schwarzarbeit, illegale Beschäftigung und illegale Arbeitnehmerüberlassung.

Hinweis:

Im Baugewerbe findet auch der gesetzliche Mindestlohn Anwendung, der seit 1. Januar 2020 bei 9,35 € je Zeitstunde liegt und ab dem 1. Januar 2021 bei 9,50 € liegen wird. Dies gilt für Angestellte/Poliere sowie jene gewerbliche Arbeitnehmer, die ausdrücklich aus dem persönlichen Geltungsbereich des tariflichen Bau-Mindestlohnes ausgenommen sind. Schüler an allgemeinbildenden Schulen, die ebenfalls ausdrücklich aus dem persönlichen Geltungsbereich des tariflichen Mindestlohnes ausgenommen sind, haben nur dann Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn, wenn sie volljährig sind. Gleiches gilt für volljährige Schulabgänger, die innerhalb von 12 Monaten nach Beendigung ihrer

Schulausbildung mehr als 50 Arbeitstage beschäftigt werden. Bei Praktikanten ist dagegen nach der Art des Praktikums zu differenzieren (vgl. hierzu auch Unternehmer-Info 29/2020 aus 2020 „Die neuen Mindestlöhne im Baugewerbe“). Nach § 13 MiLoG findet § 14 AEntG entsprechend Anwendung. Damit normiert § 13 MiLoG eine Haftung des Auftraggebers von Werk- oder Dienstleistungen für den Fall, dass ein Nachunternehmer oder ein von diesen beauftragter Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen seinen Arbeitnehmern den gesetzlichen Mindestlohn nicht bezahlt.

D. Haftung für die vereinbarte Vergütung

Durch das „Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex“ wurde zur Umsetzung der europäischen Sanktionsrichtlinie eine neue Vorschrift im Aufenthaltsgesetz geschaffen, die die Ansprüche ausländischer illegaler Beschäftigter auf Zahlung der vereinbarten Vergütung betrifft.

1. Haftungsvoraussetzungen- und umfang

Nach § 98a Abs. 3-5 Aufenthaltsgesetz haftet der Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, für die Erfüllung der Verpflichtung des Unternehmers zur Zahlung der vereinbarten Vergütung an einen illegal beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer. Der Generalunternehmer sowie alle zwischengeschalteten Unternehmer ohne unmittelbare vertragliche Beziehungen zu dem Arbeitgeber haften hingegen nur dann für die Zahlung der üblichen Vergütung, wenn ihnen bekannt war, dass der Arbeitgeber einen ausländischen Arbeitnehmer ohne die nach § 284 Abs. 1 SGB III erforderliche Genehmigung oder die nach § 4 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz erforderliche Berechtigung zur Erwerbstätigkeit beschäftigt hat. So trifft nicht den ausländischen Arbeitnehmer die Beweislast der positiven Kenntnis des Generalunternehmers und/oder der zwischengeschalteten Unternehmer; vielmehr haben diese – wollen sie sich auf den Haftungsausschluss berufen – den (in der Praxis überaus schwierigen) Nachweis fehlender Kenntnis zu führen (vgl. Wunderle, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, § 98a Rdz. 12, 12. Auflage, 2018).

2. Verringerung des Haftungsrisikos

Der Generalunternehmer sowie alle Subunternehmer können sich exkulpieren. Nach § 98a Abs. 5 Aufenthaltsgesetz entfällt die Haftung zur Zahlung der vereinbarten Vergütung dann, wenn der Unternehmer nachweist, dass er aufgrund „sorgfältiger Prüfung“ davon ausgehen konnte, dass der Arbeitgeber keine ausländischen Personen ohne die erforderliche Genehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III bzw. ohne erforderliche Berechtigung zur Erwerbstätigkeit nach § 4 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz beschäftigt hat. Die Anforderungen, die an eine sorgfältige Prüfung zu stellen sind, lassen sich nicht allgemeingültig formulieren, sondern richten sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles. Dabei müssen zum einen die Eigenheiten der jeweiligen betroffenen Branche im Allgemeinen, allen voran ihre Anfälligkeit für illegale Beschäftigung, zum anderen die Besonderheiten der individuellen Fallkonstellation, wie etwa das Näheverhältnis des Unternehmers zum Arbeitgeber oder sich offenkundig aufdrängende Anhaltspunkte für eine illegale Beschäftigung, berücksichtigt und ein entsprechend angepasster Sorgfaltsmaßstab zugrunde gelegt werden. Die Exkulpation kann insbesondere durch den Nachweis tatsächlich erfolgter Erkundigungen, Nachforschungen oder stichprobenartiger Kontrollen bzw. turnusmäßiger Überwachungsmaßnahmen geführt werden (vgl. Wunderle, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, § 98a Rdz. 14, 12. Auflage, 2018).

Hinweis:

Von der gesetzlichen Regelung des § 98a Aufenthaltsgesetz bleibt § 14 AEntG unberührt, so dass beide Haftungsvorschriften nebeneinander bestehen und durch den ausländischen Arbeitnehmer als Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung von Lohnansprüchen genutzt werden können.