

Rechtsanwalt Klaus Stähle*

Haftungskette und Haftungsdurchgriff bei nicht gezahltem Mindestlohn

In der Baubranche endet die Durchgriffshaftung bei Mindestlohnansprüchen und Ansprüchen nach dem Arbeitnehmerentendegesetz beim Generalunternehmer und beim Bauträger. Der Aufsatz diskutiert zukünftig auch Investoren, die nicht Bauträger sind, da sie die gebauten Objekte nur vermieten anstatt sie zu verkaufen, mit in die Haftung einzubeziehen.

I. Einleitung

Die Reichweite der Haftung des Auftraggebers nach § 14 AEntG und der Haftung nach § 13 MiLoG, der auf § 14 AEntG verweist, ist nach wie vor streitbefangen.

Die Bürgenhaftung eines Unternehmens, das andere Unternehmen mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, soll unter anderem beim typischen Störfall der Insolvenz des Subunternehmers, die Ansprüche auf den Mindestlohn der beim Subunternehmen beschäftigten Arbeitnehmer sichern. Die Weite der Haftungskaskade ist aber unklar und führt zu Auslegungstreitigkeiten.

II. Bisherige Rechtslage

1. Ursprüngliche Auslegung

Bislang legte das BAG den Begriff des Unternehmens iSv § 14 AEntG sehr restriktiv aus. Vom Haftungsdurchgriff erfasst wurde nach ständiger Rechtsprechung des BAG nicht jeder Unternehmer iSv § 14 I BGB, sondern lediglich so genannte Generalunternehmer¹ und Bauträger.

Generalunternehmer ist wer von einem Auftraggeber mit der Ausführung eines Bauauftrags betraut ist. Weitere Voraussetzung ist, dass sich der Unternehmer zur Erfüllung des Auftrags anderer Unternehmer bedient.² Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbegründung die lediglich von einer Haftung des Generalunternehmers spricht.³

Eine gegen diesen Beschluss gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde durch das BVerfG nicht angenommen.⁴

2. Angepasste Auslegung

Diese sehr restriktive Auslegung wurde vor einigen Jahren gelockert als das BAG die Haftung aus § 14 AEntG auf *Bauträger* als einem Generalunternehmer gleichgestellte Person erweiterte.⁵ Diese Änderung hatte in der Praxis erhebliche Bedeutung.

Anstatt nämlich weiterhin an der alles entscheidenden Generalunternehmereigenschaft festzuhalten, wurden nunmehr Kriterien entwickelt um den schützenswerten „Letztbesteller“ (zB den Erbauer eines Einfamilienhauses) von Unternehmern iSv § 14 AEntG zu unterscheiden. Es wurden so genannte Bauträger, also Firmen die bauen lassen, um die Immobilie dann weiter zu verkaufen, in die Haftung gem. § 14 AEntG einbezogen.

Dafür ist zunächst auf den Unternehmenszweck abzustellen. Wer aus privaten Gründen oder um sonstigen eigenen gewerblichen Zwecken zu dienen baut, wird nicht erfasst.

Wer dagegen zur Erfüllung seiner eigenen Leistungspflicht baut, erfüllt die erste Voraussetzung eines Unternehmers gem. § 14 AEntG.

Sodann ist unter Berücksichtigung des präventiven Normzwecks, nämlich den Hauptunternehmer zu veranlassen, bei der Vergabe von Aufträgen an Nachunternehmer auf deren Zuverlässigkeit zu achten, zusätzlich nach der Fähigkeit zu fragen, Subunternehmerstrukturen zum eigenen Vorteil zu nutzen.⁶ Wer dazu in der Lage sei und dies auch in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit tue, der müsse im Umkehrschluss auch für die negativen Folgen der Wahl eines unzuverlässigen Geschäftspartners haften.

Trotz dieser erweiterten Auslegung kam es in der Folge jedoch nicht zu einer Korrektur des Unternehmerbegriffs gem. § 14 AEntG, vielmehr wurde anstatt der entwickelten Kriterien entweder kurzerhand auf die Eigenschaft als Generalunternehmer oder Bauträger abgestellt. Damit konnten sich auftraggebende Investoren, die ihr Vorhaben nach Abschluss nicht veräußern (wollen), sondern es durch zB Vermietung und Verpachtung verwerten, der lästigen Haftung für Lohnansprüche der in der Beauftragungskaskade nachgeordneten Nach- und Subunternehmen entziehen.

Dem BAG bietet sich aktuell in zwei Verfahren die Gelegenheit, die Haftung für die Nachunternehmen und die bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer neu zu justieren.⁷

III. Zum BAG-Fall 5 AZR 241/18 und 5 AZR 80/19

In diesen Verfahren hat das BAG über die Frage zu entscheiden, ob die auf der Baustelle der Mall of Berlin (Leipziger-Platz) beschäftigten Arbeiter Anspruch auf den ihnen vorenthaltenen Lohn haben, den sie bei ihrem Arbeitgeber, einem insolventen Subunternehmen, nicht erlangen konnten. Da auch das zwischengeschaltete Generalunternehmen insolvent ist, beanspruchen die Arbeitnehmer mit ihrem Haftungsdurchgriff auf den milliardenschweren Investor von diesem ihren Nettomindestlohn.

Die Vorinstanzen⁸ wiesen die Klage ab, da der Investor schließlich nicht die Gebäude verkaufe, sie zwar errichten lasse aber dann lediglich vermiete und verpachte. Hätte der Investor die Immobilien verkauft, hätte er als Bauträger für den Mindestlohn haftet.

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht in Berlin. Er ist Bevollmächtigter der beiden Revisionskläger.

1 BAG, NZA 2005, 656.

2 Gabler, Wirtschaftslexikon, Stichwort Generalunternehmer, zuletzt abgerufen am 19.2.2018.

3 BT-Drs. 14/45, 17 f. (zu § 1 a AEntG aF).

4 BVerfGK 10, 450 = NZA 2007, 609.

5 BAGE 141, 299 = NZA 2012, 980 = AP AEntG § 1 a Nr. 6.

6 BAGE 136, 263 = NZA 2011, 514 (516) = AP AEntG § 1 a Nr. 4.

7 Das BAG hat auf den 16.10.2019 (terminiert) – 5 AZR 241/18 u. 5 AZR 80/19.

8 LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.1.2018 – 21 Sa 1231/17, BeckRS 2018, 25411 und Urt. v. 17.1.2019 – 21 Sa 852/18, BeckRS 2019, 9888.

Eine Unterscheidung die weder vom Wortlaut der Norm gedeckt ist, da lediglich vom beauftragenden Unternehmen die Rede ist, noch vom Sinn und Zweck der Vorschrift gedeckt sein kann, wenn man den Schutzzweck der Norm betrachtet. Andererseits wirft eine Ausweitung des Haftungsdurchgriffs auf Unternehmen die derlei Projekte weder als Generalunternehmen im Auftrag des Bauherrn errichten, noch als Bauträger, also mit dem Ziel des Verkaufs solche Vorhaben durchführen, Abgrenzungsfragen auf, die beantwortet werden müssen, wenn der Haftungsdurchgriff erweitert werden soll.

1. Haftung des Auftraggebers, § 14 AEntG

§ 14 AEntG kann dem Wortlaut nach nur entnommen werden, dass ein Unternehmen, welches ein anderes Unternehmen mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, für dessen Verpflichtung zur Zahlung des Mindestentgelts an Arbeitnehmer haftet.

Damit also könnte sich der Investor, welcher nur die Vermietung und Verpachtung vor Augen hat, also das Bauwerk behalten und verwalten will, der Haftung nicht entziehen.

Auch die Überschrift des § 14 („Haftung des Auftraggebers“) lässt nicht erkennen, dass ein solcher Investor an der Spitze der Auftragskette, wenn er denn nur vermietet und verpachtet, von der Haftung befreit sein soll, der Bauträger hingegen, der die Immobilien ganz oder in Teilstücken weiter veräußert, haften soll.

Aus der amtlichen Begründung ergibt sich, dass die Beschränkung der Durchgriffshaftung auf Unternehmer die Privilegierung von Privatleuten in Ausübung nichtgewerblicher Tätigkeit bezweckt.⁹ Vom Haftungsdurchgriff verschonen wollte der Gesetzgeber also den „Häuslebauer“, der für sich und seine Familie eine Immobilie errichtet. Der Großinvestor, der als juristische Person im gewerblichen Bereich tätig ist, der aber statt der Verwertung durch Verkauf lediglich die Vermietung und Verpachtung vor Augen hat, sollte sich nicht der Haftung entziehen können.

Bei der Novellierung (§ 1 a AEntG aF, § 14 AEntG nF) sah der Gesetzgeber allerdings keine Veranlassung den Anwendungsbereich zu beschränken.¹⁰ Aus dem Wortlaut der Begründung („insbesondere ein so genannter Generalunternehmer“) ergibt sich, dass die Haftung nicht auf Generalunternehmer begrenzt sein sollte, sondern nur ein typischer Fall („insbesondere,“) gemeint war und wenn das Gesetz seinen Zweck erfüllen soll, auch nicht begrenzt sein darf.

Dementsprechend wurde durch Urteil des BAG vom 16.5.2012¹¹ die Haftung gem. § 1 a AEntG aF auf Bauträger in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit erweitert. Ebenso ist die Haftung aus § 14 AEntG auf den Investor der Mall of Berlin auszuweiten, obschon dieser zwar kein Generalunternehmer, jedoch Unternehmer iSv § 14 BGB ist und einen Nachunternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt hat.

2. Teleologische Auslegung

Zweck der Norm ist, den Hauptunternehmer zu veranlassen, bei der Vergabe von Aufträgen an Nachunternehmer auf deren Zuverlässigkeit zu achten. Da private Bauherren und „Letztbesteller“ ohne Branchenkenntnis dazu mangels Marktkenntnis typischerweise nicht in der Lage sind, werden diese nach der bisherigen Rechtsprechung von § 14 AEntG (bzw. § 1 a AEntG aF) nicht erfasst. Unternehmer die aufgrund der Art ihrer Tätigkeit über einschlägige Kenntnisse

verfügen oder verfügen müssten, haben sich diese dagegen bei der Auswahl ihrer Subunternehmer zurechnen zu lassen. Derartige Kenntnisse haben üblicherweise Bauträger,¹² allerdings regelmäßig auch andere Unternehmen, die mit einer Vielzahl von Bauprojekten befasst sind. Bei den aktuell vom BAG zu entscheidenden Fällen und der fraglichen Haftung des Investors der „Mall of Berlin“, handelt es sich zwar nur um ein einzelnes Projekt, welches jedoch aufgrund seiner Größe von 210.000 m², mit etwa 270 Geschäften, der zentralen Lage in der Mitte Berlins und einem Investitionsvolumen von fast einer Milliarde Euro einer Vielzahl von kleineren Projekten entsprechen dürfte. Die Firmengruppe wird damit, dass sie allein im Bereich der Shoppingcenter bereits über 750.000 m² Verkaufsfläche errichtet und vermarktet habe. Das heißt, sie verfügt nicht nur über spezifische Marktkenntnisse bei Vermietung eigener Geschäftsräume und Wohnungen, sondern verfügt auch über entsprechende Branchenkenntnisse bei der Errichtung solcher Großvorhaben. Sie beauftragt als Investor in der Regel über gestuft Generalunternehmen diverse Subunternehmen mit deren Errichtung, so dass die Frage erlaubt sein muss, ob nicht auch der Investor bei Unzuverlässigkeit der General- und Subunternehmen in die Pflicht genommen werden muss.

Keinesfalls soll und darf das AEntG das Geschäftsmodell des investierenden Vermieters und Verpächters gegenüber jenem des Bauträgers privilegieren. Denn es leuchtet überhaupt nicht ein, warum sich ein hunderte von Millionen schwerer Investor der Haftung entziehen soll, wenn er schlecht wirtschaftende Generalunternehmen beauftragt, die insolvent werden. Weder gebietet Art. 14 noch Art. 12 GG, dass eine haftungsbegründende Vorschrift, wie die des § 14 AEntG leer läuft, durch die begriffliche Verkürzung der Haftung auf Generalunternehmer und Bauträger.

Für eine Klarstellung durch den Gesetzgeber bestehen keine Anhaltspunkte.¹³ Der Gesetzgeber überlässt die Abgrenzung wer Unternehmer iSd § 14 S. 1 AEntG ist, der Rechtsprechung.

Es bleibt zu hoffen, dass dem BAG die Chance zur Einbeziehung der Investoren in die Haftung nach § 14 AEntG gelingt. Zwar ist die Abgrenzung zum „privaten Häuslebauer“ einfach, da dieser in der Regel als natürliche Person und nicht als Unternehmen und gewerblich auftritt. Abgrenzungsfragen liegen natürlich auf der Hand, wenn der Auftraggeber nicht ein Einfamilienhaus, sondern ein Mehrfamilienhaus errichtet und dieses zum Teil vermietet aber zugleich selbst mit seiner Familie mitnutzt („überwiegend“). Der kleine Handwerksbetrieb der für seine handwerkliche Tätigkeit eine Halle errichten lässt, folgt hingegen unternehmerischer Zwecksetzung. Aber auch hier fragt sich, ob er für die Subunternehmerkette wirklich haften soll.

Wann *branchentypische Kenntnisse* vorliegen und der Letztbesteller danach in die Haftung genommen werden kann und soll, ist im Einzelfall schwierig zu beantworten. Noch im Jahre 2007 vertrat das BAG die Auffassung, dass selbst ein Unternehmer der als Bauherr auftritt, nicht der Bürgenhaftung nach § 1 a AEntG aF unterliegt, selbst wenn er einen

9 BT-Drs. 14/45, 26, 14. WP v. 17.11.1998.

10 Vgl. BT-Drs. 16/10486, 14, 16. WP v. 7.10.2008 (zu § 10 des Entwurfs, dem späteren § 14); die amtl. Begr. des Jahres 1996 zu § 1 a AEntG aF kam noch ohne den Zusatz „insbesondere“ aus, „Es wird eine verschuldensunabhängige Haftung des Generalunternehmers eingeführt“, BT-Drs. 14/45, 26, 14. WP v. 17.11.1998.

11 BAGE 141, 299 = NZA 2012, 980 = AP AEntG § 1 a Nr. 6.

12 BAGE 141, 299 = NZA 2012, 980 = AP AEntG § 1 a Nr. 6.

13 Vgl. Bayreuther, NZA 2015, 261 (963).

Baubetrieb unterhält.¹⁴ Wer sich jedenfalls eines Generalunternehmens bedient, welches im Zuge eines Bauvorhabens dann insolvent wird, kann den Bauherren effektiv vom Haftungsdurchgriff abschotten. Hat das Projekt aber eine Größenordnung von hunderten von Millionen und ist der Investor nicht nur einmal, sondern mehrfach als Investor mit ähnlich gelagerten Projekten auf dem Markt, muss die Sache anders beurteilt werden. Auch eine erfahrene Investorengruppe kann nicht privilegiert von der Haftung freigestellt werden, weil sie für jedes neue Projekt einen neuen Rechts-träger schafft. Eine typisierte Betrachtung verlangt Abgrenzungen im Hinblick auf Investitionsvolumen, die Häufigkeit solcher und ähnlicher bereits in der Vergangenheit getätigter Investitionen, die Erfahrung der maßgeblichen Geschäftsführer, Vorstände und Verantwortungsträger derlei Unternehmen in Abgrenzung zum kleinen Unternehmen, welches einmalig eine Investition vornimmt und über keinerlei branchenspezifische Erfahrung als Investor verfügt. Wendet man diese Kriterien an, so ist der Handwerker der einmalig für seinen Betrieb eine Halle errichten lässt, aus gutem Grund nicht in der Haftung. Wenn die Errichtung von Hallen aber zum Tagesgeschäft gehört, weil das Handwerksunternehmen eine Vielzahl von Niederlassungen aufbaut, sieht das wieder anders aus.

IV. Ausblick

Über den Anspruch der beiden rumänischen Wanderarbeiter, die auf der Baustelle der Mall of Berlin am Leipziger-Platz, beschäftigt waren und nun ihren Netto-Baumindestlohn, den sie beim Subunternehmen und dem Generalunternehmen aufgrund deren Insolvenz nicht durchsetzen konnten, vom Investor wollen, ist vom BAG anhand des § 14 AEntG zu entscheiden. Das LAG Berlin-Brandenburg hatte jedenfalls die beiden Klagen zuletzt abgewiesen, weil die Beklagte nicht Unternehmerin iSv § 14 AEntG sei.¹⁵ Schließlich sei der Geschäftszweck der Beklagten nicht die Errichtung von Gebäuden, sondern deren Verwaltung und Vermietung. Ob das BAG die bisherige Unterscheidung beibehält oder den Anwendungsbereich erweitert, ist ungewiss.

Die Befürworter der restriktiven Interpretation berufen sich auf die alte Fassung der amtlichen Gesetzesbegründung. In deren allgemeinen Teil heißt es: „Es wird eine verschuldens-unabhängige Haftung des Generalunternehmers eingeführt.“¹⁶ Zwar lässt sich dieser Begriff im gesamten Dokument kein zweites Mal finden, auch spätere Gesetzesbegründungen zu weiteren Änderungen verwenden ihn nicht mehr. Dennoch stützt sich die gesamte Argumentation auf diese einmalige Verwendung des Begriffs des Generalunternehmers. Die Gesetzesbegründung ist noch nicht einmal eindeutig: Der besondere Teil spricht von „Unternehmern, die Bauleistungen in Auftrag geben“, und zwar ausdrücklich zur Abgrenzung der Durchgriffshaftung auf Privatleute die Bauleistungen in Auftrag geben. Deren Haftung war vom Gesetzgeber nicht gewollt. Erfasst werden sollen alle Bauaufträge, „die Unternehmer im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit in Auftrag geben.“¹⁷ Während die Summe aus geschäftlicher und privater Bautätigkeit alle denkbaren Fallgruppen erfasst, bleibt bei der Summe aus generalunternehmerischer und privater Bautätigkeit die Fallgruppe der Bauaufträge von Unternehmern, die als Investoren im großen Stil agieren aber nicht verkaufen, sondern vermieten und verpachten, die selbst keine Generalunternehmen sind und auch keine Bau-träger sind, außen vor. Folgt man dem Gesetzgeber des Jahres 2008 „insbesondere Generalunternehmer“, so gibt es keinen Grund den Investor, welcher nach

Errichtung vermietet und verpachtet von der Durchgriffshaftung auszunehmen.

Das BAG ist im Übrigen bereits 2012 (von) seiner bisherigen Rechtsprechung abgewichen und hat neben dem Erfordernis der Generalunternehmereigenschaft auch generalunternehmergleiche Personen, bislang nur Bau-träger, als Unternehmer iSv § 14 AEntG angesehen.¹⁸ Anhand der vom BAG postulierten Kriterien kann ermittelt werden, ob ein Unternehmer der den Bau von Geschäftsräumen in Auftrag gibt um diese anschließend zu vermieten, zumindest einem Generalunternehmer und Bau-träger gleichgestellt ist.

Beim Investor kann auch die Größenordnung des Bauauftrags berücksichtigt werden. Ein modernes Einkaufszentrum entspricht nach seiner Investitionsmasse und dem Bauvolumen nach einer Vielzahl von kleineren Bauvorhaben. Bei der Mall of Berlin handelt es sich nach den Gropius-Passagen um das zweitgrößte Einkaufszentrum Berlins, das bei Umsetzung der Erweiterungspläne zum größten Einkaufszentrum Deutschlands werden würde. Während etwa Baumaßnahmen zur Erweiterung eines Ladengeschäfts nicht als Unternehmenszweck anzusehen sein dürften, ist bei einem Bauvorhaben dieser Größenordnung die Errichtung selbst ebenfalls als Unternehmensgegenstand anzusehen.

Das Unternehmen handelte zur Erfüllung einer eigenen Leistungspflicht, auch wenn diese nicht in der Übereignung von Verkaufsräumen, sondern lediglich in deren Überlassung bestand. Dabei handelt es sich auch nicht um „andere eigene gewerbliche Zwecke“,¹⁹ für die keine Auftraggeberhaftung gem. § 14 AEntG bestünde. Sinnvollerweise soll keine Haftung bei Aufträgen bestehen die lediglich sekundär neben dem eigentlichen Geschäftsgegenstand erteilt werden, hier etwa Wachschatz oder Gebäudereinigung. Die Errichtung des zu vermietenden Gebäudes selbst ist dagegen unmittelbar für die Erfüllung der (eigenen) Leistungspflicht erforderlich, so dass eine Haftungsübernahme zur Anspruchssicherung dem Normzweck entspricht.

Für die Erfüllung dieser Pflichten machte sich das Unternehmen die für das Baugewerbe typischen Subunternehmerstrukturen zunutze. Es müsste jedoch dem Regelungszweck folgend auch grundsätzlich über die Fähigkeit verfügen bzw. verfügen haben, vertrauenswürdige von weniger vertrauenswürdigen Subunternehmern unterscheiden zu können. Diese Fähigkeit könnte zwar angesichts der Insolvenz der Subunternehmer angezweifelt werden, ist jedoch aufgrund der Größe der Investition anzunehmen. Auf ein Verschulden des Unternehmers kommt es aber gerade nicht an. Die Spezialisierung der hinter dem investierenden Unternehmen stehenden Investoren, einer Holdingstruktur, die sich auf Errichtung und Verwaltung von Einkaufszentren spezialisiert hat, erlaubt hier den Haftungsdurchgriff.

Die durch das BAG für die Gleichstellung von Bau-trägern mit einem Generalunternehmer aufgestellten Voraussetzungen sind in dem aktuell zur Entscheidung anstehenden Fällen erfüllt. Es erscheint daher eine Ausweitung der bisherigen Haftung als angemessene Lösung. Eine solche Entscheidung wäre im Übrigen eine logische Fortführung des Urteils vom 16.5.2012.

¹⁴ BAG, NZA 2007, 613 = AP AEntG § 1 Nr. 27.

¹⁵ LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.1.2018 – 21 Sa 1231/17, BeckRS 2018, 25411 und Urt. v. 17.1.2019 – 21 Sa 852/18, BeckRS 2019, 9888.

¹⁶ BT-Drs. 14/45, 17 f. (zu § 1 a AEntG aF), 14. WP v. 17.11.1998.

¹⁷ BT-Drs. 14/45, 26 (zu § 1 a AEntG aF), 14. WP v. 17.11.1998.

¹⁸ BAGE 141, 299 = NZA 2012, 980 = AP AEntG § 1 a Nr. 6.

¹⁹ BAGE 141, 299 = NZA 2012, 980 = AP AEntG § 1 a Nr. 6.