

Geld anzuvertrauen. Das gilt vor allem dann, wenn die DRV parallel so schlecht berät, wie das die Stiftung Warentest feststellen musste.<sup>37</sup>

Führen Betriebsänderungen zu Entlassungen, gelten andere Regeln. Wenn Arbeitgeber, Betriebsrat und Gewerkschaft sich von den Vorteilen der hier besprochenen Modelle überzeugt haben, kann eine fast vollständige Akzeptanz gelingen. In Philippsburg schloss Goodyear 2017 ein Werk mit knapp 900 Beschäftigten. Nach einer Betriebsversammlung und halbtägigen Workshops in Kleingruppen entschieden sich von rund 100 Älteren 97% für Einzahlungen in staatliche Rentensysteme statt für private Alternativen.<sup>38</sup> Ganz allgemein gilt: Ohne überzeugende Beratung werden Angebote auf Zahlungen eines Ausgleichs von Rentenabschlägen sowie auf Wertguthaben von den Betroffenen nicht angenommen.

### VIII. Fazit

1. Das Mannheimer Modell wurde für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen entwickelt. Das Konzept – Ausgleichszahlungen kombiniert mit einer Übertragung von Wertguthaben an die DRV – nimmt die langfristige Situation der Betroffenen in den Blick und hat sich für Arbeitgeber und Arbeitnehmer bewährt.

2. Dieselben Instrumente können aber auch für laufende Arbeitsverhältnisse genutzt werden, wenn ein vorzeitiger Ruhestand ermöglicht oder die Rente erhöht werden soll. Man kann sogar daran denken, die betriebliche Altersversorgung herunterzufahren und gleichzeitig Ansprüche bei der DRV aufzubauen. Das macht Rentenzusagen für die Beschäftigten sicherer und entlastet gleichzeitig die Bilanzen.

3. Das Mannheimer Modell führt zu Win-win-Situationen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber, bei denen beide Seiten viel Geld sparen können.

Ein Nachteil darf indes nicht verschwiegen werden. Werden die vielen steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Details nicht richtig umgesetzt, werden die Mandanten in große Schwierigkeiten hineinberaten. Gerade Arbeitsrechtlern ist daher eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Steuer- und Sozialversicherungsrecht anzuraten, bevor sie ihren Mandanten das Mannheimer Modell empfehlen. Denn nach unserer Erfahrung verwirren noch die meisten DRV-Berater und Steuerberater auf diesem neuen Gebiet. Aber das wird sich ändern. ■

<sup>37</sup> S. Kap. VI.

<sup>38</sup> *Growe/Tallafuss*, AiB 2/2018, 34; *Winkel*, Soziale Sicherheit 2018, 393.

## Kommentar

Rechtsanwalt Klaus Stähle\*

### Bürgenhaftung für Arbeitsentgeltansprüche nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz

Zugleich Besprechung von BAG, Urteil vom 16.10.2019 – 5 AZR 241/18, NZA 2020, 112

Das BAG hat in der oben genannten Entscheidung den Haftungsdurchgriff eines Arbeitnehmers durch die Subunternehmerkette auf den Investor eines Großvorhabens verneint. Die Bürgenhaftung gem. § 14 S. 1 AEntG sei einschränkend auszulegen. Erfasst würden nur Unternehmen, die sich zur Erbringung einer Werk- oder Dienstleistung verpflichtet haben und diese nicht mit eigenen Arbeitnehmern ausführen, sondern sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtung eines oder mehrerer Subunternehmen bedienen. § 14 AEntG und die dort postulierte Bürgenhaftung verlangt eine besondere Verantwortungsbeziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Nachunternehmer. Nur wenn diese vorliegt, kann ein Arbeitnehmer, der seine Ansprüche gegen seinen eigentlichen Vertragsarbeitgeber nicht mehr durchsetzen kann, gegen den an der Spitze stehenden Auftraggeber erfolgreich vorgehen.

#### I. Welcher Arbeitgeber haftet auf den Mindestlohn und welcher nicht?

Das BAG führt in seiner Entscheidung die bereits in vorangegangenen Entscheidungen getroffene Unterscheidung fort, wonach Unternehmer im Sinne des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und damit haftend zwar auch Bauträger sein können, nicht aber ein Unternehmen, welches Gebäude errichtet, um diese selbst zu vermieten und zu verwalten.<sup>1</sup>

Haften soll also nur der Generalunternehmer, der vom Bauherrn beauftragt wird und der sich in der Regel auch mit der Subunternehmerkette, den Gepflogenheiten und Bedingungen am Markt auskennt. Darüber hinaus soll auch der Bauträger haften, also jener, der beispielsweise ein Generalunternehmen beauftragt, aber als Bauträger selbst keine Bauleistung erbringt. Der Bauträger verkauft die Immobilien, die er errichten lässt. Ihm schreibt man eine Verantwortung zu, vergleichbar jener der Generalunternehmen, und bezieht ihn als Bauherrn in die Haftung mit ein.

Da der Bauherr aber eigentlich nicht haften soll, wird unterschieden: Wenn der Bauherr das Gebäude zwar mithilfe von Generalunternehmen errichten lässt, die Gebäude aber behält und im Anschluss daran vermietet oder verpachtet, haftet er nicht, verkauft er die Gebäude, ist er so genannter Bauträger und haftet.<sup>2</sup>

Warum im einen Fall der Haftungsdurchgriff möglich sein soll (Bauträger), im Falle aber eines Investors, der wie im Ausgangsfall eine milliardenschwere Mall in Berlin errichten ließ, hingegen nicht, vermag nicht zu überzeugen. Investo-

\* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht in Berlin und hat das Revisionsverfahren geführt.

<sup>1</sup> BAG v. 16.10.2019 – 5 AZR 241/18, NZA 2020, 112 (114).

<sup>2</sup> BAG v. 16.10.2019 – 5 AZR 241/18, NZA 2020, 112 (114).

ren, ob sie als Bauträger in Erscheinung treten, unterscheiden sich von Investoren, die das errichtete Objekt behalten wollen, nicht so deutlich, dass die Haftung beim einen durchgreift und beim anderen nicht.

Der Wortlaut der Norm verlangt eine solche Differenzierung ohnehin nicht.

Der Bauträger ist ebenso Unternehmer wie der Bauherr, der als Investor von großen Baumaßnahmen auftritt. Egal, ob er im Anschluss verkauft oder die errichteten Gebäude behält, er ist Unternehmer iSd § 14 S. 1 AEntG.

## II. Das Haftungsprivileg des „Häuslebauers“

Die unausgesprochene Prämisse, warum der Haftungsdurchgriff auf den Bauherrn nicht erfolgen soll, ist doch, dass der „Häuslebauer“, der für sich und seine Familie ein Gebäude errichtet, vom Haftungsdurchgriff verschont bleiben muss, also in jenen Fällen, in denen er sich bei der Auswahl des Generalunternehmers vertan hat und zB die Arbeitnehmer der Subunternehmer keinen Lohn erhalten haben.<sup>3</sup> Die zweite Prämisse, die durchaus als Voraussetzung diskutiert wird und vom BAG auch als solche benannt wurde, stützt den Haftungsdurchgriff<sup>4</sup> und damit die weitgehende Bürgenhaftung eben dort, wo die entsprechende Erfahrung besteht und damit auch zu Recht der Bauträger in die Verantwortung genommen wird. Denn dieser agiert auf dem Markt und kennt die Bedingungen, zu welchen Generalunternehmen und Subunternehmen arbeiten, muss sich also in die Pflicht nehmen lassen, wenn in der Subunternehmerkette ein schwarzes Schaf seine Verpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmern nicht erfüllt.

Die offene Formulierung des Gesetzes „Werk- oder Dienstleistungen“ und auch die Gesetzesbegründung, die „insbesondere“ Generalunternehmen in die Pflicht nehmen will, schließt nicht aus, auch den Großinvestor, der zu gewerblichen Zwecken beispielsweise eine Mall mit Hunderten von Geschäften und Hunderten von Wohnungen darüber errichten lässt, ebenfalls in die Pflicht zu nehmen.

## III. Die Haftung des Bauträgers

Die Unterscheidung ist aber auch beim Blick auf die Praxis der Investoren wenig überzeugend. Der Bauträger tritt in der Regel nicht mehrfach in Erscheinung, um mehrere oder in der Folge immer neue Bauvorhaben zu verwirklichen, um dann die Eigentumswohnungen beispielsweise zu verkaufen. Typischerweise gründen die hinter dem Bauträger stehenden Unternehmen für jedes Vorhaben, wenn sie denn eine gewisse Größe erreichen, jeweils immer neue Unternehmen, die das Risiko vom eigentlichen Dahinterstehenden abschirmen. Auch der hinter der Shopping Mall stehende Spiritus Rector des in der vorbenannten BAG-Entscheidung in Anspruch genommenen Bauherrn hat bereits mehrere Shopping Malls in Berlin mit immer neuen Firmen aufgebaut. Er arbeitet hierbei selbstverständlich mit immer dem gleichen Architekten zusammen, wie er freimütig in Interviews bekundet. Selbstverständlich gehen derlei Personen kein persönliches Haftungsrisiko ein, sondern gründen in der Regel für jedes neue Vorhaben eine neue GmbH und investieren in diese bzw. suchen Gesellschafter, die ihr Geld in solche Investitionsprojekte investieren.

Warum ein solches Vorgehen zu einer Privilegierung bei der Frage des Haftungsdurchgriffs führen soll, erschließt sich nicht. Es gibt deutlich kleinere Bauträger als jene Investoren, die sich zur Vermietung und Verpachtung entschlossen ha-

ben, also die Immobilie selbst behalten wollen und deshalb nicht haften.

Unklar ist überdies, was gelten soll, wenn der Investor zugleich Bauträger ist, wenn er beispielsweise 50 % der Gebäudedeckelung behält, um sie zu vermieten und zu verpachten, die andere Hälfte aber verkauft. Haftet er dann nur zur Hälfte oder nur jenen Arbeitnehmern, die in einer der Ladenflächen oder Wohnungen tätig waren, die zufälligerweise verkauft wurden? Offensichtlich eine wenig geeignete Unterscheidung.

Was ist mit der Haftung jener Investoren, die feststellen müssen, dass sich die von ihnen errichteten Wohnungen beispielsweise wegen eines Mietendeckels nicht ertragreich vermieten lassen und sich nach Fertigstellung entschließen, diese zu verkaufen, da hiermit höhere Renditen gemacht werden? Haftet sie dann nachträglich doch wie ein Bauträger? Und was ist mit jenem Bauträger, der die umgekehrte Erfahrung macht und feststellt, dass sein ursprünglicher Plan des Verkaufs nicht funktioniert, und sich entschließt, im Zuge der Fertigstellung die Läden und Wohnungen zu vermieten und zu verpachten? Wird er damit privilegiert und haftet nicht?

Aus der Sicht der zu schützenden Arbeitnehmer ist die Sache eindeutig. Für sie ist häufig nicht erkennbar, ob sie auf der Baustelle eines Bauträgers tätig sind, den sie, wenn ihr direkter Arbeitgeber oder der Generalunternehmer ausfällt, möglicherweise in Haftung nehmen können, oder ob es sich um einen Investor handelt, der die Gebäude lediglich vermietet und verpachten will, und sie daher leer ausgehen, wenn ihr Arbeitgeber nicht mehr zu greifen ist und der Generalunternehmer Insolvenz anmeldet. Um es klar zu sagen: Die Differenzierung zwischen Bauträgern einerseits und Bauherren, die das Objekt zur Vermietung behalten, taugt nicht als vernünftige Unterscheidung. Will man die Bürgenhaftung als zu weitgehend beschränken, müsste man konsequenterweise den Bauträger ebenfalls davon ausnehmen. Bezieht man aber aus guten Gründen den Bauträger mit in die Haftung ein, besteht kein Grund, Investoren, die lediglich die Vermietung und Verpachtung vor Augen haben, von der Haftung auszunehmen.

Bei Lichte betrachtet ist die Haftungsprivilegierung der Investoren ein Geschäftsmodell, das sich auch in den Projektkosten abbildet. Der Bauträger wird sein Risiko einpreisen müssen bzw. verschärft auf die Generalunternehmer und Subunternehmerkette achten müssen, damit er nicht selbst haftet.

## IV. Schluss – Gleichheitswidrige Differenzierung

Zwar hatte der Gesetzgeber bereits in der Vergangenheit die Gelegenheit zur Korrektur. Möglicherweise hat er die hier aufgezeigte gleichheitswidrige Differenzierung nicht erkannt. Dem Wortlaut der Vorschrift nach muss der Gesetzgeber hier keine Korrektur vornehmen. Das BAG hätte die Korrektur in der besprochenen Entscheidung vornehmen können.<sup>5</sup> Es hat die Gelegenheit nicht genutzt. Vielleicht bietet sich wegen der gleichheitswidrigen Anwendung des § 14 S. 1 AEntG und mithin der Verfassungswidrigkeit, die durch die Entscheidung des BAG bewirkt wird, die Möglichkeit, diese Haftungsfrage an anderer Stelle weiterzuentwickeln. ■

3 Das BAG differenziert nach dem Eigenbedarf, hier dem gewerblichen Eigenbedarf, der den Haftungsdurchgriff ausschließt (BAG v. 16.10.2019 – 5 AZR 241/18, NZA 2020, 112 (115)).

4 Aus der aml. Begr. ergibt sich, dass die Beschränkung der Durchgriffshaftung die Privilegierung von Privatleuten in Ausübung nichtgewerblicher Tätigkeit bezweckt (BT-Drs. 14/45, 26, 14. WP v. 17.11.1998); vgl. auch BT-Drs. 16/10486, 14, 16. WP v. 7.10.2008 (zu § 10 des Entwurfs, dem späteren § 14); die aml. Begr. des Jahres 1996 zu § 1 a AEntG aF kam noch ohne den Zusatz „insbesondere“ aus.

5 Vgl. Stähle, NZA-RR 2019, 462.