

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 190/11
10 Sa 528/10
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Mai 2012

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Mai 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht

Reinfelder und Mestwerdt sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Zielke und Rudolph für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 19. November 2010 - 10 Sa 528/10 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 9. März 2010 - 2 Ca 3857/08 - abgeändert und der Beklagte verurteilt, an den Kläger 3.595,31 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30. Dezember 2008 zu zahlen.
3. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Ansprüche aus Bürgenhaftung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (*AEntG*). 1

Der Kläger ist die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft, eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes in der Rechtsform eines Vereins mit eigener Rechtspersönlichkeit kraft staatlicher Verleihung. Er hat nach den für allgemeinverbindlich erklärten Vorschriften des Bundesrahmentarifvertrags des Baugewerbes (*BRTV*) und des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (*VTV*) vom 20. Dezember 1999 in der jeweils geltenden Fassung insbesondere die Aufgabe, die Auszahlung der tariflichen Urlaubsvergütung an Arbeitnehmer der Bauwirtschaft zu sichern. Zur Finanzierung seiner Leistungen erhebt er von Arbeitgebern Beiträge. 2

Der Beklagte betreibt ein Bauträgerunternehmen, das keine eigenen Bauarbeitnehmer beschäftigt. Die Tätigkeit erstreckt sich auf die Erstellung von 3

Wohnhäusern und Geschäftsgebäuden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, die in der Folgezeit veräußert werden.

Mit als „Subunternehmer Rohbau“ überschriebenen Bauverträgen von Juni und Dezember 2004 beauftragte der Beklagte die O & K Baugesellschaft mbH (*im Folgenden: Firma O*) mit der Erbringung von Bauarbeiten auf Baustellen in Schwalbach und Wiesbaden. Die Firma O beauftragte ihrerseits das polnische Bauunternehmen Q Sp. z. o. o. (*im Folgenden: Firma Q*) mit den Rohbauarbeiten auf diesen Baustellen. 4

Im Betrieb der Firma Q wurden - auch einschließlich der nicht in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer - überwiegend Rohbauarbeiten verrichtet. Die Firma Q beschäftigte auf den Baustellen des Beklagten in Deutschland zwischen Dezember 2004 und Januar 2006 aus Polen entsandte gewerbliche Arbeitnehmer. Sie nahm am Urlaubskassenverfahren teil, zahlte jedoch einen restlichen Betrag iHv. 3.595,31 Euro nicht an den Kläger. 5

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Beklagte hafte gemäß § 1a Satz 1 AEntG aF wie ein Bürge für die von der Firma Q geschuldeten Urlaubskassenbeiträge. Der Beklagte sei Auftraggeber innerhalb der Subunternehmerkette. Als Bauträger sei er Unternehmer iSv. § 1a AEntG aF. 6

Der Kläger hat beantragt, 7
den Beklagten zu verurteilen, an ihn 3.595,31 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat die Auffassung vertreten, als Bauherr sei er von der Bürgenhaftung ausgenommen. Bei keinem der von ihm geplanten und realisierten Bauprojekte habe er eine vertragliche Verpflichtung vor Baubeginn übernommen. Es fehle daher bereits an dem Haftungsmerkmal der „eigenen Leistungspflicht“. In der Regel führe er erst nach Rohbaubeginn und vor Beginn der Ausbauphase Verkaufsgespräche mit Interessenten. 8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 9

hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Der Kläger hat nach § 1a AEntG aF (*in der bis 30. Juni 2007 geltenden Fassung*) gegenüber dem Beklagten wie einem Bürgen Anspruch auf Zahlung restlicher Beiträge iHv. 3.595,31 Euro nebst Zinsen. Der Beklagte war als Bauträger Unternehmer iSd. § 1a AEntG aF. 10

I. Die Voraussetzungen der Bürgenhaftung des Beklagten nach § 1a AEntG aF liegen vor. 11

1. Gemäß § 1a Satz 1 AEntG aF haftet ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung einer Bauleistung iSd. § 211 Abs. 1 SGB III (*ab dem 1. April 2006: § 175 Abs. 2 SGB III*) beauftragt, ua. für die Verpflichtung dieses Unternehmers oder eines Nachunternehmers zur Zahlung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien nach § 1 Abs. 3 Satz 2 AEntG aF wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Bauleistungen nach § 211 Abs. 1 Satz 2 SGB III bzw. § 175 Abs. 2 Satz 2 SGB III (*jetzt § 101 Abs. 2 Satz 2 SGB III*) sind alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen. 12

2. Der Beklagte ist Unternehmer iSv. § 1a AEntG aF. 13

a) Nach § 14 Abs. 1 BGB ist Unternehmer jede natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Darunter fallen auch Freiberufler, Handwerker, Landwirte und Kleingewerbetreibende. Danach ist der Beklagte Unternehmer; denn er erstellt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf eigene Rechnung 14

und im eigenen Namen Wohnhäuser und Geschäftsgebäude, um sie anschließend zu veräußern.

b) Der Begriff „Unternehmer“ in § 1a AEntG aF ist allerdings entsprechend dem vom Gesetzgeber verfolgten Sinn und Zweck der Bürgenhaftung einschränkend auszulegen (*BAG 28. März 2007 - 10 AZR 76/06 - Rn. 12 ff., EzA AEntG § 1a Nr. 5; 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01 - zu III 2 b der Gründe mwN, BAGE 113, 149*). 15

aa) Nach der Gesetzesbegründung sollte mit § 1a AEntG aF eine Haftung des Generalunternehmers eingeführt werden. Dieser soll darauf achten, dass seine Subunternehmer die nach dem AEntG zwingenden Arbeitsbedingungen einhalten (*BT-Drucks. 14/45 S. 17 f.*). Dabei sollten alle Bauaufträge im Rahmen der Geschäftstätigkeit erfasst werden, eine Ausdehnung der Durchgriffshaftung auf Privatleute war demgegenüber nicht beabsichtigt (*BT-Drucks. 14/45 S. 26*). Die Generalunternehmer würden in Zukunft wieder verstärkt Aufträge an zuverlässige kleine und mittlere Unternehmen vergeben, von denen sie wüssten, dass sie die gesetzlichen Bestimmungen einhalten. Eine Belastung kleiner und mittlerer Betriebe sei daher nicht zu befürchten (*Plenarprotokoll 14/14 Verhandlung des Deutschen Bundestages vom 10. Dezember 1998 S. 868 D*). 16

bb) Der Gesetzgeber wollte damit nicht jeden Unternehmer iSv. § 14 Abs. 1 BGB, der eine Bauleistung in Auftrag gibt, in den Geltungsbereich des § 1a AEntG aF einbeziehen. Sinn des Gesetzes war vielmehr, Bauunternehmen, die sich verpflichtet haben, ein Bauwerk zu errichten, und dies nicht mit eigenen Arbeitskräften erledigen, sondern sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtung eines oder mehrerer Subunternehmen bedienen, als Bürgen haften zu lassen, damit sie letztlich im eigenen Interesse verstärkt darauf achten, dass die Nachunternehmer die nach § 1 AEntG aF zwingenden Arbeitsbedingungen einhalten. Da diesen Bauunternehmen der wirtschaftliche Vorteil der Beauftragung von Nachunternehmern zugutekommt, sollen sie für die Lohnforderungen der dort beschäftigten Arbeitnehmer nach § 1a AEntG aF einstehen (*BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01 - zu III 2 b bb der Gründe, BAGE 113, 149; Franzen SAE 2003, 190, 192*). 17

- cc) Dementsprechend treffen diese Ziele des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes nicht auf Privatleute oder Unternehmer zu, die lediglich als Bauherren eine Bauleistung in Auftrag geben. Sie beschäftigen keine eigenen Bauarbeiter und beauftragen keine Subunternehmen, die für sie eigene Leistungspflichten erfüllen. Sie fallen daher nicht in den Geltungsbereich des § 1a AEntG aF (*BAG 28. März 2007 - 10 AZR 76/06 - Rn. 14, EzA AEntG § 1a Nr. 5*). 18
- c) Bauträger sind nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung als Unternehmen iSd. § 1a AEntG aF und nicht als bloße Bauherren anzusehen (*ebenso Koberski/Asshoff/Hold AEntG 2. Aufl. § 1a Rn. 11; Koberski/Asshoff/Enstrüp/Winkler AEntG 3. Aufl. § 14 Rn. 18*). 19
- aa) Wesentlicher Inhalt der Bauträgetätigkeit ist, dass der Bauträger sich zur Errichtung eines Bauwerks auf einem eigenen oder von ihm noch zu beschaffenden Grundstück verpflichtet und dem Erwerber das Eigentum am Grundstück und dem darauf erstellten Gebäude verschafft. Der Bauträger tritt im Regelfall im eigenen Namen auf, sodass Vertragspartner des Bauunternehmers der Bauträger selbst und nicht der Erwerber wird (*Werner/Pastor/Müller Baurecht von A-Z 6. Aufl. Stichwort: Bauträger*). 20
- bb) Das Bauträgerunternehmen fungiert damit gerade nicht als bloßer „Bauherr“ oder „Letztbesteller“, der lediglich einen Eigenbedarf befriedigt (*vgl. zu diesem Aspekt bei der Beschäftigung eigener Arbeitnehmer: BAG 14. Dezember 2005 - 10 AZR 180/05 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 280 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 126*). Vielmehr ist die Beauftragung von Bauleistungen wesentlicher, unmittelbarer Gegenstand des Unternehmens (*vgl. BSG 27. Mai 2008 - B 2 U 11/07 R - Rn. 20, BSGE 100, 243*). Der Bauträger baut nicht aus privaten Gründen oder um durch den Bau anderen eigenen gewerblichen Zwecken zu dienen, sondern um die errichteten Gebäude vor, während oder spätestens nach Abschluss der Bauarbeiten gewinnbringend zu veräußern. Dabei erfüllt er mit der Bautätigkeit eine, ggf. vorweggenommene, eigene Leistungspflicht gegenüber dem Erwerber, die sich bei einem Erwerb während der Bauphase in eine unmittelbare Leistungspflicht umwandelt. Diese Leistungspflicht kann er entweder durch eigenes Personal erfüllen oder - typischer-

weise - an ein anderes Unternehmen weitergeben. Damit kommt auch dem Bauträger der wirtschaftliche Vorteil der Beauftragung von Nachunternehmern zugute, er nutzt den Vorteil von Subunternehmerketten für seine gewerbsmäßige Tätigkeit (*BAG 28. März 2007 - 10 AZR 76/06 - Rn. 16, EzA AEntG § 1a Nr. 5*). Der präventive Zweck des § 1a AEntG aF, nämlich den Hauptunternehmer zu veranlassen, bei der Vergabe von Aufträgen an Nachunternehmer auf deren Zuverlässigkeit zu achten (*vgl. BAG 8. Dezember 2010 - 5 AZR 95/10 - Rn. 20, AP AEntG § 1a Nr. 4 = EzA AEntG § 1a Nr. 7*), greift auch bei Bauträgerunternehmen ein. Hierzu ist der Bauträger aufgrund der mit seiner Tätigkeit verbundenen Marktkenntnis typischerweise in der Lage. Damit ist seine Situation derjenigen des Generalunternehmers (*Werner/Pastor/Müller Baurecht von A-Z 6. Aufl. Stichwort: Generalunternehmer*), der in der Regel ebenfalls sämtliche Bauleistungen für die Errichtung eines Bauwerks zu erbringen hat, deutlich angenähert. Der wesentliche Unterschied liegt lediglich darin, dass der Generalunternehmer regelmäßig auf einem Grundstück baut, das dem Auftraggeber gehört, während der Bauträger noch Eigentümer des Grundstücks ist. Ziel der Tätigkeit ist aber dessen Veräußerung, im Regelfall noch während der Bauphase.

cc) Dabei spielt es entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts keine Rolle, ob der Beklagte zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe bereits Vertragspflichten gegenüber den zukünftigen Erwerbern übernommen hatte. Es kann nicht darauf ankommen, ob sich das Unternehmen bereits zum Zeitpunkt der Beauftragung des Nachunternehmers zur Errichtung des Gebäudes verpflichtet hat oder ob es dies mit dem Wissen und der Absicht tut, das Gebäude während oder nach der Errichtung zu verkaufen. Für eine solche Differenzierung gibt es unter dem Blickwinkel des Sinns und Zwecks der Haftung keinen Grund (*BSG 27. Mai 2008 - B 2 U 11/07 R - Rn. 22, BSGE 100, 243*). Die Zielrichtung der Eingehung solcher Vertragspflichten ist mit der Geschäftstätigkeit eines Bauträgerunternehmens notwendigerweise verbunden. Im Übrigen trägt der Beklagte lediglich vor, er führe „in der Regel“ erst nach Rohbaubeginn und vor Beginn der Ausbauphase Verkaufsgespräche mit Interessenten. Dies zeigt, dass in der Praxis des Bauträgersgeschäfts die Eingehung von Verpflich-

22

tungen gegenüber den Erwerbern in verschiedenen Phasen erfolgt, sodass dieser Zeitpunkt kein geeignetes Abgrenzungskriterium darstellt; zudem wird regelmäßig zumindest die Verpflichtung zum Ausbau an Subunternehmen weitergegeben.

d) Beim Beklagten handelt es sich nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts um ein Bauträgerunternehmen, das Wohnhäuser und Geschäftsgebäude, die in der Folgezeit veräußert werden, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erstellt. Die vom Beklagten in der Revision verwendete Bezeichnung als „Grundstückerschließungs- und Immobilienunternehmen“ führt zu keinem anderen Ergebnis. Maßgeblich ist, dass der Beklagte die Bauwerke nicht für eigene andere Zwecke hat errichten lassen, sondern die Beauftragung von Bauleistungen wesentlicher, unmittelbarer Gegenstand des Unternehmens war. 23

3. Der Beklagte hat die Firma O mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt. Er haftet damit wie ein Bürge nach § 1a AEntG aF auch für die Verpflichtungen der Firma Q als von der Firma O beauftragtem Nachunternehmen. 24

Die Firma Q verrichtete nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts arbeitszeitlich überwiegend Bauarbeiten iSd. § 1 Abs. 2 Abschnitt V VTV. Gemäß § 1 Abs. 1, Abs. 3 AEntG aF iVm. § 18 Abs. 1 Satz 2, § 22 Abs. 1 Satz 1 VTV vom 20. Dezember 1999 idF der Änderungsstarifverträge vom 17. Dezember 2003, 14. Dezember 2004 und 15. Dezember 2005 war sie verpflichtet, Beiträge zu zahlen. Nach den ebenfalls nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nahm die Firma Q zwar am Urlaubskassenverfahren teil, schuldet dem Kläger aber noch einen restlichen Betrag von 3.595,31 Euro. 25

4. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB; Zinsen sind ab dem Tag nach der Klagezustellung geschuldet. 26

II. Der Beklagte hat gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. 27

Mikosch

W. Reinfelder

Mestwerdt

Zielke

Rudolph