

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 95/10
4 Sa 14/09
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. Dezember 2010

URTEIL

Klapp, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. Dezember 2010 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richter Feldmeier und Mandrossa für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 18. Januar 2010 - 4 Sa 14/09 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die klagende Bundesagentur für Arbeit nimmt die Beklagte als Haupt- 1
unternehmerin wegen der Leistung von Insolvenzgeld aus übergegangenem
Recht nach § 1a Arbeitnehmer-Entsendegesetz in der vom 1. Januar 1999 bis
zum 31. März 2006 geltenden Fassung (*im Folgenden: AEntG aF*) in Anspruch.
- Die Beklagte ist ein Bauunternehmen und führte über eine Arbeits- 2
gemeinschaft (*im Folgenden: ARGE*), an der sie und die inzwischen mit ihr
fusionierte M GmbH & Co. KG beteiligt waren, das Bauvorhaben „S“ durch. Die
ARGE betraute die HTSL (*im Folgenden: HTSL*) mit der Ausführung von Beton-
und Stahlbetonarbeiten. Die HTSL stellte am 25. Februar 2005 Insolvenzantrag,
mit Beschluss des Amtsgerichts Magdeburg vom 1. April 2005 wurde über ihr
Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet.
- Die Klägerin gewährte 69 Arbeitnehmern der HTSL Insolvenzgeld und 3
meldete mit Schreiben vom 8. April 2005 übergegangene Ansprüche auf
Arbeitsentgelt iHv. 250.000,00 Euro zur Tabelle an. Mit Schreiben vom
14. Dezember 2007 machte sie gegenüber der Beklagten einen Anspruch nach
§ 1a AEntG aF iHv. 201.225,80 Euro geltend.
- Mit ihrer am 21. Dezember 2007 als Teilklage über 31.903,84 Euro ein- 4
gereichten und mit Schriftsatz vom 6. Mai 2008 erweiterten Klage hat die
Klägerin geltend gemacht, die 69 Arbeitnehmer der HTSL, denen sie Insolvenz-
geld gewährte, seien im Insolvenzgeldzeitraum auf dem Bauvorhaben „S“

beschäftigt gewesen. Deren Ansprüche gegen die Beklagte aus § 1a AEntG aF seien nach § 187 SGB III auf sie übergegangen.

Die Klägerin hat zuletzt sinngemäß beantragt, 5
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 141.041,09 Euro nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 31.903,84 Euro seit dem 21. Dezember 2007 und aus 109.137,25 Euro seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, die Haftung nach § 1a AEntG aF gehe nicht auf die Bundesagentur für Arbeit über. Das ergebe sich aus dem Schutzzweck der Vorschrift und aus ihren Grundrechten. Zudem hat sie sich auf den Verfall der Ansprüche berufen. 6

Das Arbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. 7

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. 8

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Klageabweisung im Wesentlichen damit begründet, die 69 Arbeitnehmer der HTSL, denen die Klägerin Insolvenzgeld gewährte, hätten zwar - folge man der Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts - gegen die Beklagte Ansprüche nach § 1a AEntG aF, weil es nicht darauf ankomme, ob der Mindestlohn wegen „Leistungsunwilligkeit“ oder „Leistungsunfähigkeit“ nicht gezahlt werde. Diese Ansprüche seien aber nicht nach § 187 Satz 1 SGB III auf die Klägerin übergegangen. Das ergebe eine verfassungskonforme Auslegung der Norm. Den Gesetzesmaterialien seien keine Hinweise dafür zu entnehmen, der Gesetzgeber habe den Fall der Insolvenz des Nachunternehmers bedacht bzw. die wirtschaftliche Entlastung der 9

Bundesagentur für Arbeit als Zielsetzung erwogen. Sinn und Zweck der Regelung sprächen dafür, das Insolvenzrisiko des Nachunternehmers dem Hauptunternehmer nur im Falle seiner Inanspruchnahme durch die beim Nachunternehmer beschäftigten Arbeitnehmer aufzuerlegen, nicht aber bei einer Inanspruchnahme durch die Bundesagentur für Arbeit aus übergegangenem Recht. Anderenfalls eröffne sich der Bundesagentur für Arbeit eine Möglichkeit zur Refinanzierung des Insolvenzgelds, die mit einer zusätzlichen Belastung des (*Bau-*)Hauptunternehmers verbunden wäre. Für eine Ungleichbehandlung der Unternehmen der Bauwirtschaft gegenüber Unternehmen anderer Branchen, die Nachunternehmer einsetzen, seien im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG keine verfassungsrechtlich hinreichenden sachlichen Gründe erkennbar.

- II. Dem folgt der Senat im Ergebnis. 10
1. Der Anspruch eines Arbeitnehmers des Nachunternehmers gegen den Hauptunternehmer nach § 1a AEntG aF - sein Bestehen auch in der Insolvenz des Nachunternehmers zugunsten der Klägerin unterstellt - geht weder unmittelbar nach § 187 Satz 1 SGB III noch iVm. §§ 412, 401 Abs. 1 BGB auf die Klägerin über. 11
- a) Gemäß § 187 Satz 1 SGB III gehen mit dem Antrag auf Insolvenzgeld auf die Bundesagentur für Arbeit über die Ansprüche auf Arbeitsentgelt, die einen Anspruch auf Insolvenzgeld begründen. Das ist der (*Mindest-*)Lohnanspruch des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber (*vgl. § 183 Abs. 1 SGB III; Krodel in Niesel SGB III 4. Aufl. § 183 Rn. 61*), nicht aber die Haftung nach § 1a AEntG aF. Letztere begründet keinen Anspruch auf Insolvenzgeld. Soweit die Entscheidungen des Senats vom 12. Januar 2005 (- 5 AZR 617/01 - zu IV 2 b bb (1) und IV 2 c dd (4) der Gründe, BAGE 113, 149 und - 5 AZR 279/01 - zu V 2 b bb (1) und V 2 c dd (4) der Gründe, EzAÜG AEntG § 1a Nr. 7) dahingehend verstanden werden könnten, der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Hauptunternehmer aus § 1a AEntG aF gehe nach § 187 Satz 1 SGB III auf die Bundesagentur für Arbeit über, hält der Senat daran nicht fest. 12

b) Der Übergang der Haftung nach § 1a AEntG aF vollzieht sich auch nicht aufgrund von §§ 412, 401 Abs. 1 BGB. Nach § 412 BGB findet auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes ua. die Vorschrift des § 401 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung. Danach gehen mit der abgetretenen Forderung die Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über. 13

Die Haftung nach § 1a AEntG aF ist keine iSd. § 401 Abs. 1 BGB bestellte Bürgschaft, sondern eine gesetzlich angeordnete Bürgenhaftung (vgl. BAG 2. August 2006 - 10 AZR 688/05 - Rn. 14, BAGE 119, 170; Mohr in Thüsing AEntG § 14 Rn. 3). Es ist zwar allgemein anerkannt, dass die Aufzählung in § 401 Abs. 1 BGB nicht abschließend ist und die analoge Anwendung der Vorschrift auf nicht ausdrücklich genannte Nebenrechte im Gesetzgebungsverfahren als selbstverständlich vorausgesetzt wurde. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift erfasst sie auch andere unselbständige Sicherungsrechte sowie Hilfsrechte, die zur Durchsetzung der Forderung erforderlich sind (BGH 7. Dezember 2006 - IX ZR 161/04 - ZInsO 2007, 94; 19. März 1998 - IX ZR 242/97 - BGHZ 138, 179; ähnlich BAG 23. Januar 1990 - 3 AZR 171/88 - zu III 2 b der Gründe, BAGE 64, 62). Die Haftung nach § 1a AEntG aF ist aber im Verhältnis zum Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber nicht als ein solches Nebenrecht anzusehen (aA, jedoch ohne Begründung, Däubler/Lakies TVG 2. Aufl. Anh. 2 zu § 5 TVG Rn. 14; Koberski/Asshoff/Hold AEntG 2. Aufl. § 1a Rn. 25; Ulber AEntG § 14 Rn. 23; Voelzke in Hauck/Noftz SGB III Stand Dezember 2010 § 187 Rn. 27). Zur Durchsetzung des Mindestlohnanspruchs des Arbeitnehmers ist der Übergang der gesetzlich angeordneten Bürgenhaftung nicht erforderlich, denn mit dem Insolvenzgeld ist dem Arbeitnehmer in diesem Umfange die Erfüllung seines Anspruchs gewiss. 14

Zudem ergibt sich dieses Ergebnis aus den Normzwecken des § 1a AEntG aF. § 401 Abs. 1 BGB bezweckt, dass bei der Übertragung einer Forderung die mit ihr verbundenen rechtlichen Vergünstigungen und Vorteile auch dem neuen Gläubiger erhalten bleiben (MünchKommBGB/Roth 5. Aufl. 15

§ 401 BGB Rn. 1). Bei der Abtretung der Hauptforderung gehen deshalb auch solche Nebenrechte auf den neuen Gläubiger über, die zwar nicht in § 401 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannt sind, aber gleichwohl der Verwirklichung und Sicherung der Hauptforderung dienen (*Staudinger/Busche Neubearbeitung 2005 § 401 BGB Rn. 28*). Über den Zweck des § 401 Abs. 1 BGB geht die Haftung des Hauptunternehmers nach § 1a AEntG aF jedoch hinaus. Sie ist kein bloßes Hilfsrecht zur Durchsetzung des Mindestlohnanspruchs aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Nachunternehmer, sondern verschafft dem Arbeitnehmer einen weiteren Schuldner, den er unmittelbar in Anspruch nehmen kann. Die Haftung nach § 1a AEntG aF dient nicht nur der Sicherung des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers gegen den Nachunternehmer. Darüber hinaus verfolgt sie präventive Zwecke. Seine Haftung nach § 1a AEntG aF soll den Hauptunternehmer veranlassen, bei der Vergabe von Aufträgen an Nachunternehmer verstärkt auf deren Zuverlässigkeit zu achten und so dazu beizutragen, dass zwingende Mindestarbeitsbedingungen eingehalten werden (*BVerfG 20. März 2007 - 1 BvR 1047/05 - zu IV 2 b bb (2) (b) der Gründe, EzAÜG GG Nr. 9*). Außerdem wollte der Gesetzgeber Schwarzarbeit in der Bauwirtschaft verhindern, mehr Arbeitsplätze schaffen und Schmutzkonzurrenz unterbinden, die kleinere und mittlere Betriebe in der Vergangenheit vom Markt gedrängt hatte (*vgl. BVerfG 20. März 2007 - 1 BvR 1047/05 - zu IV 2 b bb (1) (a) der Gründe, aaO; BT-Drucks. 14/45 S. 17; BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01 - zu IV 2 b bb (1) der Gründe, BAGE 113, 149*). Das verbietet es, die Haftung des Hauptunternehmers nach § 1a AEntG aF als bloßes Nebenrecht zum Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers gegen den Nachunternehmer anzusehen und schließt die analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB aus.

2. Die Verfahrensrüge, das Landesarbeitsgericht habe § 139 ZPO verletzt, weil es nicht auf seine Rechtsauffassung zum Übergang des Anspruchs aus § 1a AEntG aF hingewiesen habe und die Klägerin sich bei einem entsprechenden Hinweis die Ansprüche der Arbeitnehmer hätte abtreten lassen, greift nicht durch.

16

- a) Ein Gericht ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Parteien vorab auf seine Rechtsauffassung oder die beabsichtigte Würdigung des Prozessstoffs hinzuweisen (*BVerfG 5. November 1986 - 1 BvR 706/85 - BVerfGE 74, 1; BVerwG 29. Januar 2010 - 5 B 37.09 - Buchholz 310 § 108 Abs. 2 VWGO Nr. 83; BAG 31. August 2005 - 5 AZN 187/05 - zu II 1 der Gründe mwN, AP ArbGG 1979 § 72a Rechtliches Gehör Nr. 7 = EzA ArbGG 1979 § 72a Nr. 104*). Zudem verpflichtet § 139 ZPO den Richter nicht, auf eine andere Begründung des mit der Klage verfolgten Anspruchs hinzuwirken und ihr so erst den Boden zu bereiten, auf dem sie zum Erfolg geführt werden könnte (*RG 17. Oktober 1924 - VII 939/23 - RGZ 109, 69; vgl. auch Zöller/Greger ZPO 28. Aufl. § 139 ZPO Rn. 17 mwN*). 17
- b) Im Übrigen hätte sich die Klägerin Ansprüche der Arbeitnehmer aus § 1a AEntG aF nach der Gewährung von Insolvenzgeld nicht mit Erfolg abtreten lassen können. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Haftung des Hauptunternehmers nach § 1a AEntG aF entsprechend dem Gesetzeswortlaut auch im Falle der Insolvenz des Nachunternehmers besteht oder dem Art. 12 Abs. 1 GG entgegensteht. Das hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich offengelassen (*BVerfG 20. März 2007 - 1 BvR 1047/05 - zu IV 2 b bb (4) (b) der Gründe, EzAÜG GG Nr. 9*) und braucht der Senat nicht zu entscheiden. Des Weiteren kann dahingestellt bleiben, ob die Haftungsschuld nach § 1a AEntG aF überhaupt isoliert von der Lohnforderung gegen den Arbeitgeber (*Nachunternehmer*) abgetreten werden kann (*vgl. zur vertraglichen Bürgschaft verneinend BGH 19. September 1991 - IX ZR 296/90 - zu II 1 der Gründe mwN, BGHZ 115, 177*). Denn die Haftung des Hauptunternehmers erlischt in der Insolvenz des Nachunternehmers jedenfalls mit dem Erreichen des Sicherungszwecks des § 1a AEntG aF. Ebenso wie bei der Zahlung des Mindestlohns durch den Nachunternehmer ist das jedenfalls mit und im Umfang der Zahlung von Insolvenzgeld durch die Bundesagentur für Arbeit und damit der Erfüllung der Mindestlohnansprüche der Arbeitnehmer der Fall. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, das Gesetz habe eine „Doppelsicherung“ der Mindestlohnansprüche oder einen Vorrang der Haftung des Hauptunternehmers gegenüber der Sozialversicherung gewollt. 18

aa) Der Zweck der Sicherstellung des Mindestlohns greift in der Insolvenz des Nachunternehmers nur insoweit ein, als die betroffenen Arbeitnehmer nicht durch den tatsächlichen Bezug von Insolvenzgeld nach §§ 183 ff. SGB III geschützt sind. Das Insolvenzgeld dient nach seiner Zielsetzung der Absicherung des Arbeitsentgelts des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers (*vgl. nur BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 106/05 - zu II 2 b der Gründe, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitgebers Nr. 36 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitgeberhaftung Nr. 4; Krodel in Niesel § 183 Rn. 4*) und stellt materiell eine eigenständige Sozialversicherung dar (*BSG 13. Mai 2009 - B 4 AS 29/08 R - Rn. 13, NZS 2010, 348; Voelzke in Hauck/Noftz § 183 Rn. 6a*). Das Insolvenzgeld wird nach § 358 SGB III finanziert durch eine von allen insolvenzfähigen Arbeitgebern erhobene Umlage. Dazu hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach entschieden, dass diese Art der Finanzierung nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, weil die Arbeitgeber Verantwortung für die Einhaltung ihrer Pflichten aus dem Arbeitsvertrag gegenüber ihren regelmäßig vorleistenden Arbeitnehmern tragen und das Insolvenzgeld sie lediglich durch eine versicherungsmäßige Risikoverteilung zwischen den Arbeitgebern belastet (*vgl. BVerfG 2. Februar 2009 - 1 BvR 2553/08 - Rn. 23 mwN, ZInsO 2009, 714*). Soweit die Arbeitnehmer aus diesen von allen insolvenzfähigen Arbeitgebern aufgebrachten Mitteln Insolvenzgeld erhalten und damit ihr Mindestlohnanspruch erfüllt wird, bedarf es keiner Sicherung ihrer Mindestlohnansprüche mehr.

19

bb) Der präventive Zweck des § 1a AEntG aF, nämlich den Hauptunternehmer zu veranlassen, bei der Vergabe von Aufträgen an Nachunternehmer auf deren Zuverlässigkeit zu achten, kann einen Vorrang der Haftung des Hauptunternehmers gegenüber der Sozialversicherung nicht begründen (*im Ergebnis aA Temming jurisPR-ArbR 10/2010 Anm. 6; Voelzke jurisPR-SozR 17/2010 Anm. 4*). Die Gesetzesmaterialien geben, worauf das Landesarbeitsgericht zutreffend hinweist, keinen Anhaltspunkt dafür, der Gesetzgeber habe mit der Haftung nach § 1a AEntG aF generell oder für den Fall, dass der Hauptunternehmer einen „unzuverlässigen“ Nachunternehmer beauftragt, die Bundesagentur für Arbeit, die durch die Zahlung von Insolvenzgeld wegen der auch

20

die Verwaltungskosten einschließenden Umlagefinanzierung nach § 358 SGB III finanziell nicht belastet wird, oder die Gesamtheit der das Insolvenzgeld finanzierenden Arbeitgeber entlasten wollen. Auch in der Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 20. April 2009 (*BGBI. I S. 799*) ist bei der Definition der Ziele des Gesetzes in § 1 AEntG nF davon nicht die Rede.

Zudem haftet ein Hauptunternehmer des Baugewerbes für die Umlage des Nachunternehmers zur Insolvenzgeldfinanzierung und trägt damit zu deren Finanzierung bei. Allerdings nur, wenn er nicht ohne eigenes Verschulden davon ausgehen konnte, der Nachunternehmer oder ein von ihm beauftragter Verleiher werde seine Zahlungspflicht erfüllen, § 359 Abs. 1 Satz 2 SGB III iVm. § 28e Abs. 3a und 3b SGB IV. Auch dies belegt den fehlenden Willen des Gesetzgebers, die Haftung nach § 1a AEntG aF als Finanzierungsquelle für das Insolvenzgeld heranzuziehen und eine Einstandspflicht des Hauptunternehmers für eine sozialversicherungsrechtliche Leistung zu begründen.

21

III. Die Klägerin hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen.

22

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Feldmeier

Mandrossa