

---

# Der Subunternehmervertrag und seine Gestaltung

Vortrag IHK Saarland vom 02.06.2022

Rechtsanwältin Almut Menn

Teil I Werkvertragliche Aspekte

Rechtsanwalt Dr. Kai Hüther

Teil II Arbeits- und Sozialrechtliche Aspekte

## 0. Einleitung und Agenda

---

- Gegenstand des Vortrages
- Agenda
- I. Haftung auf das Mindestentgelt (Spezieller Mindestlohn; MiLoG)
- II. Haftung auf Beiträge zum Sozialkassenverfahren
- III. Haftung für Sozialversicherungsbeiträge
- IV. Möglichkeiten zur Reduzierung des Haftungsrisikos (Risikomanagement)

# I. Haftung auf den Mindestlohn (Spezieller Mindestlohn; MiLoG)

---

## 1. Gesetzliche Haftungsgrundlage; Sinn und Zweck

- § 14 AEntG regelt: *„1Ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, haftet für die Verpflichtungen dieses Unternehmers, eines Nachunternehmers oder eines von dem Unternehmer oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleihers zur Zahlung des Mindestentgelts an Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen (oder zur Zahlung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien nach § 8, dazu später) wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat...“*
- Die Vorschrift soll nach dem Willen des Gesetzgebers der Verstärkung der tatsächlichen Wirksamkeit des Mindestlohnes dienen.

# I. Haftung auf den Mindestlohn (Spezieller Mindestlohn; MiLoG)

---

## 2. Gegenstand der Haftung: „Mindestentgelt“

### Tarifliche Mindestentgelte

tarifliche Entgeltansprüche iSv § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG: Tarifverträge über Branchen-Mindestlöhne

Mindestlöhne etwa in der Abfallwirtschaft, im Dachdeckerhandwerk, im Elektrohandwerk, im Schornsteinfegerhandwerk, im Maler- und Lackiererhandwerk sowie den Gerüstbauer

Mindestlohn am BAU: Mindestlohn I und II:

- Lohngruppe 1; 12,85€ pro Stunde: „einfache Bau- und Montagearbeiten nach Anweisung“, bzw. "einfache Wartungs- und Pflegearbeiten an Baumaschinen und Geräten nach Anweisung"
- Lohngruppe 2; 15,70€ pro Stunde: "fachlich begrenzte Arbeiten (Teilleistungen eines Berufsbildes oder angelernte Spezialtätigkeiten) nach Anweisung" sowie „Regelqualifikation“

### Gesetzlicher Mindestlohn (§ 13 MiLoG iVm § 14 AentG)

Seit dem 1.1.2022 **9,82€ brutto**

Ab dem 1.7.2022 **10,42€ brutto**

Ab dem 1.10.2022 **12,00€ brutto**

# I. Haftung auf den Mindestlohn (Spezieller Mindestlohn; MiLoG)

---

## 3. Umfang der Haftung

- Haftung das Nettoentgelt (d.h. abzüglich Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen)
- Auch, wenn im Einzelfall Tariflohn oder vertraglicher Lohn höher
- Nur für geleistete Arbeit; kein Annahmeverzugslohn, keine Verzugszinsen

## 4. Haftung „Wie ein Bürge“

- Verschuldensunabhängige Garantiehafung
- Arbeitnehmer des Nachunternehmers kann sich direkt an den Hauptunternehmer wenden, auch, wenn dieser nur zahlungsunwillig ist
- Keine Vorausklage gegen eigenen Arbeitgeber nötig
- Wahlrecht der Arbeitnehmer; Gesamtschuldner
- Aber:
  - Einrede der Verjährung und Berufen auf tarifvertragliche Ausschlussfrist bei Tariflohn möglich
  - Rückgriff beim Nachunternehmer möglich
  - Keine Haftung mehr, wenn Nachunternehmer Mindestentgelt zahlt

# 1. Haftung auf den Mindestlohn (Spezieller Mindestlohn; MiLoG)

---

## 5. sog. „Kettenhaftung“

Haftung in der gesamten Nachunternehmerkette

Bezüglich aller eingesetzten Personen, auch von weiteren Subunternehmern

Wahlrecht des eingesetzten Arbeitnehmers, welchen vorgeschalteten Unternehmer in Anspruch genommen wird

## 6. Verschuldensunabhängigkeit; fehlende Exkulpationsmöglichkeit

## 7. Weitere Risiken

Erhebliche Bußgelder bis zu 500.000€

Umfassende Prüfungskompetenz liegt beim Zoll mit sämtlichen polizeilichen Befugnissen

# I. Haftung auf den Mindestlohn (Spezieller Mindestlohn; MiLoG)

---

## 8. Problem: Wer ist „Auftraggeber“ im Sinne des AEntG und des MiLoG?

Fraglich, ob jeglicher Auftraggeber von Werk- oder Dienstleistungen haftet (Bsp.: Einsatz eines Gärtners zur Pflege des Betriebsgeländes)

Aber: Nur soweit ein Auftraggeber sich zur Erfüllung einer ihm selbst vertraglich obliegenden Verpflichtung zur Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen eines Subunternehmers bedient, haftet er auch.

Beispiel: Bauherr der „Mall of Berlin“ kein „Auftraggeber iS des Gesetzes (BAG vom 16.10.2019, Az.: 5 AZR 241/18)

## II. Haftung auf Beiträge zum Sozialkassenverfahren

---

### 1. Überblick

Grundlage ist wiederum § 14 AEntG

Mehrere Sozialkassenverfahren im Baugewerbe aufgrund allgemeinverbindlicher Tarifverträge:

- die wohl größte Sozialkasse, die SOKA-Bau,
- die SOKA-Dach,
- die SOKA-Gerüst,
- die Malerkasse und
- die EWGaLa (Einzugstelle Garten- und Landschaftsbau)

Verpflichtende Teilnahme

Werden im Unternehmen zu mehr als 50 Prozent der Arbeitszeit solche Tätigkeiten ausgeführt, ist es grundsätzlich beitragspflichtig

Unterschiedliche Beitragshöhe; unterschiedliche Beiträge

SOKA-Bau:

Urlaubsgeldverfahren (ULAK), Ausbildungsumlage, zusätzliche Altersversorgung (ZVK), Winterbeschäftigungsumlage

Beitragshöhe West 20,8% vom Bruttolohn

Fall: Bauträger ist kein Baubetrieb (BAG vom 14.07.2021, Az.: 10 AZR 190/20)



## II. Haftung auf Beiträge zum Sozialkassenverfahren

---

### 2. Gegenstand und Umfang der Haftung

Abzuführende Beiträge; alle konkret abzuführenden Beiträge, nicht nur bezogen auf den Mindestlohn

### 3. Haftung wie selbstschuldnerischer Bürge

### 4. Kettenhaftung

### 5. Verschuldensunabhängigkeit; keine Exkulpationsmöglichkeit

SOKA-Bau bietet Möglichkeiten zur Haftungsvermeidung an

- SOKA-BAU-Bescheinigung
- Auskünfte über Ihre Nachunternehmer
- Bürgenfrühwarnsystem
- Enthafungsbescheinigung

## III. Nachunternehmerhaftung für Sozialversicherungsbeiträge

---

### 1. Überblick

Nach § 28e Abs. 3a SGB IV haftet ein Unternehmer des Baugewerbes, welcher einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen im Sinne des § 101 Abs. 2 SGB III beauftragt, wie ein selbstschuldnerischer Bürge für die Pflicht des Nachunternehmers zur Abgabe von Sozialversicherungsbeiträgen.

Haftung aber erst ab einem geschätzten Gesamtwert aller für ein Bauwerk beauftragten Bauleistungen in Höhe von 275.000 Euro (Nettovolumen) im Zeitpunkt der fraglichen Auftragserteilung.

### 2. Lediglich subsidiäre Haftung

Der Hauptunternehmer haftet nur, wenn die Einzugsstelle den Subunternehmer gemahnt hat und die Mahnfrist abgelaufen ist

### 3. Exkulpationsmöglichkeiten

Präqualifikation nach Vergaberechtlichen Maßgaben bei einer der 6 PQ-Stellen

Unbedenklichkeitsbescheinigungen von Krankenkasse und BG: lückenlos für gesamten Zeitraum bis Abschluss des Auftrages

## IV. Möglichkeiten zur Reduzierung des Haftungsrisikos (Risikomanagement)

---

### 1. Probleme bei der Risikovermeidung

Keine Weisungsbefugnis des Generalunternehmers gegenüber Nachunternehmern

Kein Verzicht auf die Rechte nach § 14 AEntG durch die AN möglich

Ein vollständiger und genereller Haftungsausschluss innerhalb der Unternehmerkette ist unzulässig

Weitergabe von Beschäftigtendaten problematisch, auf Grundlage von § 26 BDSG (Erforderlichkeit zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses; Einwilligung) aber möglich

Gesetzeskonformität und Solvenz ausländischer Unternehmen schwer zu beurteilen.

## IV. Möglichkeiten zur Reduzierung des Haftungsrisikos (Risikomanagement)

---

### 2. Geeignete Gestaltungsmöglichkeiten

- Bestätigung des für den Auftragnehmer zuständigen Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers
- Verpflichtung des Subunternehmers zur Vorlage behördlicher Nachweise (u.a. Handelsregisterauszug, Gewerbeanmeldung, Handwerksrolleneintragung, Auszug aus dem Gewerbezentralregister, oder gleichwertige Bescheinigungen aus dem Herkunftsland)
- Präqualifikation und Unbedenklichkeitsbescheinigungen
- Dienstleistungen der SOKA-Bau
- Einbehaltung oder Hinterlegung von Entgeltbestandteilen bis zur Vorlage von Nachweisen
- Ausfallgarantien und Bankbürgschaften
- Verpflichtungserklärung des Subunternehmers bzgl. der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen (mit der Folge einer fristlosen Kündigung bei Zuwiderhandlungen oder falschen Angaben)
- Haftungs-Freistellungserklärung des Subunternehmers
- Zustimmungsvorbehalt für die Beauftragung von Nachunternehmern
- Erweiterung von Sicherheitsleistungen
- Kündigungsrechte
- Vertragsstrafen
- Möglichkeiten zum Baustellenverweis von Mitarbeitern mit unklarem Status
- Schulungsmaßnahmen des Personals des Hauptunternehmers (inkl. Compliance-Trainings und -Manuals)
- Keine Billiganbieter ; Angebote auf Mindestlohnverstöße prüfen (bei Unterschreitung marktüblicher Preise)

Vielen Dank und bis zum nächsten Mal!

---

**RAe Almut Menn und Dr. Kai Hüther**

rapräger Rechtsanwälte

0681-306410

[kanzlei@rapraeger.de](mailto:kanzlei@rapraeger.de)