

Aktenzeichen: 10 AZR 348/05  
Bundesarbeitsgericht 10. Senat

Urteil vom 2. August 2006  
- 10 AZR 348/05 -

I. Arbeitsgericht  
Kaiserslautern Kammer Pirmasens

Urteil vom 29. September 2004  
- 4 Ca 86/04 -

II. Landesarbeitsgericht  
Rheinland-Pfalz

Urteil vom 3. März 2005  
- 6 Sa 1014/04 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Bürgenhaftung - Erklärung des Bürgen mit Nichtwissen

Gesetze:

AEntG §§ 1, 1a, 3; BGB § 280 Abs. 1, §§ 388, 389, 767 Abs. 1, § 773 Abs. 1 Nr. 1; HGB § 349; SGB III § 211 Abs. 1; ZPO § 138 Abs. 4, § 287 Abs. 2, § 416; Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 20. Dezember 1999 § 1 Abs. 2, § 6

Leitsätze:

keine



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 348/05  
6 Sa 1014/04  
Landesarbeitsgericht  
Rheinland-Pfalz

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
2. August 2006

## URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 2. August 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Freitag, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Marquardt und den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Schmidt und die ehrenamtliche Richterin Alex für Recht erkannt:



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 3. März 2005 - 6 Sa 1014/04 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte auf Grund ihrer Bürgenhaftung Urlaubskassenbeiträge iHv. 18.979,64 Euro für die Monate September 2001 bis Januar 2002 an den Kläger abzuführen hat.

Der Kläger ist die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK). Diese ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes und hat insbesondere die Aufgabe, die Auszahlung der tariflichen Urlaubsvergütung zu sichern. Zur Finanzierung ihrer Leistungen erhebt sie von den Arbeitgebern Beiträge, die sie von außerhalb Deutschlands ansässigen Arbeitgebern selbst einzieht. Den Beitragseinzug regelte im Anspruchszeitraum der allgemeinverbindliche Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 20. Dezember 1999.

Die Beklagte handelt mit Baustählen und lässt diese von Subunternehmern verlegen. Sie beauftragte das Bauunternehmen I mit Sitz in der Türkei (Subunternehmerin) mit der Erbringung von Baustahlverlegearbeiten auf den Baustellen „T“ in F und „Fr“ in N. Die Subunternehmerin unterhielt in Ne eine Niederlassung. In der Gewerbeanmeldung vom 23. Oktober 2000 meldete sie „Stahlarmerungen“ an. Die Beklagte verlangte vor der Erteilung des Auftrags von der Subunternehmerin ua. den Nachweis einer ordnungsgemäßen Anmeldung bei der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes VVaG (ZVK) und der ULAK. Die Subunternehmerin übermittelte der Beklagten daraufhin zwei Schreiben der ZVK und ein Schreiben der ULAK. Im Schreiben vom 22. März 2001 teilte die ZVK der Subunternehmerin deren Betriebskenn-Nummer mit, unter der auch das Beitragskonto der Subunternehmerin geführt wurde. Im Schreiben vom 20. April 2001 bescheinigt die ZVK, dass nach den ihr vorliegenden Unterlagen die Subunternehmerin ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Sozialkassenbeiträge sowie der Winterbau-Umlage zur Aufbringung der Mittel für die Förderung der ganzjährigen



Beschäftigung in der Bauwirtschaft ordnungsgemäß nachgekommen ist. Im Schreiben der ULAK an die Subunternehmerin vom 20. März 2001 heißt es ua., dass für diese ein Beitragskonto eingerichtet worden ist.

Die Subunternehmerin setzte zur Ausführung der Baustahlverlegearbeiten auf den Baustellen „T“ in F und „Fr“ in N auch aus der Türkei nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer ein. Diese waren zum deutschen Arbeitsmarkt zugelassen. Für die Monate September 2001 bis Januar 2002 meldete die Subunternehmerin der ULAK beitragspflichtige Bruttolöhne der auf den Baustellen in F und in N eingesetzten Arbeitnehmer iHv. insgesamt 186.092,73 Euro. Auf Grund der in den Kalenderjahren 2001 und 2002 maßgeblichen Beitragssätze errechnete sich für die Monate September 2001 bis Januar 2002 ein Urlaubskassenbeitrag iHv. 26.535,31 Euro. Auf diese Beitragsschuld zahlte die Subunternehmerin insgesamt 7.555,66 Euro.

Nach der Beendigung der Baustahlverlegearbeiten Ende Januar 2002 zahlte die Beklagte der Subunternehmerin den sich aus deren Schlussabrechnung ergebenden Restbetrag aus. In einem Schreiben vom 14. Mai 2002 unterrichtete die ULAK die Beklagte über die selbstschuldnerische Bürgenhaftung nach § 1a AEntG und teilte ihr mit, dass die Subunternehmerin die geschuldeten Urlaubskassenbeiträge nicht vollständig entrichtet habe. In einem weiteren Schreiben vom 6. September 2002 verlangte die ULAK von der Beklagten auf Grund deren selbstschuldnerischer Bürgenhaftung ohne Erfolg die Zahlung von 18.979,64 Euro.

Die ULAK vertritt die Auffassung, die Beklagte hafte gemäß § 1a Satz 1 AEntG als Bürgin für die von der Subunternehmerin gemeldeten, aber nicht abgeführten Urlaubskassenbeiträge. Im Betrieb der Subunternehmerin seien in den Kalenderjahren des Klagezeitraums ausschließlich Baustahlverlegearbeiten ausgeführt worden. Die Beklagte könne als Bürgin für die Beitragsschuld der Subunternehmerin die Höhe der Beitragsforderung nicht mit Nichtwissen iSv. § 138 Abs. 4 ZPO bestreiten. Dies widerspräche dem Sinn und Zweck der in § 1a AEntG geregelten Bürgenhaftung. Diese solle den Hauptunternehmer dazu anhalten, dass ein von ihm beauftragter Subunternehmer die nach § 1 AEntG zwingenden Arbeitsbedingungen einhält. Die Beklagte stehe auch dem Lebenssachverhalt näher als sie. Es gehe um ihre Baustelle und um ihren Auftrag. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, die Beklagte ständig über ihre Beitragsansprüche und über die Beitragsrückstände der Subunternehmerin zu unterrichten. Ein Unternehmer im Baugewerbe könne die Auszahlung des Werklohnes vertraglich von dem Nachweis abhängig machen, dass sein Subunternehmer seine Beitrags-



schuld getilgt hat. Dass die Beklagte nach der Beendigung der Baustahlverlegearbeiten Ende Januar 2002 die Schlussrechnung der Subunternehmerin bezahlt habe, ohne sich zuvor nach etwaigen Beitragsschulden der Subunternehmerin zu erkundigen, habe nicht sie, sondern die Beklagte selbst zu vertreten.

Die ULAK hat zuletzt beantragt,

7

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 18.979,64 Euro nebst Zinsen hieraus iHv. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16. November 2002 zu zahlen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, für die Frage, ob der Betrieb der Subunternehmerin als Betrieb des Baugewerbes vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst worden sei, sei nicht allein auf die von den Arbeitnehmern der Subunternehmerin arbeitszeitlich überwiegend in Deutschland ausgeübte Tätigkeit abzustellen, sondern auf die betriebliche Gesamtarbeitszeit der Arbeitnehmer der Subunternehmerin in der Türkei und in Deutschland. Dass diese in den Kalenderjahren des Klagezeitraums nach der betrieblichen Gesamtarbeitszeit überwiegend Baustahlverlegearbeiten ausgeführt oder andere bauliche Leistungen erbracht hätten, sei nicht dargetan, geschweige denn nachgewiesen. Sie bestreite die Höhe der Beitragsforderung mit Nichtwissen. Ihr seien die Zahl der von der Subunternehmerin auf den Baustellen in F und in N im Klagezeitraum eingesetzten Arbeitnehmer, deren Arbeitszeiten sowie deren Entlohnung nicht bekannt. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, die Subunternehmerin zu überwachen und zu kontrollieren, ob diese ihre etwaige Verpflichtung zur Zahlung von Urlaubskassenbeiträgen erfüllt. Allerdings hätte die ULAK sie rechtzeitig darüber informieren müssen, dass die Subunternehmerin die geschuldeten Urlaubskassenbeiträge nicht vollständig entrichtet hat. Wäre die ULAK dieser Verpflichtung nachgekommen, hätte sie den sich aus der Schlussrechnung der Subunternehmerin ergebenden Betrag nicht vollständig bezahlt, sondern einen Betrag in Höhe der Klageforderung einbehalten. Da die Subunternehmerin ihre Geschäftstätigkeit vollständig eingestellt habe und nicht zahlungsfähig sei, könne sie keinen Regress mehr nehmen. Die ULAK hafte wegen der unterlassenen rechtzeitigen Unterrichtung für den ihr in Höhe der Klageforderung entstandenen Schaden. Sie rechne mit ihrem Schadensersatzanspruch auf, so dass ein Zahlungsanspruch der ULAK in jedem Fall nicht mehr bestehe.

8

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung wei-

9



ter. Die ULAK beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann der Klage nicht stattgegeben werden. In der Sache kann der Senat nicht selbst entscheiden. Es bedarf einer weiteren Sachverhaltsaufklärung und, falls diese zu einer Haftung der Beklagten für eine Beitragsschuld der Subunternehmerin führt, einer tatrichterlichen Würdigung der Höhe der Beitragsschuld durch das Berufungsgericht.

10

I. Das Landesarbeitsgericht hat zusammengefasst angenommen, die Beklagte hafte gemäß § 1a AEntG als Bürgin für die Beitragsschuld der Subunternehmerin. Die Beklagte habe nicht angegeben, welche anderen Arbeiten, die nicht unter den Regelungsbereich von § 211 Abs. 1 SGB III, § 1 Abs. 2 VTV gefallen seien, die Subunternehmerin im Rahmen des Vertrages verrichtet habe. Die Subunternehmerin habe damit zumindest im Rahmen der vertraglichen Bindung an die Beklagte den Unternehmensbegriff des § 1a AEntG erfüllt. Von einer selbständigen Betriebsabteilung der Subunternehmerin in Ne sei deshalb auszugehen, weil diese ihren Sitz im Ausland habe und Arbeitnehmer aus der Türkei nach Deutschland entsandt habe. Bei den in der Gewerbeanmeldung vom 23. Oktober 2000 angegebenen Stahlarmierungsarbeiten handele es sich um bauliche Leistungen im Sinne der Bautarifverträge.

11

Die verschuldensunabhängige Bürgenhaftung des Bauunternehmers solle dazu dienen, dass dieser verstärkt darauf achtet, dass seine Nachunternehmer die nach dem AEntG gemachten Vorgaben auch tatsächlich erfüllen. Der Unternehmer, der eine Vertragsbeziehung zum Subunternehmer eingegangen sei, habe die Möglichkeit, die Einhaltung dieser Vorgaben zu überwachen. Er könne sich vom Subunternehmer die Höhe der abgerechneten Löhne und der entrichteten Urlaubskassenbeiträge mitteilen lassen. Deshalb habe die Beklagte die Höhe der Klageforderung nicht zulässig mit Nichtwissen bestreiten können.

12

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern.

13



1. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist es für die Frage, ob die Subunternehmerin im Klagezeitraum Arbeitgeberin iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AEntG war und deshalb nach § 1 Abs. 3 Satz 2 AEntG Beiträge zur Urlaubskasse zu entrichten hatte, ohne Bedeutung, ob die Subunternehmerin im Rahmen der Vertragsbeziehungen der Parteien ausschließlich vom betrieblichen Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Bantarifverträge erfasste bauliche Leistungen erbracht hat. 14
- a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist vielmehr maßgebend, ob in den Kalenderjahren des Anspruchszeitraums im Betrieb der Subunternehmerin arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten ausgeführt wurden, die unter § 1 Abs. 2 Abschnitt I bis V VTV fallen, wobei es auf wirtschaftliche Gesichtspunkte wie Umsatz und Verdienst oder auf handels- und gewerberechtliche Kriterien nicht ankommt (*BAG 23. August 1995 - 10 AZR 105/95 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 193 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 79; 14. Januar 2004 - 10 AZR 182/03 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 263; 28. Juli 2004 - 10 AZR 580/03 - BAGE 111, 302, 309; 27. Oktober 2004 - 10 AZR 119/04 -; 20. April 2005 - 10 AZR 282/04 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Elektrohandwerk Nr. 3; 8. März 2006 - 10 AZR 392/05 -; 3. Mai 2006 - 10 AZR 344/05 -*). Ob bei Berücksichtigung der in der Türkei und in Deutschland in den Kalenderjahren des Klagezeitraums ausgeführten Arbeiten der überwiegende Anteil der Gesamtarbeitszeit der Arbeitnehmer der Subunternehmerin auf die Erbringung baulicher Leistungen entfiel, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. 15
- b) Falls die Behauptung der ULAK nicht zutrifft, wonach im Betrieb der Subunternehmerin ausschließlich Baustahlverlegearbeiten und damit Armierungsarbeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschnitt V Nr. 5 VTV (*BAG 3. Mai 2006 - 10 AZR 344/05 - mwN*) ausgeführt worden sind, sondern arbeitszeitlich überwiegend andere, von § 1 Abs. 2 Abschnitt I bis V VTV nicht erfasste Tätigkeiten, schließt dies allerdings die Anwendung der allgemeinverbindlichen Bestimmungen des Urlaubskassenverfahrens in der Bauwirtschaft noch nicht aus. Für die Erstreckung der tariflichen Bestimmungen des Urlaubskassenverfahrens ist dann maßgebend, ob die Beklagte im streitbefangenen Zeitraum in Deutschland eine Betriebsabteilung iSd. § 211 Abs. 1 Satz 4 SGB III und eine selbständige Betriebsabteilung iSv. § 1 Abs. 2 Abschnitt VI VTV unterhalten hat, deren Arbeitnehmer die Baustahlverlegearbeiten auf den Baustellen „T“ in F und „Fr“ in N erbracht haben. Insoweit liegt den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts die zutreffende Erwägung zu Grunde, dass die vom Betriebssitz in der Türkei weit entfernte Niederlassung der Subunternehmerin in Ne und die in der Gewerbebeanmeldung vom 16



23. Oktober 2000 angemeldeten Stahlarmierungsarbeiten dafür sprechen könnten, dass die Subunternehmerin von dieser Niederlassung aus die Ausführung der Baustahlverlegearbeiten und den Einsatz ihrer Arbeitnehmer auf den Baustellen in Deutschland koordiniert und geleitet und somit in Deutschland eine selbständige Betriebsabteilung iSd. allgemeinverbindlichen Bautarifverträge unterhalten hat (vgl. BAG 28. September 2005 - 10 AZR 28/05 - NZA 2006, 379; 25. Januar 2005 - 9 AZR 44/04 - AP AEntG § 1 Nr. 22 = EzA AEntG § 1 Nr. 8, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Davon, dass die Subunternehmerin zur Ausführung der Baustahlverlegearbeiten jedenfalls eine solche selbständige Betriebsabteilung in Deutschland unterhalten haben könnte, ist offensichtlich auch die Beklagte ausgegangen. Sie trägt selbst vor, sie habe vor der Erteilung des Auftrags von der Subunternehmerin ua. den Nachweis einer ordnungsgemäßen Anmeldung bei der ZVK und bei der ULAK verlangt.

2. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Beklagte habe sich über die Höhe der Beitragsforderung der ULAK nicht gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären können. § 138 Abs. 4 ZPO stellt zwar eine Ausnahmeregel dar, die in ihren Voraussetzungen eng auszulegen ist (BAG 23. Juni 2005 - 2 AZR 193/04 - AP ZPO § 138 Nr. 11 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 12). Liegen diese Voraussetzungen vor, schließt § 1a Satz 1 AEntG jedoch entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nach seinem Wortlaut, nach seiner Entstehungsgeschichte und nach seinem Sinn und Zweck eine Erklärung des Bürgen mit Nichtwissen über die Zahl und die Einsatzzeiten der vom Subunternehmer eingesetzten Arbeitnehmer nicht aus.

a) Gemäß § 1a Satz 1 AEntG haftet ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung einer Bauleistung im Sinne des § 211 Abs. 1 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 wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Hat ein Bürge gemäß § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf die Einrede der Vorausklage verzichtet und wird er aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, kann er in diesem Verfahren einwenden, die erhobene Forderung bestehe nicht. Für die Verpflichtung des Bürgen ist nach § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Der Ausschluss der Einrede der Vorausklage ändert nichts an dieser Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld (BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01 - AP AEntG § 1a Nr. 2 = EzA AEntG § 1a Nr. 3, auch

17

18



zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Auch ein Bürge, dem die Einrede der Vorausklage nicht zusteht, kann daher unabhängig von etwaigen Erklärungen des Schuldners das Bestehen der Hauptschuld bestreiten. Wenn § 1a Satz 1 AEntG anordnet, dass der Unternehmer wie ein Bürge haftet, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, schließt die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur die Einrede der Vorausklage, nicht aber andere Einreden oder Einwendungen des Bürgen und auch nicht eine Erklärung des Bürgen mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 ZPO aus.

- b) Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt das Auslegungsergebnis. 19  
Die Durchgriffshaftung ist auf Unternehmer beschränkt. Damit sollen alle Bauaufträge erfasst werden, die Unternehmer im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit in Auftrag geben. Die Gleichstellung mit einem Bürgen, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, ist an die Regelung in § 349 HGB angelehnt, wonach dem Bürgen, für den die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage ebenfalls nicht zusteht (BT-Drucks. 14/45 S. 26).
- c) Sinn und Zweck des § 1a Satz 1 AEntG geben kein anderes Auslegungsergebnis vor. 20
- aa) § 1a AEntG dient der wirksamen Durchsetzung des § 1 AEntG. Die verschuldensunabhängige Haftung des Bauunternehmers soll diesen veranlassen, verstärkt darauf zu achten, dass seine Subunternehmer die nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz zwingenden Arbeitsbedingungen einhalten (BT-Drucks. 14/45 S. 17 f.). Die Vorschrift bezweckt auch, dass in Deutschland dadurch mehr Arbeitsplätze geschaffen und Schwarzarbeit in der Bauwirtschaft verhindert wird, dass Generalunternehmer verstärkt Aufträge an zuverlässige kleine und mittlere Unternehmen vergeben, von denen sie wissen, dass sie die gesetzlichen Bestimmungen einhalten (*Plenarprotokoll 14/14 Verhandlung des Deutschen Bundestages vom 10. Dezember 1998 S. 868 D*, vgl. auch BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01 - AP AEntG § 1a Nr. 2 = EzA AEntG § 1a Nr. 3, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Die Bürgenhaftung richtet sich ferner gegen Schmutzkonzurrenz, dient dem Schutz kleinerer Betriebe, die in der Vergangenheit vom Markt gedrängt worden sind, und soll die Generalunternehmen treffen, die wissen, dass die von den Nachunternehmern angebotenen Preise mit vernünftigen Arbeitsbedingungen überhaupt nicht zu erbringen sind (*Plenarprotokoll 14/14 Verhandlung des Deutschen Bundestages vom 10. Dezember 1998 S. 877 C, D*). 21



- bb) Diese vom Gesetzgeber mit der Bürgenhaftung verfolgten Ziele erfordern nicht, dass ein als Bürge haftender Unternehmer sich über die von der ULAK behauptete Zahl der vom Subunternehmer eingesetzten Arbeitnehmer und deren von der ULAK behaupteten Einsatzzeiten nicht gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären kann. Entgegen der Auffassung der ULAK kann sich der Unternehmer, der den Subunternehmer beauftragt hat, nicht faktisch seiner Bürgenhaftung dadurch entziehen, dass er den Vortrag der ULAK zur Beitragshöhe mit Nichtwissen bestreitet. 22
- (1) In einem solchen Fall kann die ULAK die Höhe der Beitragsschuld in aller Regel mit Hilfe der Beitragsmeldungen des Subunternehmers nachweisen, wenn solche vorliegen. Als Privaturkunden begründen diese Meldungen nach § 416 ZPO zwar keinen vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen richtig und vollständig sind. Jedoch ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Subunternehmer jedenfalls die in der Beitragsmeldung aufgeführten Arbeitnehmer zu den angegebenen Einsatzzeiten beschäftigt hat. Als Hauptschuldner hat der Subunternehmer kein Interesse an Meldungen, die zu einem höheren Urlaubskassenbeitrag führen. Er wird deshalb in aller Regel nur diejenigen Arbeitnehmer der ULAK melden, die er auch tatsächlich beschäftigt hat. Im Interesse des Hauptschuldners liegt auch nicht die Meldung über die tatsächliche Beschäftigung hinausgehender Einsatzzeiten. 23
- (2) Aber auch dann, wenn der Subunternehmer der ULAK entgegen seiner Verpflichtung aus § 6 VTV die eingesetzten Arbeitnehmer und deren Einsatzzeiten nicht oder nicht vollständig gemeldet hat und die ULAK ihren Anspruch auf Meldung gegenüber dem Subunternehmer nicht oder ohne Erfolg klageweise geltend gemacht hat, können die mit der Bürgenhaftung verfolgten Ziele noch erreicht werden, wenn der Bürge die Berechnungsgrundlagen für den Urlaubskassenbeitrag mit Nichtwissen bestreitet. Unter diesen Voraussetzungen ist der der ULAK obliegende Nachweis der Beitragshöhe zwar schwieriger, aber nicht unmöglich, so dass die Bürgenhaftung auch dann nicht ins Leere greift. Auch im Rechtsstreit mit dem Subunternehmer kann die ULAK in aller Regel die Zahl der eingesetzten Arbeitnehmer und deren Einsatzzeiten nur anhand der § 3 AEntG-Meldungen des Subunternehmers und der erteilten Arbeits-erlaubnisse ermitteln, wenn der Subunternehmer seine Meldepflicht nach § 6 VTV nicht erfüllt. Mit Hilfe der in den § 3 AEntG-Meldungen und den Arbeitserlaubnislisten aufgeführten Arbeitnehmer kann die ULAK unter Heranziehung der tariflichen Normalarbeitszeit und der Mindestlöhne Bruttolöhne und aus diesen anhand des jeweils maßgebenden Beitragssatzes die Höhe des Urlaubskassenbeitrags berechnen. 24



Allerdings kann ein als Bürge haftender Unternehmer nicht zulässig mit Nichtwissen bestreiten, dass der von ihm mit baulichen Leistungen beauftragte Subunternehmer zur Erbringung dieser Leistungen Arbeitnehmer eingesetzt hat, wenn er gewusst hat, dass der Subunternehmer die baulichen Leistungen nur mit Hilfe von Arbeitnehmern ausführen konnte. Wird vom Bürgen mit Nichtwissen bestritten, dass alle in den § 3 AEntG-Meldungen und den Arbeitserlaubnislisten aufgeführten Arbeitnehmer während der vorgesehenen Einsatzzeiten auch tatsächlich beschäftigt worden sind, obliegt es den Tatsacheninstanzen zu würdigen, in welchem Umfang der Subunternehmer Arbeitnehmer zur Ausführung des Auftrags beschäftigt hat. Dabei können § 3 AEntG-Meldungen eine geeignete Grundlage für die Ermittlung der Höhe des Urlaubskassenbeitrags gemäß § 287 Abs. 2 ZPO sein. Dies gilt auch für die gebührenpflichtigen Arbeitserlaubnisse für Arbeitnehmer des Subunternehmers, jedenfalls dann, wenn diese Erlaubnisse nicht storniert worden sind. Ein Subunternehmer wird im Regelfall nicht Gebühren für die Arbeitserlaubnis eines Arbeitnehmers zahlen, den er tatsächlich nicht beschäftigt. Steht fest, dass ein vom Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen iSv. § 211 Abs. 1 SGB III beauftragter anderer Unternehmer zur Ausführung des Auftrags Arbeitnehmer beschäftigt hat und macht die ULAK gegen den Unternehmer als Bürgen Beitragsansprüche geltend, darf die dem Grunde nach gerechtfertigte Klage nicht abgewiesen werden. Bei einer solche Sachlage müssen die Tatsacheninstanzen entweder zur Höhe des Urlaubskassenbeitrags Feststellungen treffen oder diese gemäß § 287 Abs. 2 ZPO ermitteln (*vgl. zur Schätzung der Höhe eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs gemäß § 287 ZPO BGH 25. Juni 2002 - X ZR 83/00 - AP ZPO § 139 Nr. 11 = EzA ZPO 2002 § 139 Nr. 2*).

3. Die Beklagte war nicht auf Grund besonderer Umstände gehindert, die von der ULAK in die Beitragsberechnung eingestellte Zahl der Arbeitnehmer und deren Einsatzzeiten gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen zu bestreiten.

a) Nach dieser Bestimmung ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Diese Voraussetzung lag vor. Die Beklagte hat die zur Ausführung der Baustahlverlegearbeiten eingesetzten Arbeitnehmer nicht selbst beschäftigt und konnte auch aus dem Volumen des der Subunternehmerin erteilten Auftrags die Zahl der monatlich eingesetzten Arbeitnehmer und deren Einsatzzeiten nicht ableiten.



- b) Allerdings ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass nicht nur Handlungen und Wahrnehmungen der gesetzlichen Vertreter einer Partei (*BGH 7. Oktober 1998 - VIII ZR 100/97 - NJW 1999, 53, 54; Zöller/Greger ZPO 25. Aufl. § 138 Rn. 15*), sondern auch Vorgänge im eigenen Geschäfts- oder Verantwortungsbereich den „eigenen“ Handlungen oder Wahrnehmungen iSv. § 138 Abs. 4 ZPO gleichzustellen sind (*BGH 15. November 1989 - VIII ZR 46/89 - BGHZ 109, 205; 10. Oktober 1994 - II ZR 95/93 - NJW 1995, 130; Zöller/Greger § 138 Rn. 16*). Dabei geht es im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO nicht um die Zurechnung von Kenntnissen bestimmter Dritter, wie etwa beim sogenannten Wissensvertreter, sondern um eine Informationspflicht der Partei, die aus eigener Wahrnehmung keine Kenntnis hat, sich diese aber beschaffen kann (*BGH 15. November 1989 - VIII ZR 46/89 - BGHZ 109, 205*). Eine Partei kann sich nicht durch arbeitsteilige Organisation ihres Betätigungsbereichs ihren prozessualen Erklärungspflichten entziehen, sondern muss innerhalb desselben Erkundigungen anstellen. Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof eine Erkundigungspflicht der Partei angenommen, wenn es sich um Vorgänge im Bereich von Personen - nicht nur der eigenen, sondern auch einer anderen Firma - handelt, die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig geworden sind (*BGH 7. Oktober 1998 - VIII ZR 100/97 - aaO mwN*). 28
- c) Diese Voraussetzungen einer Erkundigungspflicht sind nicht erfüllt. 29
- aa) Die Baustahlverlegearbeiten wurden nicht im Rahmen einer arbeitsteiligen Organisation im Geschäfts- oder Verantwortungsbereich der Beklagten, sondern auf der Grundlage eines Werkvertrags mit der Subunternehmerin ausgeführt. Die Beklagte hat diese zwar mit der Ausführung von Baustahlverlegearbeiten auf den Baustellen „T“ in F und „Fr“ in N beauftragt. Diese Auftragserteilung allein rechtfertigt aber noch nicht die Annahme, dass die Baustahlverlegearbeiten im Geschäfts- oder Verantwortungsbereich der Beklagten verrichtet worden sind. 30
- bb) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts war die Beklagte nicht gehalten, die Auftragserteilung an die Subunternehmerin an deren Verpflichtung zu knüpfen, die Höhe der abgerechneten Löhne und der entrichteten Urlaubskassenbeiträge mitzuteilen. Ohne Bedeutung ist, ob die Subunternehmerin bereit gewesen wäre, gegenüber der Beklagten diese Verpflichtung einzugehen und dieser ihre Lohnkosten zu offenbaren. Die Beklagte hat auch anders als in dem Fall, den der Bundesgerichtshof am 21. Januar 2003 (- X ZR 261/01 - NZA 2003, 616) entschieden hat, der Sub- 31



unternehmerin nicht die Arbeitnehmer benannt, die von ihr zur Ausführung der Baustahlverlegearbeiten eingesetzt werden sollten. Sie hat auch die Arbeitszeiten der von der Subunternehmerin auf den beiden Baustellen eingesetzten Arbeitnehmer nicht festgelegt. Diese wurden von der Beklagten auch nicht angeleitet oder beaufsichtigt. Für eine Erkundigungspflicht der Beklagten hinsichtlich der Zahl und der Einsatzzeiten der von der Subunternehmerin zur Ausführung der Baustahlverlegearbeiten beschäftigten Arbeitnehmer fehlt deshalb eine Rechtsgrundlage.

4. Einem Zahlungsanspruch der ULAK steht die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch nicht entgegen (§§ 388, 389 BGB). Die ULAK haftet nicht nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB für einen der Beklagten in Höhe der Klageforderung entstandenen Schaden, weil diese die Subunternehmerin auf Grund deren Zahlungsunfähigkeit nicht in Regress nehmen kann. Zu Unrecht meint die Beklagte, die ULAK habe sie rechtzeitig darüber informieren müssen, dass die Subunternehmerin die geschuldeten Urlaubskassenbeiträge nicht vollständig entrichtet hat. Die ULAK ist nicht verpflichtet, von sich aus einen als Bürgen haftenden Unternehmer laufend über ihre Beitragsansprüche und etwaige Beitragsrückstände eines Subunternehmers zu unterrichten. Ob sie dazu ohne Einwilligung des Subunternehmers berechtigt ist, braucht nicht entschieden zu werden. Es obliegt dem als Bürgen haftenden Unternehmer, sich vor der Zahlung einer Schlussrechnung nach etwaigen Beitragschulden seines Subunternehmers zu erkundigen. Das hat auch die Beklagte gesehen. Sie hat sich von der Subunternehmerin zur Einholung entsprechender Auskünfte bei der ULAK ermächtigen lassen. Wenn sie dann nach der Beendigung der Baustahlverlegearbeiten Ende Januar 2002 die Schlussrechnung bezahlt hat, ohne sich zuvor bei der ULAK über etwaige Beitragsschulden der Subunternehmerin zu informieren, um gegebenenfalls in deren Höhe einen Einbehalt vorzunehmen, hat dies nicht die ULAK, sondern die Beklagte selbst zu vertreten.

5. Das Landesarbeitsgericht hat auf Grund seiner unzutreffenden Annahme, die Subunternehmerin habe zumindest im Rahmen der vertraglichen Bindung an die Beklagte den Unternehmensbegriff des § 1a AEntG erfüllt, nicht geprüft, ob entsprechend der Behauptung der ULAK in den Kalenderjahren des Klagezeitraums im Betrieb der Subunternehmerin ausschließlich Baustahlverlegearbeiten und damit Armierungsarbeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschnitt V Nr. 5 VTV ausgeführt worden sind. Es hat auch keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen, ob die Subunternehmerin in Ne eine selbständige Betriebsabteilung iSd. allgemeinverbindlichen Baurarifverträge unterhal-

32

33



ten hat, von der aus die Subunternehmerin die Ausführung der im Auftrag der Beklagten erbrachten Baustahlverlegearbeiten koordiniert und den Einsatz der dazu beschäftigten Arbeitnehmer geleitet hat. Sofern im Betrieb der Subunternehmerin arbeitszeitlich überwiegend bauliche Leistungen erbracht wurden oder Arbeitnehmer einer selbständigen Betriebsabteilung iSd. allgemeinverbindlichen Bantarifverträge die im Auftrag der Beklagten ausgeführten Baustahlverlegearbeiten verrichtet haben, wird das Landesarbeitsgericht über die Höhe der Beitragsschuld Beweis zu erheben haben, da sich die Beklagte über die Höhe der von der Subunternehmerin gemeldeten Beträge zulässig mit Nichtwissen erklärt hat. Falls die Beitragsmeldungen der Subunternehmerin und andere von der Beklagten angebotene Beweismittel die von der ULAK behauptete Höhe der Beitragsschuld nicht beweisen sollten, wird das Landesarbeitsgericht schließlich die Höhe des Urlaubskassenbeitrags gemäß § 287 Abs. 2 ZPO zu ermitteln haben.

Dr. Freitag

Marquardt

Brühler

Schmidt

Alex



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)