

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autoren	Dr. Patrick Gasch/Dr. Andreas Dingler
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2015, 1055 - 1063 (Heft 7)
Verlag	Werner Verlag

Gasch, Dingler, BauR 2015, 1055

Das Zurückbehaltungsrecht des Generalunternehmers wegen nicht nachgewiesener Beitragsabführung durch den Nachunternehmer vor und nach Insolvenzeintritt

von Dr. Patrick Gasch und Dr. Andreas Dingler, München

Die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber ist Grundvoraussetzung für ein funktionierendes Sozialversicherungssystem und spielt insbesondere in der insolvenzanfälligen Baubranche eine besondere Rolle. Hier haften nicht ausschließlich die jeweiligen Arbeitgeber für die abzuführenden Beiträge, vielmehr müssen auch die in Auftragsketten (Generalunternehmer – Nachunternehmer – weiterer Nachunternehmer) jeweils vorgeschalteten Auftraggeber wie Bürgen für die nicht abgeführten Beiträge ihrer Nachunternehmer einstehen und dies, im Regelfall, ohne echte Rückgriffschance. Die Auftraggeber haben daher ein großes Interesse daran, sich gegen diese – insbesondere im Insolvenzfall drohende – Haftung abzusichern. Der nachfolgende Beitrag untersucht, auf welche Weise sich Auftraggeber gegenüber ihren Nachunternehmern vor einem Schaden schützen können, der ihnen durch die bürgengleiche Inanspruchnahme entstünde. Im Zentrum der Untersuchung steht die Frage, ob und unter welchen Umständen dem Auftraggeber gegenüber der vom Nachunternehmer geltend gemachten Vergütungsforderung ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

A. Einleitung

Unternehmen sind dazu verpflichtet, Steuern sowie sozialversicherungsrechtliche Beiträge für ihre Arbeitnehmer abzuführen. Eine besondere Relevanz kommt diesen Pflichten innerhalb der Baubranche zu.

Beauftragt ein Bauunternehmen (in der Praxis häufig ein Generalunternehmer, künftig „GU“) einen Nachunternehmer, so haftet es unter bestimmten Voraussetzungen auch für zahlreiche Zahlungsverpflichtungen

des von ihm eingesetzten Nachunternehmers gegenüber dessen Arbeitnehmern. Diese der rechtlichen Ausgestaltung nach bürgengleiche Haftung umfasst die Beiträge zur Sozialversicherung, die Abführung der Lohnsteuer sowie die Gewährung eines Mindestlohns. In dieser latenten Haftungsposition droht dem GU eine „doppelte Inanspruchnahme“. Zum einen beinhaltet die von ihm an den Nachunternehmer geleistete Vergütung bereits die vom Nachunternehmer anschließend abzuführenden Beiträge, da diese in die Vergütung einkalkuliert sind. Zum anderen droht ihm eine weitere Inanspruchnahme durch die für die Einziehung der Beiträge jeweils zuständigen Stellen, z.B. die Berufsgenossenschaft für die gesetzliche Unfallversicherung.

Führt der Nachunternehmer die vorbenannten Beiträge nicht ab, ist grundsätzlich anerkannt, dass dem GU gegenüber dem Vergütungsanspruch des Nachunternehmers ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe der drohenden Haftung zusteht.¹ Kritisch wird die Situation für den GU in dem Moment, in dem der Nachunternehmer Insolvenz anmeldet. Es ist bis heute nicht hinreichend geklärt, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der GU das Zurückbehaltungsrecht auch nach Eintritt der Insolvenz dem Subunternehmer bzw. dessen Insolvenzverwalter entgegen halten kann.

Der nachfolgende Beitrag soll, veranlasst durch eine uneinheitliche Rechtsprechung², einen systematischen Überblick über die möglichen Zurückbehaltungsrechte geben und soll Möglichkeiten aufzeigen, wie sich der GU gegen eine „doppelte Inanspruchnahme“ absichern kann.

Zunächst wird ein Überblick über die möglichen Haftungsrisiken sowie ihre Hintergründe gegeben (unter B.). Hieran anschließend wird auf die in Betracht kommenden Zurückbehaltungsrechte des GUs gegenüber etwaigen Vergütungsansprüchen des Nachunternehmers sowie auf deren Bestand im Falle der Insolvenz des Nachunternehmers eingegangen (unter C.). Abschließend werden die Auswirkungen der ermittelten Erkenntnisse auf die Vertragsgestaltung dargestellt (unter D.).

B. Haftung des GUs

Wie oben bereits aufgeführt, droht dem GU mit Blick auf die Nichterfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflichten des Nachunternehmers aus einer Reihe von unterschiedlichen Tatbeständen die Gefahr der Inanspruchnahme durch die zuständigen öffentlichen Stellen. Dies sind insbesondere:

I. Haftung für Beiträge zur Sozialversicherung

Der Haftungsanspruch hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge ergibt sich aus [§ 28e Abs. 3a SGB IV](#).³ Für die Beiträge zur Berufsgenossenschaft ergibt sich die Haftung des GUs über die Verweisung in [§ 150 Abs. 3 SGB VII](#). Danach haftet ein Unternehmen im Baugewerbe, das zur Erbringung seiner Leistungen einen Nachunternehmer einsetzt, für die Erfüllung der Zahlungspflicht des Nachunternehmers oder auch einer Leiharbeitsfirma wie ein selbstschuldnerisch haftender Bürge.⁴ Dies gilt gemäß [§ 28e Abs. 3d SGB IV](#) jedoch nur ab einem geschätzten Gesamtwert aller für ein Bauwerk in Auftrag gegebenen Bauleistungen i.H.v. 275 000,- €.

II. Haftung für den Mindestlohn

Die Möglichkeit der Inanspruchnahme des GUs für die Zahlung des Mindestlohns ergibt sich aus [§ 14 Satz 1 AEntG](#). Hiernach haftet ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, 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 (wie etwa die Zusatzversorgungskasse) wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage i.S. des [§ 771 Satz 1 BGB](#) verzichtet hat.

III. Haftung für nicht abgeführte Lohnsteuer

In Betracht kommt ferner eine Haftung des GUs für nicht abgeführte Lohnsteuer aus [§ 42d EStG](#). Diese Vorschrift schafft für das Finanzamt die Möglichkeit, den Arbeitgeber und den Entleiher von Arbeitskräften als weitere Dritte i.S. des [§ 38 Abs. 3a EStG](#) in Anspruch zu nehmen, falls die Lohnsteuer nicht den Vorschriften entsprechend erhoben bzw. nicht abgeführt wurde.⁵ Jedoch beschränkt [§ 42d Abs. 6 EStG](#) die Haftung auf den Fall der Arbeitnehmerüberlassung. Weiterhin ist eine Haftung des GUs bzw. des Entleihers nur gegeben, wenn ihn ein Verschulden trifft.

IV. Sinn und Zweck der Ausfallhaftung

Sinn dieser Ausfallhaftung ist es, nicht nur eine verlässliche Abführung der Beiträge im öffentlichen Interesse zu gewährleisten, sondern auch die Bauunternehmer zu veranlassen, bei der Auswahl ihrer Nachunternehmer zu prüfen, ob diese sich illegaler Praktiken bedienen.⁶ Bislang haben viele Unternehmen oftmals, trotz eindeutiger Indizien für das Vorliegen illegaler Beschäftigung (z.B. offensichtlich unrealistische Preiskalkulation), die Augen verschlossen.⁷ Mit den entsprechenden gesetzlichen Regelungen sollen die Unternehmen innerhalb der Baubranche verstärkt in die Verantwortung genommen werden, um eine Abführung der gesetzlichen Beiträge sicherzustellen. Insbesondere sollen hierdurch bauspezifische Umgehungen vermieden und es soll legale Beschäftigung gefördert werden, um so die Schwarzarbeit am Bau zu bekämpfen.⁸

Durch die vorbenannten Regelungen wurden Mittel dafür geschaffen, Umgehungsmodelle zumindest zu erschweren. Der Ansatz des Gesetzgebers, die „Hintermänner“ sowie die GUs in die Verantwortung zu nehmen, erscheint als politisch sicher diskutables, zumindest aber recht effektives Mittel.

C. Einrede des GUs

Die gesetzgeberische Entscheidung, die Beitragslast auch auf die Schultern des GUs zu verteilen, darf diesen allerdings nicht rechtlos stellen, erst recht nicht gegenüber dem eigentlichen Verursacher, seinem Nachunternehmer. Das Bestehen einer Einrede des GUs gegenüber der Werklohnforderung des Nachunternehmers in Höhe der drohenden Haftung ist daher im Grundsatz anerkannt.⁹ Der Frage nach der genauen dogmatischen Herleitung dieses Zurückbehaltungsrechts kommt erst dann entscheidende Bedeutung zu, wenn die Insolvenz des Nachunternehmers eintritt. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass nicht alle denkbaren Zurückbehaltungsrechte im Fall der Insolvenz des Nachunternehmers Wirkung entfalten können.¹⁰ Daher soll die

Problematik in den nachfolgenden Ausführungen auch aus insolvenzrechtlicher Sicht beleuchtet und der aktuelle Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung dargestellt werden. Die weiteren Ausführungen beziehen sich hierbei exemplarisch auf die Haftung des GUs für die Beiträge zur Sozialversicherung ([§ 28e Abs. 3a SGB IV](#)), können aber auf die anderen Haftungstatbestände übertragen werden.

Die rechtliche Situation verändert sich in dem Augenblick, in dem der GU von der Einzugsstelle tatsächlich in Anspruch genommen wird und die Beiträge durch ihn beglichen werden. Dann stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung in der Insolvenz.¹¹ Dieser Beitrag befasst sich jedoch, dem vorgelagert, vorwiegend mit den rechtlichen Aspekten des Zurückbehaltungsrechts.

I. Zurückbehaltungsrecht aus [§ 273 BGB](#)

1. Vorliegen der Voraussetzungen des [§ 273 BGB](#)

Das Zurückbehaltungsrecht des [§ 273 BGB](#) setzt grundsätzlich das Bestehen gegenseitiger Forderungen, die Fälligkeit der Gegenforderung sowie die Konnexität von Forderung und Gegenforderung voraus.¹² Eine solche Gegenforderung des GUs ist in dem Anspruch auf Erfüllung der (Neben-)Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge zu sehen, der ihm aufgrund seiner bürgengleichen Haftung gemäß [§ 28e Abs. 3a SGB IV](#) gegenüber dem Nachunternehmer zusteht. Ein Zurückbehaltungsrecht gemäß [§ 273 BGB](#) besteht demnach,¹³ höchstens aber solange eine Inanspruchnahme durch die Einzugsstelle tatsächlich droht.¹⁴

2. Anwendbarkeit in der Insolvenz?

Umstritten war jedoch lange Zeit, ob sich aus [§ 273 BGB](#) auch bei Insolvenz des Nachunternehmers ein Zurückbehaltungsrecht des GUs herleiten lässt, d.h., ob [§ 273 BGB](#) demnach „insolvenzfest“ ist. Nach einer Ansicht findet [§ 273 BGB](#) auch in dieser Konstellation Anwendung.¹⁵ Begründet wurde dies durch einen Vergleich zum Pfandgläubiger, welcher nach [§ 50 InsO](#) absonderungsberechtigt ist. Es seien keine Gründe ersichtlich, weshalb der Eigentümer einer Sache, die er dem Insolvenzschuldner schuldet, schlechter gestellt sein sollte als ein Pfandgläubiger. Deshalb müsse er wenigstens seine Leistung zurückbehalten dürfen.¹⁶

In Literatur und Rechtsprechung wird die Einrede des [§ 273 BGB](#) in der Insolvenz jedoch überwiegend für nicht anwendbar gehalten.¹⁷ So kommt nach Ansicht des OLG Stuttgart die Einrede des [§ 273 BGB](#) in der Insolvenz „nicht in Betracht“.¹⁸ Ebenso hält der BGH ein auf [§ 273 BGB](#) gestütztes Zurückbehaltungsrecht in der Insolvenz nach ständiger Rechtsprechung für wirkungslos.¹⁹

Gegen die Insolvenzfestigkeit des Zurückbehaltungsrechts aus [§ 273 BGB](#) spricht seine schuldrechtliche Struktur.²⁰ Wenngleich es sich, wie auch beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ([§§ 369 ff. HGB](#)), um ein persönliches Recht handelt, kann es nach jener Auffassung im Gegensatz zu diesem in der Insolvenz keine Berücksichtigung finden. Es dient nämlich allein der Durchsetzung eigener Forderungen,²¹ was jedoch dem insolvenzrechtlichen Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger zuwiderläuft.²²

Ferner kann dies aus [§ 51 Nr. 2 und Nr. 3 InsO](#) gefolgert werden. Hiernach sind in der Insolvenz nur einzelne ganz bestimmte Zurückbehaltungsrechte insolvenzfest. Hierzu zählen Zurückbehaltungsrechte auf Grund wertbeständiger Verwendungen und Investitionen auf eine Sache der Insolvenzmasse ([§ 51 Nr. 2 InsO](#)) sowie

kaufmännische Zurückbehaltungsrechte ([§ 51 Nr. 3 InsO](#)), welche nach [§ 371 Abs. 2 HGB](#) ein pfandrechtsähnliches Selbstverwertungsrecht zugestehen.²³ Ein Zurückbehaltungsrecht des GUs gegenüber der Werklohnforderung des Nachunternehmers in Höhe der drohenden Haftung kommt jedoch weder der Insolvenzmasse zugute, noch entfaltet es eine Drittwirkung, wie sie etwa für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht charakteristisch ist (vgl. [§ 369 Abs. 2 HGB](#)).

Es ist daher davon auszugehen, dass die Einrede des [§ 273 BGB](#) nicht insolvenzfest ist und dem Hauptunternehmer für den Fall der Insolvenz des Nachunternehmers kein Zurückbehaltungsrecht gewährt.

II. Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß [§ 320 BGB](#)

Neben [§ 273 BGB](#) könnte sich ein Zurückbehaltungsrecht auch aus [§ 320 BGB](#) ergeben. Voraussetzungen für die Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß [§ 320 BGB](#) sind das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages zwischen den Parteien sowie das Bestehen einer im synallagmatischen Verhältnis stehenden Gegenforderung.²⁴ Das Bestehen eines wirksamen Vertragsverhältnisses zwischen dem GU und dem Nachunternehmer wirft keine spezifischen Probleme auf. Vielmehr bildet die Frage, ob dem GU hinsichtlich der Beitragsabführung durch den Nachunternehmer ein im Gegenseitigkeitsverhältnis stehender Anspruch zusteht, das Kernstück der Problematik. Nachfolgend soll diese Thematik näher beleuchtet und die unterschiedlichen dogmatischen Ansätze sollen aufgezeigt werden. Eine Untersuchung dieser Fragen ist deshalb von Bedeutung, weil ein mögliches Zurückbehaltungsrecht aus [§ 320 BGB](#) im Gegensatz zur Einrede aus [§ 273 BGB](#) (s.o.) eben auch im eröffneten Insolvenzverfahren Wirkung entfaltet. Dieser Frage ist daher vorrangig nachzugehen.

1. Anwendbarkeit in der Insolvenz?

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus [§ 320 BGB](#) ist zumindest über [§ 103 InsO](#) als grundsätzlich insolvenzfest anerkannt.²⁵ [§ 103 InsO](#) regelt dabei i.V.m. [§§ 87 , 105 , 108 Abs. 3 InsO](#) den generellen Umfang der Insolvenzfestigkeit der Einrede aus [§ 320 BGB](#) .²⁶ Die Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen i.S. des [§ 103 InsO](#) werden mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht automatisch zu Massenforderungen und -verbindlichkeiten. Vielmehr steht dem Insolvenzverwalter ein Wahlrecht hinsichtlich der Frage zu, ob er den gegenseitigen Vertrag selbst erfüllen will und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder aber der Vertrag rein insolvenzmäßig abgewickelt werden soll.²⁷ Dieses Wahlrecht übt der Insolvenzverwalter durch die Abgabe einer einseitig empfangsbedürftigen Willenserklärung aus und kann mangels Formzwang auch konkludent erklärt werden.²⁸ In der Aufforderung des Insolvenzverwalters zur Zahlung des restlichen Werklohns gegenüber dem GU wird regelmäßig ein (durch Auslegung zu ermittelndes) konkludentes Erfüllungsverlangen liegen.²⁹ Demnach kommt der Frage hinsichtlich der Anwendbarkeit der Einrede des [§ 320 BGB](#) seitens des Hauptunternehmers für den Fall der Insolvenz des Nachunternehmers besondere Bedeutung zu. Hierfür müssten jedoch die weiteren Voraussetzungen des [§ 320 BGB](#) gegeben sein, was nachfolgend näher untersucht wird.

2. Bestehende Gegenforderung im Gegenseitigkeitsverhältnis ohne gesondert getroffene Vereinbarung

Zwischen der vom Schuldner geforderten Leistung und der von ihm zu erbringenden Gegenleistung muss eine synallagmatische Verknüpfung bestehen.³⁰ Diese Verknüpfung kann nicht im Verhältnis zwischen allen

Forderungen aus einem gegenseitigen Vertrag angenommen werden. Eine synallagmatische Abhängigkeit besteht daher ohne entsprechende Parteienabrede in der Regel nur zwischen sogenannten Hauptleistungspflichten des Vertrages.³¹

a) Unproblematisch sind die Werkerstellung durch den Nachunternehmer, wie auch die Entrichtung des Werklohns durch den GU als synallagmatische Hauptleistungspflichten des Vertrags zu qualifizieren.

Nach der Rechtsprechung des OLG Saarbrücken schuldet der Nachunternehmer gegenüber dem GU jedoch neben der Herstellung eines bestimmten Werkes auch die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bezüglich der Arbeitnehmer, die er an der Herstellung des Werkes beteiligt, als vertragliche Hauptpflicht.³² Dies ergäbe sich unmittelbar aus dem geschlossenen Werkvertrag, selbst wenn hierüber keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde. Überdies sei dies zumindest das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung. Diese Ansicht fußt grundsätzlich auf den folgenden Erwägungen:³³

Der Nachunternehmer ist gemäß [§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) zur Abführung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge an die Einzugsstelle verpflichtet. Der GU haftet gemäß [§ 28e Abs. 3a Satz 1 SGB IV](#) für diese Beitragspflicht nach den für einen selbstschuldnerischen Bürgen geltenden Regeln. Wenngleich der GU gegenüber dem Nachunternehmer nur nachrangig haftet und im Fall seiner Inanspruchnahme überdies durch den gesetzlichen Forderungsübergang gemäß [§ 774 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) „geschützt“ ist, kann der GU diesen Anspruch, insbesondere bei Insolvenz des Nachunternehmers, regelmäßig überhaupt nicht beziehungsweise nur zu einem geringen Teil durchsetzen. Es handelt sich insoweit um eine normale Insolvenzforderung, so dass Befriedigung meist nur in Höhe einer geringfügigen Quote zu erwarten ist.

In Anbetracht dessen sei es, so u.a. das OLG Saarbrücken, eine unmittelbar aus dem Vertrag stammende Hauptleistungspflicht des Nachunternehmers, alles zu unternehmen, um eine Inanspruchnahme des GUs zu verhindern. Der GU habe ein essentielles Interesse daran, dass die zu erbringende Werkleistung nicht nur in tatsächlicher Hinsicht einwandfrei, sondern auch rechtlich nicht zu beanstanden ist. Hierfür ist es aber eine unabdingbare Voraussetzung, dass die Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden.

b) Der BGH hingegen sieht für die Anwendung des [§ 320 BGB](#) in dieser Konstellation von vornherein keinen Raum und hob die vorinstanzliche Entscheidung des OLG Saarbrücken deshalb auch auf.³⁴ Nach Ansicht des BGH stehen die Werklohnzahlung und die Pflicht des Nachunternehmers zur Entrichtung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages an die Einzugsstelle nicht in einem synallagmatischen Verhältnis. Dieser Ansicht liegen folgende Überlegungen zu Grunde:³⁵

[§ 320 BGB](#) setzt voraus, dass die Leistungsansprüche nach dem Willen der Vertragsschließenden in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, d.h. durchwegs wechselseitig abhängig geprägt sind. Diese gegenseitige Abhängigkeit hinsichtlich der Werklohnentrichtung einerseits und der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge andererseits ist nicht bzw. nicht sofort erkennbar. Zwar mag die Abführung der Beiträge eine Nebenpflicht des Nachunternehmers darstellen,³⁶ dies sei jedoch für die Anwendbarkeit des [§ 320 BGB](#) nicht ausreichend. Dem ist dogmatisch wohl zuzustimmen. Die „do-ut-des“-Frage müsste man ansonsten so beantworten, dass der GU dem Nachunternehmer den Werklohn (auch) zielgerichtet dafür bezahlt um nicht sozialversicherungsrechtlich in

Anspruch genommen zu werden. Dies erschiene etwas konstruiert. Der Werklohn wird bezahlt, um die Werkleistung zu bekommen.

c) Diese Ansicht wird auch durch eine Entscheidung des OLG Köln gestützt,³⁷ wonach die Einrede gemäß [§ 320 BGB](#) zwar für anwendbar erklärt wird, jedoch nur für den Fall, dass eine Vereinbarung besteht, aus welcher sich die Pflicht des Nachunternehmers ergibt, in regelmäßigen Abständen Nachweis über die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge zu erbringen. Im Umkehrschluss ist die (Neben-)Pflicht zur Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages für die Anwendbarkeit des [§ 320 BGB](#) jedenfalls dann nicht ausreichend, wenn eine solche Vereinbarung fehlt.³⁸ Darüber hinaus ist anzuführen, dass der GU kein Mitspracherecht beziehungsweise keinen Anspruch auf eine bestimmte Verwendung eines Teils des Werklohns hat, auch nicht hinsichtlich des ohnehin in den Werklohn einkalkulierten Betrages der Sozialversicherungsabgaben.³⁹

d) Die Entscheidung des BGH erscheint daher aus rein dogmatischer Sicht richtig. Dennoch kann zumindest bezweifelt werden, ob sie im Ergebnis auch eine interessengerechte Lösung darstellt. Hierbei ist folgendes zu bedenken:

aa) Lehnt man mit der Rechtsprechung des BGH das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts des GUs gegenüber dem Nachunternehmer im Insolvenzfall ab, führt dies häufig dazu, dass der GU die Sozialversicherungsbeiträge im Ergebnis gleich zweimal zu entrichten hat, falls der Nachunternehmer dies nicht selbst getan hat, insolvent ist und somit die bürgerähnliche Haftung des [§ 28e Abs. 3a SGB IV](#) zu Lasten des GU greift.

Diesem Einwand liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Sozialversicherungsbeiträge bereits von vorneherein – wenn auch nicht in der Rechnung ausgewiesen – in den vom GU zu entrichtenden Werklohn einkalkuliert sind. Zwar steht dem GU durch den gesetzlichen Forderungsübergang nach [§ 774 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) grundsätzlich ein Ausgleichsanspruch in Höhe der entrichteten Beiträge zu. Jedoch kann dieser, wie bereits zuvor aufgezeigt, gegenüber einem insolventen Nachunternehmer regelmäßig nur zu einem geringen Teil durchgesetzt werden.

Im Ergebnis würden hierdurch die restlichen Insolvenzgläubiger zu Lasten des GUs begünstigt, indem sie die Sozialversicherungsbeiträge, welche grundsätzlich durch den Nachunternehmer hätten abgeführt werden müssen, nunmehr als Teil der Insolvenzmasse für sich beanspruchen können. Die Intention des Gesetzgebers bei Schaffung des [§ 28e Abs. 3a SGB VII](#) war jedoch, die Renten- und Sozialversicherungsansprüche der Beschäftigten abzusichern und nicht mögliche Insolvenzgläubiger zu begünstigen. Warum ausgerechnet der GU (und kein anderer) dieses „Sonderopfer“ für die Sozialkassen erbringen soll, erschließt sich nicht ohne weiteres, außer, dass der GU eben greifbar und eventuell solvent ist. Dieser rein praktische Aspekt vermag jedoch Wertungsbedenken nicht auszuräumen.

bb) Jedenfalls kann es nicht überzeugen, dem GU ein Zurückbehaltungsrecht wegen der abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge vollständig (und somit in Höhe des Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteils) zu verweigern.

Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, den Arbeitnehmeranteil der Sozialversicherungsbeiträge als Teil seines Anspruchs auf das Bruttoentgelt dem Vermögen des Arbeitnehmers zuzuweisen, was in [§ 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) zum Ausdruck kommt.⁴⁰ Nach der Intention des Gesetzgebers sollte hierdurch der Besitzstand des

Versicherten im Insolvenzfall des Arbeitgebers geschützt werden,⁴¹ insbesondere die Anfechtung der Zahlungen des Arbeitnehmeranteils (entrichtet durch den Arbeitgeber) verhindert werden.

Grundsätzlich ist demnach davon auszugehen, dass die Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherungsabgaben mangels Anfechtungsmöglichkeit (die Anfechtung bewirkt die Pflicht zur Rückgewähr an die Insolvenzmasse, [§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO](#)) der Insolvenzmasse des Nachunternehmers entzogen sind.⁴² Die gesetzgeberische Wertung geht daher dahin, dass das insolvenzrechtliche Prinzip des Verbots der Gläubigerbenachteiligung bzw. -bevorzugung zurücktreten soll hinter den Willen, den Arbeitnehmern den auf sie entfallenden Teil der Sozialversicherungsbeiträge in der Sozialkasse zu belassen. Nachdem der GU wie ein selbstschuldnerischer Bürge akzessorisch haften soll, müsste dieses Prinzip konsequenter Weise auch im Rahmen dieser akzessorischen Haftung gelten. Zudem verhilft die Anerkennung des Zurückbehaltungsrechts für den GU der tatsächlichen Abführung an die Sozialkassen zum Erfolg – schließlich ist der Einbehalt beim GU zweckgebunden, bei der Insolvenzmasse würde der Betrag schlicht an der Gesamtverteilung teilnehmen. Es hinge letztlich vom Zufall ab, ob die Beiträge vor Insolvenzeröffnung abgeführt werden oder nicht, und damit bei der Sozialkasse bleiben, oder auf alle Gesamtgläubiger verteilt werden. Folglich kann diesbezüglich auch keine systematische Benachteiligung der anderen Insolvenzgläubiger drohen. Die Ablehnung eines Zurückbehaltungsrechts in der Höhe des Arbeitnehmeranteils kann daher wertungsmäßig nicht recht überzeugen.

cc) Weiterhin lässt sich eine Parallele zum Gewährleistungseinbehalt ziehen. Bei diesem wird einhellig und zutreffend davon ausgegangen, dass er insolvenzfest ist, da er gerade für den Fall der Insolvenz des Auftragnehmers die Durchsetzbarkeit der Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers sicherstellen soll.⁴³ Ebenso besteht aufgrund der Bürgenhaftung des GUs ein Interesse daran, sich aufgrund der drohenden Haftung gegenüber der Sozialkasse durch einen Einbehalt gegenüber dem Nachunternehmer abzusichern. Dies sollte umso mehr gelten, als der Gewährleistungseinbehalt ausschließlich eigennützig für den GU wirkt, das Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Sozialansprüche hingegen letztlich fremd- und gemeinnützig wirkt. Es wäre somit die zumindest sicher nachvollziehbare Konsequenz, dass der GU dem Nachunternehmer die sich hieraus für ihn ergebenden Nachteile auch im Falle einer Insolvenz des Nachunternehmers entgegenhalten kann. Da der Gewährleistungseinbehalt aber eine entsprechende Vereinbarung voraussetzt, spricht wiederum viel dafür, diesen Einbehalt nur zu bejahen, wenn eine entsprechende Abrede getroffen wurde.

3. Bestehendes Gegenseitigkeitsverhältnis bei gesondert getroffener Vereinbarung

Die herrschende Rechtsprechung behandelt die Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge im Verhältnis zwischen GU und Nachunternehmer von Gesetzes wegen nur als nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Nebenpflicht, s.o. Es stellt sich aber die Frage, ob eine getroffene Vereinbarung zwischen Haupt- und Nachunternehmer, wonach der Nachunternehmer in regelmäßigen Abständen die Entrichtung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge an die Einzugsstelle gegenüber dem Hauptunternehmer nachzuweisen hat, eine andere Beurteilung zulässt.

Wie bereits angeführt, wird diese Ansicht durch das OLG Köln vertreten.⁴⁴ Demnach stellt eine Vereinbarung der Parteien, wonach die Pflicht zur Vorlage der Beitragszahlungsnachweise vereinbart wird, zumindest eine Nebenpflicht von wesentlicher Bedeutung dar, welche als synallagmatische Gegenforderung anzusehen und für

die Anwendbarkeit des [§ 320 BGB](#) ausreichend ist. Dasselbe müsste gelten, wenn man die Pflicht zur Abführung der Beiträge selbst zur vertraglichen Hauptpflicht erklärt.

Unterstützung erfährt diese Betrachtungsweise auch von Teilen der Literatur.⁴⁵ So wird angeführt, dass die Frage nach einer synallagmatischen Verknüpfung zweier Leistungspflichten nicht pauschal beantwortet werden könne, sondern anhand der individuell getroffenen Abreden der Parteien zu klären sei.⁴⁶ Die Qualifizierung als Haupt- oder Nebenleistungspflicht ist in diesem Zusammenhang lediglich ein Umstand, der im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen ist.⁴⁷

So ist es als Ausfluss der Privatautonomie zu betrachten, wenn die Parteien auch „Nebenleistungspflichten“ in Abhängigkeit zur Erfüllung von „Hauptleistungspflichten“ des anderen Teils setzen.⁴⁸ Im Ergebnis wäre hiernach zumindest bei Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien das Zurückbehaltungsrecht aus [§ 320 BGB](#) anwendbar.

D. Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung

Wie dargestellt sind die Auffassungen in der Rechtsprechung und Literatur bezüglich des dem GU zustehenden Zurückbehaltungsrechts im Falle der Insolvenz des Nachunternehmers uneinheitlich. Um als GU (oder als Bauunternehmer, der im Rahmen einer Auftragskette Nachunternehmer einsetzen möchte) nicht schutzlos zu stehen, empfiehlt es sich daher, eine vertragliche Gestaltung, die auch im Insolvenzfall möglichst greifen und schützen soll, zu wählen. Einige Ideen dazu sind nachfolgend dargestellt:

- Wenngleich die Rechtsprechung auch insoweit nicht gesichert ist, kann dem GU aufgrund der bislang ergangenen Entscheidungen jedenfalls eine Vereinbarung helfen, die die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge (sowie die weiteren unter B. aufgelisteten Beiträge) als synallagmatische Hauptleistungspflichten begründet. Darüber hinaus sollte die Vorlage der entsprechenden Nachweise ebenfalls als vertragliche synallagmatische Hauptpflicht festgelegt werden. Entsprechende Regelungen sind auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich zulässig, da sie gerade die geschuldeten Vertragspflichten (Leistung und Gegenleistung) betreffen und insofern einer Inhaltskontrolle weitgehend entzogen sind.⁴⁹
- In der Praxis spielt häufig die berechnete Höhe des Zurückbehaltungsrechts eine wesentliche Rolle. Um diesbezüglich Unklarheiten zu vermeiden, sollte ein Auskunftsanspruch vertraglich geregelt werden, wonach sich der Nachunternehmer dazu verpflichtet, den GU über die Höhe der von ihm (für die auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer) abzuführenden Beiträge zu unterrichten. Solange der Nachunternehmer dieser Pflicht nicht nachkommt, kann zugunsten des GUs ein angemessener Prozentsatz der Auftragssumme als Einbehalt vorgesehen werden.
- Der GU sollte darauf achten, schon im Vertrag die Grundlagen dafür zu schaffen, dass er sich später ggf. wegen einer Inanspruchnahme durch die Sozialversicherungsträger exkulpieren kann, weil er alles dafür getan hat, dass sich seine Nachunternehmer insofern rechtskonform verhalten.
- Um sich darüber hinaus abzusichern, bieten sich die üblichen Sicherungsinstrumente an. Es sollte daher vor allem darauf geachtet werden, dass die vertraglichen Sicherheiten (Vertragserfüllungs-, Gewährleistungsbürgschaft) ausdrücklich auch dieses Haftungsrisiko absichern. Dies ist durch entsprechende vertragliche Regelungen sicherzustellen. Das Problem wird dort meist darin liegen, die AGB-rechtlichen Wirksamkeitskriterien für die Sicherungsvereinbarung allesamt zu erfüllen und insbesondere eine Übersicherung zu vermeiden.

E. Zusammenfassung

Dem GU steht gegenüber dem Nachunternehmer jedenfalls dann ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Zahlung des Werklohns zu, wenn der Nachunternehmer seiner Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge nicht nachkommt. Dieses Zurückbehaltungsrecht kann ohne weitere Vereinbarung grundsätzlich nur auf [§ 273 BGB](#) gestützt werden und ist daher nicht insolvenzfest. Um auch im Falle der Insolvenz des Nachunternehmers geschützt zu sein, muss sich der GU durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen schützen. Dies kann gelingen, auch wenn hier sicherlich das letzte Wort noch nicht gesprochen ist, indem die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge sowie gegebenenfalls die Vorlage der entsprechenden Nachweise als „synallagmatische“ Hauptpflichten vereinbart werden. Zudem sollte, sozusagen auf zweiter Ebene, auf eine tragfähige Sicherheitenvereinbarung und -stellung geachtet werden.

- 1 BGH, NJW 2005, 884 (887) [\[BGH 02.12.2004 - IX ZR 200/03\]](#) ; OLG Saarbrücken, BeckRS 2003, 30325273; zumindest bei entsprechender vertraglicher Klausel: OLG Köln, NJOZ 2013, 823; einen Anspruch auf Auskunftserteilung bis zum Zeitpunkt der Gefahr der Inanspruchnahme hingegen verneinend: OLG Naumburg, BeckRS 2014, 16153; dahintendierend auch: OLG Dresden, BeckRS 2013, 08640.
- 2 Nur ein Zurückbehaltungsrecht aus [§ 273 BGB](#) bejahend: BGH, NJW 2005, 884 (887) [\[BGH 02.12.2004 - IX ZR 200/03\]](#) ; ein Zurückbehaltungsrecht aus [§ 320 BGB](#) bejahend: OLG Saarbrücken, IBR 2004, 287.
- 3 Vgl. zu den Einzelheiten der Haftung nach [§ 28e Abs. 3a SGB IV](#) : Maier/Tetzlaff, NZBau 2010, 283 ff.
- 4 Was nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch für den Bauträger gelten soll, vgl. BAG, NZA 2012, 980 [\[BAG 16.05.2012 - 10 AZR 190/11\]](#) ; a.A. noch LAG Hessen, BeckRS 2011, 69458.
- 5 Wagner, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, 123. Aufl. (2014), § 42d EStG Rdnr. 7.
- 6 BR-Drucks. 14/8221, S. 11.
- 7 BR-Drucks. 14/8221, S. 11.
- 8 BR-Drucks. 14/8221, S. 15; Maier/Tezloff, NZBau 2010, 283.
- 9 BGH, NJW 2005, 884 (887) [\[BGH 02.12.2004 - IX ZR 200/03\]](#) ; teilweise wird dies in der neueren Rechtsprechung jedenfalls vor Inanspruchnahme des Generalunternehmers anders gesehen (OLG Naumburg, BeckRS 2014, 16153; wohl auch OLG Dresden, BeckRS 2013, 08640).
- 10 BGH, NJW 2002, 2313 (2315); BGH, NJW 2005, 884 (887) [\[BGH 02.12.2004 - IX ZR 200/03\]](#) .
- 11 Vgl. hierzu Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. (2010), § 95 Rdnr. 38 ff.
- 12 Jauernig, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. (2014), § 273 Rdnr. 1.
- 13 BGH, NJW 2005, 884 [\[BGH 02.12.2004 - IX ZR 200/03\]](#) ; LG Stuttgart, Urteil v. 28.03.2012 – 40 O 86/11 KfH – (nicht veröffentlicht).
- 14 Das Zurückbehaltungsrecht besteht selbstverständlich nur bis zur Verjährung des Haftungsanspruchs gegenüber dem Generalunternehmer. Dieser Anspruch verjährt gemäß [§ 25 SGB IV](#) in vier Jahren.
- 15 LG Potsdam, BeckRS 2013, 00597; Marotzke, in: Heidelberger Kommentar, InsO, 3. Aufl. (2003), § 110 Rdnr. 14.
- 16 Marotzke, in: Heidelberger Kommentar, InsO, 6. Aufl. (2011), § 103 Rdnr. 113.
- 17 Zuletzt BGH, NZI 2013, 158 (159) [\[BGH 13.12.2012 - IX ZR 9/12\]](#) ; BAG, NZI 2014, 660 (662); MünchKomm.-Ganter, InsO, 3. Aufl. (2013), § 51 Rdnr. 242 ff.; W. Henckel, in: Jaeger, InsO, § 51 Rdnr. 53; Brinkmann, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. (2013), § 51 Rdnr. 34; Ebert, in: Erman, BGB, 13. Aufl. (2011), § 273 Rdnr. 33.
- 18 OLG Stuttgart, Beschluss v. 19.10.2012 – 10 U 77/12 – (nicht veröffentlicht).
- 19 BGH, NJW 2005, 884 [\[BGH 02.12.2004 - IX ZR 200/03\]](#) ; BGH, BeckRS 2002, 03567.
- 20 MünchKomm.-Krüger, BGB, 6. Aufl. (2012), § 273 Rdnr. 56.
- 21 MünchKomm.-Ganter, InsO, 3. Aufl. (2013), § 51 Rdnr. 242 ff.; MünchKomm.-Ganter, InsO, § 51 Rdnr. 242-242c.
- 22 BGH, BeckRS 2002, 03567.
- 23 BGH, BeckRS 2005, 00320.
- 24 Jauernig, in: Jauernig, BGB, § 320 Rdnr. 6 ff.
- 25 OLG Köln, NJOZ 2013, 823; OLG Saarbrücken, BeckRS 2003, 30325273.
- 26 Jacoby, in: Jaeger, InsO, § 103 Rdnr. 6.
- 27 MünchKomm.-Kreft, InsO, 3. Aufl. (2013), § 103 Rdnr. 13.
- 28 Kroth, in: Braun, InsO, 6. Aufl. (2014), § 103 Rdnr. 46.
- 29 Uhlenbruck, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. (2010), § 103 Rdnr. 116; MünchKomm.-Huber, InsO, 3. Aufl. (2013), § 103 Rdnr. 156. Diese Frage hat in der Rechtsprechung in Zusammenhang mit dem Bestehen eines möglichen Zurückbehaltungsrechts bislang keine Rolle gespielt. Dies ist auch richtig, da der Unternehmer sich den Ansprüchen des Insolvenzverwalters sonst hilflos gegenüber sähe.
- 30 MünchKomm.-Emmerich, BGB, 6. Aufl. (2012), § 320 Rdnr. 22.
- 31 Stadler, in: Jauernig BGB, 15. Aufl. (2014), § 320 Rdnr. 7.
- 32 OLG Saarbrücken, BeckRS 2003, 30325273; a.A. OLG Naumburg, BeckRS 2014, 16153.
- 33 OLG Saarbrücken, BeckRS 2003, 30325273.

³⁴ BGH, NJW 2005, 884 (887) [\[BGH 02.12.2004 - IX ZR 200/03\]](#) .

³⁵ BGH, NJW 2005, 884 (887) [\[BGH 02.12.2004 - IX ZR 200/03\]](#) .

³⁶ A.A. OLG Naumburg, BeckRS 2014, 16153, das jedenfalls vor Inanspruchnahme des Generalunternehmers durch die öffentlichen Stellen eine Nebenpflicht verneint, da sich dessen Haftung allein aus dem Gesetz ergebe. Eine solche Ansicht erscheint jedenfalls mit Blick auf die Gesetzesbegründung aber allzu formalistisch. Der Gesetzgeber hat die bürgerähnliche Haftung des Generalunternehmers u.a. gerade wegen dessen vermeintlich besseren Informationsmöglichkeiten in die Geschäftskalkulation und -führung des Nachunternehmers statuiert (BR-Drucks. 14/8221, S. 15). Diese bessere Möglichkeit besteht aber nur dann, wenn dem Generalunternehmer auch tatsächlich ein Anspruch zugestanden wird, die Abführung der Sozialbeiträge wirksam zu kontrollieren. Überdies führt die Verneinung eines entsprechenden Zurückbehaltungsrechts dazu, dass der Generalunternehmer u.U. zunächst den Werklohn samt der einkalkulierten Sozialbeiträge an den Nachunternehmer zahlt und im Falle, dass der Nachunternehmer die Sozialbeiträge nicht abführt, noch einmal in Haftung genommen wird. Dies kann sogar dazu führen, dass der Generalunternehmer seinerseits aufgrund der „Doppelinanspruchnahme“ selbst nicht mehr zahlungsfähig ist. Es gäbe dann keinen zahlungsfähigen Schuldner, der für die Abführung der Sozialbeiträge haftet. Dies würde aber die gesetzgeberische Intention endgültig ad absurdum führen.

³⁷ OLG Köln, NJOZ 2013, 823 ff.

³⁸ So auch OLG Dresden, BeckRS 2013, 16153; OLG Naumburg, BeckRS 2014, 16153; wonach sich ein Zurückbehaltungsrecht auch nicht auf gesetzliche Auskunft- oder Nachweisansprüche in Bezug auf die Abführung stützen lasse, da die die bürgerähnliche Haftung statuierenden Normen allein das Verhältnis zwischen dem Generalunternehmer und den einzugsberechtigten öffentlichen Stellen betreffe.

³⁹ BGH, NJW 2005, 884 (887) [\[BGH 02.12.2004 - IX ZR 200/03\]](#) .

⁴⁰ Wehrhahn, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 82.EL. (2014), § 28e SGB IV Rdnr. 17c.

⁴¹ BT-Drucks. 16/6540 S. 2, 18, 24.

⁴² A.A. BGH, NZA 2010, 579, [\[BGH 05.11.2009 - IX ZR 233/08\]](#) der trotz ausdrücklicher Normierung seit 01.01.2008 an seiner ursprünglichen Rechtsprechung festhält (vgl. BGH, NJW 2006, 1348 [\[BGH 08.12.2005 - IX ZR 182/01\]](#)) und eine Anfechtung auch des Arbeitnehmeranteils für wirksam erachtet. Diese Rechtsprechung wird aber zu Recht als verfassungswidrig angesehen, vgl. Werhan, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 82.EL. (2014), § 28e SGB IV Rdnr. 17d.

⁴³ BGH, [BauR 1999, 392 \(393\)](#) ; Schmitz, Die Abwicklung des Bauwerkvertrages in der Insolvenz, Stand 04.06.2014, Rdnr. 66.

⁴⁴ OLG Köln, NJOZ 2013, 823 ff.; a.A. LG Stuttgart, Urteil v. 28.03.2012 – 40 O 86/11 KfH – (nicht veröffentlicht).

⁴⁵ MünchKomm.-Huber, InsO, 3. Aufl. (2013), § 103 Rdnr. 55; Wegener, in: Uhlenbruck, InsO, § 103 Rdnr. 2; Balthasar, in: Nerlich/Römermann, InsO, 26.EL (2014), § 103 Rdnr. 8.

⁴⁶ MünchKomm.-Huber, InsO, 3. Aufl. (2013), § 103 Rdnr. 55; Wegener, in: Uhlenbruck, InsO, § 103 Rdnr. 25; Balthasar, in: Nerlich/Römermann, InsO, 26.EL (2014), § 103 Rdnr. 8.

⁴⁷ MünchKomm.-Emmerich, BGB, § 320 Rdnr. 23; H. Schmidt, in: BeckOK, BGB, § 320 Rdnr. 7.

⁴⁸ MünchKomm.-Emmerich, BGB, 6. Aufl. (2012), § 320 Rdnr. 31.

⁴⁹ BGH, NJW 2000, 578 f.