

S 1 U 402/17

Land

Freistaat Thüringen

Sozialgericht

SG Nordhausen (FST)

Sachgebiet

Unfallversicherung

Abteilung

1

1. Instanz

SG Nordhausen (FST)

Aktenzeichen

S 1 U 402/17

Datum

02.07.2018

2. Instanz

Thüringer LSG

Aktenzeichen

L 1 U 1334/18

Datum

04.07.2019

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Nordhausen vom 2. Juli 2018 wird zurückgewiesen. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 7.956,94 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit eines Haftungsbescheides. Die Beklagte nimmt die Klägerin als Auftraggeberin nach [§ 150 Abs. 3 Satz 1 Alternative 2](#) des Siebten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VII) für Beitragsrückstände zur gesetzlichen Unfallversicherung ihres Nachunternehmers der Tirona Bau GmbH i.H.v. 7.956,94 Euro in Haftung.

Die Klägerin ist im Hoch-, Tief- und Industriebau als selbständiges Bauunternehmen tätig. Sie beauftragte die T.B.G. am 30. Juli 2013 mit der Durchführung von Stahlbetonbauarbeiten mit einer Auftragssumme i. H. v. 23.575,00 Euro. Die Arbeiten wurden am 27. November 2013 abgeschlossen. Für den Bau eines Pflegeheims in S. erteilte die Klägerin der T.B.G. am 19. Juni 2013 einen Auftrag über Arbeiten i.H.v. 37.898,48 Euro. Die Bauarbeiten wurden bis zum 30. November 2013 durchgeführt. Hinsichtlich der Einzelheiten der Auftragserteilung wird auf die Unterlagen in der Gerichtsakte Bl. 74. bzw. Bl. 91 ff. verwiesen.

Durch Beschluss des Amtsgerichts H.S. vom 5. November 2013 wurde die vorläufige Verwaltung des Vermögens der T.B.G. angeordnet und durch Eröffnungsbeschluss vom 1. Januar 2014 das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet. Die Beklagte meldete mit Schreiben vom 30. Januar 2014 gegenüber dem Insolvenzverwalter Forderungen i.H.v. 28.590,61 Euro aus Beitragsrückständen an. Mit Schreiben vom 16. Mai 2014 erhöhte sie die angemeldete Forderung auf 36.430,17 Euro.

Unter dem 14. Mai 2014 hörte die Beklagte die Klägerin zu ihrer Beitragshaftung als Auftraggeberin der T.B.G. an, weil diese ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachgekommen war. Auf die haftungseinschränkenden Regelungen des [§ 28 e Abs. 3 b - 3 f](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) wurde hingewiesen. Zugleich wurde gebeten, erteilte Unbedenklichkeitsbescheinigungen im Original vorzulegen.

Daraufhin legte die Klägerin Unbedenklichkeitsbescheinigungen hinsichtlich der T.B.G. für folgende Zeiträume vor:

&61655; 10. Mai 2012, befristet bis 16. Juli 2012, &61655; 3. September 2012, befristet bis 15. November 2012, &61655; 9. November 2012, befristet bis 15. Januar 2013, &61655; 10. Januar 2013, befristet bis 15. Mai 2013 und &61655; 2. Mai 2013, befristet bis 1. November 2013.

Die letztgenannte Bescheinigung betraf Arbeitsentgelte im Bereich Hochbau i.H.v. 209.468,00 Euro.

Nach Auswertung der von der T.B.G. erteilten Rechnungen hörte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 28. Juli 2016 zum Erlass eines Haftungsbescheides für das Jahr 2013 ausgehend von einer Nettorechnungssumme i. H. v. 179.511,47 Euro an. Die Haftung entfalle nicht nach [§ 28 e Abs. 3 b](#) bzw. e SGB IV. Hinsichtlich der Bauvorhaben "Altenpflegeheim W. S." und "L. I. L." sei eine Exkulpation nach [§ 28 e Abs. 3 b](#) SGB IV nicht gegeben, weil die letzte Unbedenklichkeitsbescheinigung nur bis zum 1. November 2013 gegolten habe und bei beiden Bauvorhaben Arbeiten nach diesem Zeitraum ausgeführt worden seien. Mit Schreiben vom 22. August 2016 wies die Klägerin darauf hin, dass mit Beschluss des Amtsgerichts Halle vom 5. November 2013 die vorläufige Verwaltung des Vermögens der T.B.G. angeordnet wurde. Zudem betrage die nach dem 1. November 2013 geleistete Lohnsumme allenfalls 16.162,08 Euro. Mit Schreiben vom 6. September 2016

wies die Beklagte darauf hin, dass das Amtsgericht H. mit Beschluss vom 5. November 2013 kein allgemeines Verfügungsverbot angeordnet habe. Eine Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters bestehe daher nicht.

Mit Bescheid vom 18. Oktober 2016 erließ die Beklagte gegenüber der Klägerin einen Haftungsbescheid i. H. v. 7.956,94 Euro. Sie bezog sich dabei auf die Arbeiten an den Bauvorhaben Altenpflegeheim "W. S." und "L. I. L.". Das Arbeitsentgelt für beide Objekte wurde auf 100.711,00 Euro geschätzt.

In ihrem hiergegen am 27. Oktober 2016 eingelegten Widerspruch führte die Klägerin aus, sie habe bei der Auswahl der T. B. G. die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns angewandt. Der Nachweis sei durch die Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Beklagten geführt. Aufgrund der ausgestellten Unbedenklichkeitsbescheinigung habe sie darauf vertrauen dürfen, dass die T. B. G. ihren Beitragsverpflichtungen im vollen Umfang nachgekommen sei. Nach der Auftragserteilung sei sie zu einer weiteren Überwachung ihrer Nachunternehmerin nicht mehr verpflichtet gewesen. Mit Widerspruchsbescheid vom 17. Februar 2017 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Gemäß [§ 28 e Abs. 3 b Satz 1](#) und Abs. 3 f Sätze 1 und [2 SGB IV](#) sei die Haftung nur ausgeschlossen, soweit und solange der Auftraggeber die Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit seines Nachunternehmers nachweise. Die Vorlage von Unbedenklichkeitsbescheinigungen sei nur ausreichend, wenn diese den gesamten Bauzeitraum vollständig und lückenlos erfassten. Da die Haftung nach [§ 150 Abs. 3 SGB VII](#) an einen konkreten Auftrag anknüpfe, bilde der gesamte Auftrag von seiner Vergabe bis zu seiner abschließenden Erledigung einen einheitlichen nicht aufzuspaltenden Sachverhalt.

Hiergegen hat die Klägerin vor dem Sozialgericht Nordhausen Klage erhoben und mit Schriftsatz vom 19. März 2018 erklärt, dass die Gesamtauftragssumme bei beiden Bauvorhaben liege oberhalb der Wertgrenze von 275.000,00 Euro.

Mit Urteil vom 2. Juli 2018 hat das Sozialgericht den Haftungsbescheid vom 18. Oktober 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Februar 2017 aufgehoben. Grundsätzlich hafte die Klägerin als Unternehmen des Baugewerbes, das einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt habe, für die Erfüllung der Zahlungspflicht dieses Unternehmers wie ein selbstschuldnerischer Bürge nach [§ 150 Abs. 3 Satz 1](#), 2. Halbsatz SGB VII i. V. m. [§ 28 e Abs. 3 a SGB IV](#). Die Klägerin habe die T.B.G. im Jahr 2013 unstreitig mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt. Das Auftragsvolumen habe die Wertgrenze des [§ 28 e Abs. 3 d SGB IV](#) i.H.v. 275.000,00 Euro ersichtlich überschritten. Die Haftung entfalle aber nach [§ 28 e Abs. 3 d SGB IV](#), weil die Klägerin nachgewiesen habe, dass sie ohne eigenes Verschulden von einer Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen durch die T.B.G. ausgehen können. Nach [§ 28 e Abs. 3 f SGB IV](#) könne der Nachweis durch Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung der zuständigen Einzugsstelle für den Nachunternehmer erbracht werden. Eine solche habe die Klägerin mit Datum vom 2. Mai 2013 für Arbeitsentgelte i.H.v. 209.468,00 Euro eingeholt. Sie habe bis zum 1. November 2013 gegolten. Dies schließe eine Haftung für Lohnsummen, die bis zum 1. November 2013 angefallen seien, aus. Auch für die noch im November 2013 durchgeführten Arbeiten sei eine Haftung entfallen. Denn die Klägerin habe alles Zumutbare unternommen, um die Erfüllung der Beitragspflicht durch die T.B.G. sicherzustellen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung, ob der Generalauftragnehmer seine Sorgfaltspflichten erfüllt habe, sei der Zeitpunkt der Auftragserteilung. Zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe im Juni und Juli 2013 habe eine Unbedenklichkeitsbescheinigung mit einer Laufzeit von mehreren Monaten vorgelegen. Zugunsten der Klägerin sei zu berücksichtigen, dass die Arbeiten bis zum Stichtag 1. November 2013 überwiegend abgeschlossen gewesen seien. Im November 2013 seien lediglich noch Restarbeiten durchgeführt worden. Die Klägerin habe zudem auch zum Ende der Laufzeit der Unbedenklichkeitsbescheinigung versucht, weitere Unterlagen zu erhalten. Die Alternative, trotz nahezu fertiggestellter Arbeiten vollständig zu kündigen, sei nicht zumutbar. Es dürften unter dem Gesichtspunkt der Berufsfreiheit keine überspannten Anforderungen gestellt werden.

Gegen das ihr am 23. Juli 2018 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie hat mit am 18. Oktober 2018 beim Sozialgericht Nordhausen eingegangenen Schriftsatz um eine Sachstandsmitteilung hinsichtlich einer per Fax am 25. Juli 2018 eingelegten Berufung gebeten und eine Ablichtung ihres Berufungsschriftsatzes vom 25. Juli 2018 mit Sendebericht vorgelegt. Das Sozialgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass die Klägerin alles Zumutbare unternommen habe, um die Erfüllung der Beitragspflicht der T.B.G. sicherzustellen. Für den Zeitraum 2. bis 30. November 2013 bestehe eine Lücke hinsichtlich der vorgelegten Unbedenklichkeitsbescheinigungen. Mit E-Mail vom 8. November 2013 habe die Klägerin die T.B.G. um Vorlage einer neuen Unbedenklichkeitsbescheinigung gebeten; dies sei nicht erfolgt. Trotzdem sei die Klägerin untätig geblieben. Eine solche Untätigkeit seit mit den Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns nicht in Einklang zu bringen. Unbedenklichkeitsbescheinigungen müssten den gesamten Bauzeitraum vollständig abdecken. Dies ergebe sich auch aus einem neueren Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 16. April 2019 - S 1 U 7064/17.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Nordhausen vom 2. Juli 2018 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Nach ihrer Ansicht ist die Berufungsfrist nicht gewahrt. Nach ihrem Ablauf am 22. August 2018 habe sie sich mit der Beklagten hinsichtlich der Rückzahlung des Haftungsbetrages in Verbindung gesetzt. Daraufhin habe ein Mitarbeiter telefonisch mitgeteilt, dass Berufung eingelegt worden sei. Eine Abschrift des Berufungsschriftsatzes sei in der Folge aber nicht zugegangen. Weitere Überprüfungen hätten zwar eine Störung des Fax-Servers im Zeitraum 25. Juli 2018 ergeben, ein Originalschriftsatz sei jedoch beim Sozialgericht Nordhausen nicht eingegangen. In der Sache selbst sei die Entscheidung des Sozialgerichts Nordhausen nicht zu beanstanden. Aufgrund der bis zum 1. November 2013 erteilten Unbedenklichkeitsbescheinigung habe sie darauf vertrauen dürfen, dass die T.B.G. ihren Beitragsverpflichtungen im vollen Umfang nachgekommen sei. Keinesfalls hafte sie daher für Beitragsrückstände bis zu diesem Zeitpunkt. Auch für den Monat November 2013 bestehe keine Haftung. Maßgeblich sei, dass bei der Auswahl des Nachunternehmers die erforderliche Sorgfalt aufgewandt worden sei. Mit der Einleitung eines Insolvenzverfahrens im November 2013 habe sie nicht rechnen müssen. Sie sei auch nicht untätig geblieben und habe neue Unterlagen verlangt. Es sei ihr nicht zumutbar gewesen, aufgrund der noch im geringen Umfang durchzuführenden Restarbeiten ein Vertragsverhältnis zu kündigen und sich möglicherweise erheblichen Schadensersatzansprüchen auszusetzen.

Hinsichtlich des Fax-Eingangs der Berufung am 25. Juli 2018 beim Sozialgericht Nordhausen hat die Vorsitzende der 1. Kammer auf Anfrage des Senats mitgeteilt, dass es im Zeitraum 24./25. Juli 2018 am Sozialgericht zu einer Störung am Fax-Server gekommen war. Hintergrund war eine Störung im Thüringer Landesrechenzentrum. Nach Behebung der Störung sei zwar eine Nacherfassung eingegangener Faxe erfolgt, es könne aber nicht ausgeschlossen werden, dass auch Fax-Schreiben, die als übertragen gekennzeichnet seien, nicht hätten nacherfasst werden können. Letzteres sei nach Mitteilung der IT-Leitstelle bei mehreren Gerichten der Fall gewesen. Eine Prüfung der Eingänge nach Wiederherstellung der Verbindung habe für das Fax der Beklagten keinen Treffer ergeben.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren ([§ 124 Abs. 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG)) einverstanden erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte dieses Verfahrens und den beigezogenen Verwaltungsvorgang Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Im Einverständnis der Beteiligten konnte der Senat ohne mündliche Verhandlung ([§ 124 Abs. 2 SGG](#)) entscheiden.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nicht bereits wegen Versäumung der gesetzlichen Frist ([§ 151 Abs. 1 SGG](#)) unzulässig. Nach [§ 151 Abs. 1 SGG](#) ist die Berufung bei dem Landessozialgericht innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die Berufungsfrist ist nach [§ 151 Abs. 2 SGG](#) auch gewahrt, wenn die Berufung innerhalb der Frist bei dem Sozialgericht schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird. Das Urteil vom 2. Juli 2018 ist der Beklagten ausweislich des Empfangsbekenntnisses am 23. Juli 2018 zugestellt worden. Damit endete die einmonatige Berufungsfrist nach [§ 64 Abs. 2 und 3 SGG](#) am 23. August 2018 (einem Donnerstag). Es ist davon auszugehen, dass innerhalb dieser Frist im o.g. Verfahren ein Berufungsschriftsatz beim Sozialgericht per Fax eingegangen ist. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 15. Oktober 2018 einen Berufungsschriftsatz vom 25. Juli 2018 vorgelegt, der ausweislich des beiliegenden Sendeberichts am gleichen Tage übermittelt worden ist. Er ist am Sozialgericht Nordhausen nicht ausgedruckt worden. Zwar beweist das Vorliegen eines "o.k.-Vermerks" im Sendebericht nur das Zustandekommen der Verbindung. Damit steht nur fest, dass zwischen dem Telefax-Gerät der Beklagten und dem des Sozialgerichts Nordhausen zu der angegebenen Zeit eine Leitungsverbindung bestanden hat. Der "o.k.-Vermerk" beinhaltet keinen Beweis des ersten Anscheins hinsichtlich des Zugangs am Fax-Gerät des Sozialgerichts Nordhausen (vgl. LSG Thüringen, Beschluss vom 10. September 2015 - [L 6 SF 598/15 B](#)), sondern ist allenfalls ein Indiz. Allerdings ist nach der Rechtsprechung (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 1. Februar 2013 - [2 U 1249/11](#), zitiert nach Juris) der Empfänger der Sendung gehalten, sofern er behauptet, diese nicht erhalten zu haben, das Fax-Eingangsjournal vorzulegen, um darzulegen, dass er entweder zu diesem Zeitpunkt kein Telefax oder ein Schreiben mit anderem Inhalt vom Sender des Fax-Schreibens erhalten hat. Letzteres kann hier nicht erfolgen. Nach den Ermittlungen des Senats bestand am 24./25. Juli 2018 beim Sozialgericht Nordhausen aufgrund einer Störung im Thüringer Landesrechenzentrum eine Störung am Fax-Server. Diese konnte zwar insoweit behoben werden, als nach Wiederherstellung der Verbindung die aufgelaufenen Faxe ordnungsgemäß zugestellt werden konnten. Allerdings kann nach der Auskunft der IT-Stelle der Thüringer Gerichte und Staatsanwaltschaften nicht ausgeschlossen werden, dass auch Fax-Schreiben, die als übertragen gekennzeichnet worden waren, aufgrund technischer Probleme nicht nacherfasst werden konnten. Hierbei ist insbesondere noch zu beachten, dass eine ordnungsgemäße Nacherfassung der aufgelaufenen Faxe nicht nur beim Sozialgericht Nordhausen sondern auch beim Sozialgericht Meiningen nicht gelungen ist. Daher ist entsprechend dem von der Beklagten vorgelegten "o.k.-Vermerk" davon auszugehen, dass die Berufung fristgerecht eingelegt worden ist. Unerheblich ist, dass das Original des Berufungsschriftsatzes nicht nachträglich beim Sozialgericht Nordhausen eingegangen ist. Das ist von Rechts wegen nicht erforderlich. Zur Vollständigkeit wird darauf hingewiesen, dass die Beklagte mit Schreiben vom 24. August 2018 als Reaktion auf den Kostenfestsetzungsantrag des Prozessbevollmächtigten des Klägers darauf hingewiesen hat, dass sie mit Schriftsatz vom 25. Juli 2018 Berufung eingelegt habe. Zwar ist dieser Schriftsatz erst am 29. August 2018 beim Sozialgericht Nordhausen und damit nach Ablauf der Berufungsfrist eingegangen, er belegt aber, dass auch die Beklagte immer davon ausgegangen ist, aufgrund des "o.k.-Vermerks" fristgerecht Berufung eingelegt zu haben.

Die Berufung hat allerdings in der Sache keinen Erfolg. Das Sozialgericht hat zu Recht den Bescheid vom 18. Oktober 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Februar 2017 aufgehoben. Die isolierte Anfechtungsklage der Klägerin ([§ 54 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 SGG](#)) hat Erfolg, weil die Festsetzung des Haftungsbetrages im Bescheid vom 18. Oktober 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Februar 2017 rechtswidrig und daher aufzuheben ist. Die Haftung entfällt, da die Klägerin nachgewiesen hat, dass sie kein Verschulden an der Nichterfüllung der Beitragspflichten durch die T.B.G. als Nachunternehmer trifft ([§ 28 e Abs. 3](#) b Satz 1 SGB IV sogenannte Exkulpation).

Als Rechtsgrundlage für die Festsetzung des Haftungsbetrages i.H.v. 7.956,94 Euro kommt allein [§ 150 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 SGB VII](#) i. V. m. [§ 28 e Abs. 3](#) a Satz 1 Alt. 1 SGB IV in der seit dem 1. Oktober 2009 geltenden Fassung in Betracht. Gemäß [§ 150 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 SGB VII](#) gelten für die Beitragshaftung bei der Ausführung eines Dienst- oder Werkvertrages im Baugewerbe [§ 28 e Abs. 3](#) a - 3 f sowie [§ 116 a SGB IV](#) entsprechend. Nach [§ 28 e Abs. 3](#) a Satz 1 Alt. 1 SGB IV haftet ein Unternehmer des Baugewerbes, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen im Sinne des [§ 175 Abs. 2 SGB III](#) beauftragt, für die Erfüllung der Zahlungspflichten des Unternehmers wie ein selbstschuldnerischer Bürger. Die Klägerin gehört zu den Unternehmen des Baugewerbes und hat die T.B.G. als Nachunternehmerin im Rahmen von zwei Werkverträgen damit beauftragt, Bauleistungen im Sinne des [§ 175 Abs. 2 SGB III](#) zu erbringen. Zwischen den Beteiligten besteht Einvernehmen darüber, dass der Gesamtwert dieser Bauleistungen den Grenzwert des [§ 28 e Abs. 3](#) b Satz 1 SGB IV i.H.v. 275.000,00 Euro jeweils erreichte.

Das Sozialgericht hat zu Recht entschieden, dass sich die Klägerin exkulpieren kann. Nach [§ 28 e Abs. 3](#) b SGB IV entfällt die Haftung nach Abs. 3 a, wenn der Unternehmer nachweist, dass er ohne eigenes Verschulden davon ausgehen konnte, dass der Nachunternehmer seine Zahlungspflicht erfüllt.

Mit [§ 28 e Abs. 3](#) a-f SGB IV (eingefügt mit Wirkung zum 1. August 2002 durch das Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23. Juli 2002, BGBl 2787, 3760) sollte die illegale Beschäftigung (Schwarzarbeit) bekämpft, die Funktionalität und finanzielle Stabilität der Sozialversicherung gewährleistet und gewerbliche Unternehmer verfassungsgemäß belastet

werden ([BT-Drucksache 14/8221](#) zu Nr. 4 § 28e S. 15ff). Der Hauptunternehmer sollte durch Einführung einer subsidiären Zahlungsverpflichtung veranlasst werden, dafür zu sorgen, dass der Nachunternehmer seinen sozialversicherungsrechtlichen Zahlungsverpflichtungen nachkommt. Durch die Wertgrenze sollten private Eigenheimbauer vor dem Haftungsrisiko geschützt, kleinere Bauvorhaben mit einem kalkulatorischen Vorteil begünstigt und die mittelständischen Bauunternehmen und die Betriebe des Handwerks gefördert werden (vgl. BSG, Urteil vom 27. Mai 2008 - [B 2 U 11/07 R](#), Rn. 41).

Nach der Gesetzesbegründung zu [§ 28 e SGB IV](#) besteht die Haftung nicht, wenn der Hauptunternehmer der Einzugsstelle nachweist, dass er aufgrund sorgfältiger Prüfung ohne eigenes Verschulden davon ausgehen konnte, dass der Nachunternehmer seine Zahlungspflicht erfüllt. Dabei hat er nachzuweisen, dass er bei der Auswahl der Nachunternehmer die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aufgewandt hat (vgl. [BT-Drucks. 14/8221 S. 15](#)). Dazu gehört beispielsweise eine Prüfung des Angebots des Nachunternehmers darauf, ob Sozialversicherungsbeiträge bei den Lohnkosten zutreffend einkalkuliert sind. Einfluss auf den Umfang der Prüfung kann auch haben, ob der Nachunternehmer eine Freistellungsbescheinigung der Finanzbehörden über die Erfüllung seiner Steuerpflicht nach dem Gesetz zur Eindämmung der illegalen Betätigung im Baugewerbe oder Bescheinigungen der Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag über die Erfüllung seiner Zahlungspflicht vorlegt. Werden vom Nachunternehmer weitere Nachunternehmer zur Durchführung des Werkes eingeschaltet, so verringern sich die Möglichkeiten des Hauptunternehmers, die Erfüllung der Zahlungspflicht der weiteren Nachunternehmer festzustellen. Gleichwohl hat er alle Anstrengungen zu unternehmen, um die Erfüllung der weiteren Zahlungsverpflichtungen sicherzustellen. Daher gehört es unter anderem zur Sorgfaltspflicht des Hauptunternehmers, seine Nachunternehmer nachweisbar zu verpflichten, ihrerseits die Erfüllung der Zahlungsverpflichtung der weiteren Nachunternehmer zu prüfen und sich entsprechende Nachweise stichprobenartig und regelmäßig vorlegen zu lassen. Der Hauptunternehmer, auch wenn es sich um ein kleines Bauunternehmen handelt, hat grundsätzlich die erforderliche Professionalität. Er verfügt über ausreichende Informationen über die Zuverlässigkeit und finanzielle Leistungsfähigkeit der in Betracht kommenden Nachunternehmer, und er hat die Kenntnis von möglichen Vertragsgestaltungen, um sich vor dem Eintritt der Haftung zu schützen ([BT-Drucks 14/8221 S. 15,16](#)).

Der Nachweis ist vom Hauptunternehmer zu erbringen, dass er bei der Auswahl des Nachunternehmens die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns aufgewandt hat. Die Beweislast für das Nichtvorliegen der Haftung trägt der Hauptunternehmer ([BT-Drucks 14/8221, S. 15](#); Wehrhahn in Kasseler Kommentar, Stand: Juni 2019, SGB VII, § 28 e Rn. 34).

Nach der Begründung des Gesetzgebers zur Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns gehört zum Prüfungsumfang mithin die Überprüfung des Angebots des Nachunternehmers darauf, ob bei den Lohnkosten Sozialversicherungsbeiträge zutreffend einkalkuliert waren oder auch, ob der Nachunternehmer seiner Steuerpflicht ausreichend nachkommt ([BT-Drucksache 14/8221 S. 15](#)). Den Unternehmer darf kein eigenes Verschulden treffen; dieses bezieht sich auf die Zuverlässigkeit seines Nachunternehmers. Der Hauptunternehmer hat ein hohes Maß an der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu beachten (vgl. Sehnert in Hauck, SGB IV, § 23e Rn. 24). Bei einfacher leichter Fahrlässigkeit soll im Einzelfall eine Exkulpation unter dem Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung ([Art. 12 Abs. 1](#) des Grundgesetzes, [Art 2. Abs. 1 GG](#)) anzunehmen sein (Wehrhahn, a.a.O., [§ 28 e SGB IV](#) Rn. 33).

Bis zur Neufassung der Vorschriften zur Unternehmerhaftung im Jahre 2009 war gesetzlich nicht näher bestimmt, auf welche Weise sich der Unternehmer exkulpieren konnte. Mit Wirkung vom 1. Oktober 2009 kann dem Hauptunternehmer ein Verschuldensvorwurf nicht mehr gemacht werden, wenn eine Präqualifikation (auch durch Vorlage einer qualifizierten Unbedenklichkeitsbescheinigung der zuständigen Einzugsstelle für den Nachunternehmer) vorliegt (§ 28e Abs. 3b Satz 2, Abs. 3f Satz 1 in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch vom 15. Juli 2009, [BGBl I 1939](#)). Die in der Unfallversicherung nach der Neuregelung ab 1. Oktober 2009 notwendige "qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung" des zuständigen Unfallversicherungsträgers enthält besondere Angaben über die beim Unfallversicherungsträger eingetragenen Unternehmensteile und diesen zugehörigen Lohnsummen des Nachunternehmers sowie die ordnungsgemäße Zahlung der Beiträge. Anhand dieser Angaben kann der Hauptunternehmer beurteilen, ob das Verhältnis der ausgewiesenen Arbeitsentgelte zu der Anzahl der auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer plausibel ist und der Nachunternehmer mit den ausgewiesenen Unternehmensteilen die übernommenen Arbeiten ausführen kann. Bis dahin (30. September 2009) war eine Exkulpation z. B. durch den Nachweis der Überprüfung von Angebotsunterlagen, die Vorlage von Beitragsnachweisen oder Unbedenklichkeitsbescheinigungen eines Sozialversicherungsträgers möglich (vgl. Höller in Hauck, SGB VII, § 150 Rn. 20 d; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19. April 2011 - [L 15 U 696/10](#); Spellbrink, aaO, Rn. 33 b; [BT-Drucks14/8221, S. 15,16](#)).

In Anwendung dieser Grundsätze ist bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles von einer Exkulpation der Klägerin auszugehen. Bereits zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe im Juni bzw. Juli 2013 war die Klägerin im Besitz einer gültigen Unbedenklichkeitsbescheinigung der Beklagten vom 2. Mai 2013, welche befristet bis zum 1. November 2013 ausgestellt worden war. Insoweit spielt es keine Rolle, ob es ausreichend ist, wenn erst zu Beginn der Auftragsausführung eine solche Unbedenklichkeitsbescheinigung vorliegt (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 6. Juli 2016 - [L 17 U 301/15](#), zitiert nach Juris), oder ob dies bereits für den Zeitpunkt der Auftragsvergabe zu fordern ist. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung vom 2. Mai 2013 wies Arbeitsentgelte im Bereich Hochbau i. H. v. 209.468,00 Euro aus. Dies war ersichtlich ausreichend, um eine Abwicklung der Aufträge sicher zu stellen. Damit steht fest, dass nur noch für die Durchführung der Restarbeiten im November 2013 eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Beklagten nicht vorlag. Insoweit ergibt die vorzunehmende Würdigung, dass dies einer Exkulpation der Klägerin nicht entgegensteht. Zwar ist der Beklagten insoweit Recht zu geben, als eine Haftung der Klägerin nicht bereits deshalb ausscheidet, weil diese bei Auftragserteilung und Beginn der Ausführung der Bauarbeiten sich von der Leistungsfähigkeit der Nachunternehmerin im erforderlichen Umfang überzeugt hat. Denn [§ 28 e Abs. 3 b Satz 2 SGB IV](#) schließt ein Verschulden des Unternehmers nur aus, "soweit und solange er Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers nachweist". Dieser Wortlaut deutet darauf hin, dass der Unternehmer gehalten ist, sich fortlaufend über die Zuverlässigkeit seines Nachunternehmers auf dem Laufenden zu halten. Allerdings ist zu beachten, dass die Klägerin nach Auslaufen der Unbedenklichkeitsbescheinigung am 1. November 2013 sich bereits wenige Tage später mit E-Mail vom 8. November 2013 an die T.B.G. wandte und um Vorlage der erforderlichen Unterlagen nachsuchte. Darauf zeigte diese, wohl auch vor dem Hintergrund des eingeleiteten vorläufigen Insolvenzverfahrens, keine Reaktion. Die Bauarbeiten waren Ende November 2013 beendet. Damit kann der Klägerin nur der Vorwurf einer einfachen leichten Fahrlässigkeit in dem Sinne gemacht werden, dass sie es vor dem Ablauf der Unbedenklichkeitsbescheinigung am 1. November 2013 unterlassen hat, mit dem gebotenen Nachdruck auf der Vorlage einer aktuellen Unbedenklichkeitsbescheinigung zu bestehen. Hierbei darf auch nicht ausgeblendet werden, dass es im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehungen zwischen der Klägerin und der T.B.G. in der Vergangenheit im Hinblick auf die Vorlage der entsprechenden Unbedenklichkeitsbescheinigungen bei den einzelnen Auftragsvergaben nie zu Problemen gekommen war. Besondere

gesteigerte Sorgfaltsanforderungen aufgrund von Problemen in der Vergangenheit bestanden daher nicht. Nicht unberücksichtigt bleiben darf zudem, dass im November 2013 nur noch Restarbeiten mit einer geringen Lohnsumme i.H.v. 16.000,00 Euro anstanden. Insbesondere muss in die Erwägungen eingestellt werden, dass aufgrund der vorliegenden Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Beklagten bis zum 1. November 2013 für die Klägerin keine Veranlassung bestand, an der Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen der T.B.G. Zweifel zu hegen. Dass sie diesbezüglich über andere Erkenntnisquellen verfügte, ist nicht ersichtlich. Bereits mit Beschluss vom 5. November 2013 war ein vorläufiger Insolvenzverwalter über das Vermögen der T.B.G. bestellt worden. Die der Klägerin daher allein vorzuwerfende leichte Fahrlässigkeit steht der Annahme einer Exkulpation auch vor dem Hintergrund der verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift vor dem Hintergrund der Berufs- und Unternehmensfreiheit (vgl. zu diesem Gesichtspunkt: Wehrhahn in Kasseler Kommentar, SGB IV [§ 28](#) 3, Rn. 31 - 34) nicht entgegen. Es wäre unverhältnismäßig, bereits leichteste Fahrlässigkeitsvorwürfe zur Haftung des Bauhauptunternehmers führen zu lassen. Dies steht auch mit dem Gesetzeszweck in Einklang. Zweck der Einführung des [§ 28 e Abs. 3 a - f](#) SGB IV war die Bekämpfung der Schwarzarbeit und die Sicherstellung der finanziellen Stabilität der Sozialversicherung. Hauptunternehmer sollten durch die Möglichkeit einer subsidiären Zahlungsverpflichtung stärker dafür in Verantwortung genommen werden, dass Subunternehmer ihren sozialversicherungsrechtlichen Zahlungspflichten nachkommen. Die Grenze einer verhältnismäßigen Belastung des Hauptunternehmers ist aber erreicht, wenn dieser selbst bei leichtesten Fahrlässigkeitsvorwürfen mit einer subsidiären Haftung belegt würde, obwohl er im vorliegenden Fall sowohl bei Auftragserteilung als auch bei Beginn der Auftragsausführung und der überwiegenden Zeit der Durchführung des Auftrags aufgrund der vorliegenden Unbedenklichkeitsbescheinigung berechtigter Weise davon ausgehen durfte, dass die T.B.G. ihren sozialversicherungsrechtlichen Pflichten genügt. Die Klägerin hat sich somit exkulpiert, weshalb der Haftungsbescheid für den gesamten Zeitraum aufzuheben war.

Entgegen der Auffassung der Beklagten steht diesem Ergebnis das Urteil des SG Stuttgart vom 16. April 2019 - S 21 U 7064/17 nicht entgegen. Der dort aufgestellte Rechtssatz, eine Exkulpation fordere, dass sich die eingeholten Unbedenklichkeitsbescheinigungen auf den gesamten Zeitraum der Bauausführung beziehen müssen, war tatsächlich deshalb nicht entscheidungstragend, weil weder im Zeitpunkt der Auftragserteilung noch dem des Beginns der Ausführung des Auftrags eine gültige Unbedenklichkeitsbescheinigung vorlag; vielmehr waren wohl gefälschte Kopien von Unbedenklichkeitsbescheinigungen vorgelegt worden. Es ist richtig, dass bei Vorlage von Unbedenklichkeitsbescheinigungen für den gesamten Zeitraum der Bauausführung immer davon auszugehen ist, dass die Exkulpation gelungen ist. Wie es sich verhält, wenn für Teile der Bauausführung keine Unbedenklichkeitsbescheinigungen vor-liegen, ist aber eine Frage des Einzelfalles und einzelfallbezogen zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 2](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Die Streitwertfestsetzung für das Berufungsverfahren beruht auf [§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§ 52 Abs. 1](#) und 3 des Gerichtskostengesetzes (GKG).

Rechtskraft

Aus

Login

FST

Saved

2019-10-23