

## Neuere Urteile und Entscheidungen gegen Soka-Bau u.a., die weiterhelfen können

berichtet von  
Rechtsanwalt Bernd Schäfer  
61169 Friedberg

[info@raberndschaefer.de](mailto:info@raberndschaefer.de)  
[www.raberndschaefer.eu](http://www.raberndschaefer.eu)



### 1. Einschränkung der AVE „Bau

Nachdem in den vergangenen Jahren die Tarifverträge Bau immer größere Weiterungen erfahren haben und die Rechtsprechung ihr Übriges dazu tut, möglichst viele Bereiche einzelner Tätigkeiten unter den Geltungsbereich der Baurarife zu ziehen, gibt es natürlich auch Entscheidungen, die zu Gunsten der Unternehmen getroffen werden.

Wesentliche Neuerung im Bereich der Baurarifverträge ist die Erweiterung der sog. großen Einschränkungsklauseln der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen, die seit Mai 2006 greifen, und die vorsehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen Betriebe, selbst wenn sie eigentlich "bauliche Leistungen verrichten" gleichwohl aus dem Geltungsbereich der Baurarifverträge herausfallen, weil sie zum einen einem anderen, spezielleren Tarifvertrag unterliegen und zum anderen Mitglied in einem den Einschränkungsklauseln unterliegenden Verband sind.

Durch die Erweiterung der Einschränkungsklauseln ist es zwischenzeitlich möglich, zumindest für Gegenwart und Zukunft, durch Mitgliedschaft in den Verbänden bei entsprechender Umstrukturierung der Tätigkeiten im Betrieb aus dem Geltungsbereich der Baurarifverträge "auszubrechen", weil durch die Erfüllung der diesbezüglichen Voraussetzung die große Einschränkungsklausel von der Allgemeinverbindlichkeitserklärung greift und damit der speziellere Tarifvertrag vorgeht.

Gerade im Bereich des Innenausbaus hat dies eine revolutionäre Entwicklung genommen, was allerdings nur auf die Betriebe zutrifft, die nicht ausschließlich Trockenbau machen, sondern den qualifizierten Innenausbau neben dem Trockenbau und dem Einbau von Fenstern und Türen, also eben auch Innenausstattung, Herrichtung von Möbeln, Theken, Ladeneinrichtungen, Verlegen von Bodenbelägen und ähnliches.

Bei diesbezüglichen Tätigkeiten und Mitgliedschaft im entsprechenden Verband ist zwischenzeitlich die Möglichkeit gegeben durch die Anwendung der großen Einschränkungsklausel aus den Baurarifverträgen herauszufallen.

Die nähere Anwendung müsste im jeweiligen Einzelfall besprochen werden.

Auf jeden Fall ergibt sich dadurch bedingt, dass nicht wie sonst für die Vergangenheit nur argumentativ gearbeitet werden kann, wenn eine Erfassung durch die Soka-Bau droht, sondern dass man nun auch strukturell und durch entsprechende Aktivitäten ein Ausscheiden aus dem Geltungsbereich der Baurarifverträge ermöglicht.

## 2. Vor-, Nach und Nebenarbeiten = baufremd?

Aber auch die Rechtsprechung hat inzwischen Fortschreibungen erfahren, die insbesondere im Bereich der Mitglieder im Verband der BIG Möglichkeiten schaffen, aus dem Geltungsbereich der Bautarifverträge herauszufallen.

So hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 20.03.2002 (10 AZR 507/01) seinerzeit schon die Feststellung getroffen, dass Vor-, Nach- und Nebenarbeiten als baufremde Leistungen anzusehen sind, sofern sie nicht im Zusammenhang mit **eigenen baulichen Leistungen** stehen.

Das bedeutet, dass wenn ein Betrieb im Endeffekt seine baulichen Leistungen z. B. durch Subunternehmer erbringen lässt oder der Hauptauftraggeber diese erbringt und die eigentliche Tätigkeit des Betriebs und seiner Mitarbeitern nur in den sogenannten Vor-, Nach- und Nebenarbeiten besteht, dann ein Zusammenhang zu eigenen baulichen Leistungen nicht gegeben ist und damit die diesbezüglichen Tätigkeiten als baufremde einzustufen sind, die damit nicht dem Geltungsbereich der Bautarife unterfallen, sofern nicht im Übrigen im Betrieb zu mehr als 50 % bauliche Leistungen verrichtet werden, gemessen an der Gesamtarbeitszeit der gewerblichen Arbeitnehmer und bezogen auf das jeweilige Kalenderjahr.

Es ist inzwischen schon weit verbreitet, deshalb für reine Montagetätigkeiten und Trockenbautätigkeiten sich des Einsatzes von Subunternehmern zu bedienen und für diese nur die Vor-, Nach- und Nebenarbeiten zu leisten, um damit sich erfolgreich dem Geltungsbereich der Bautarifverträge zu entziehen.

Durch das Hess. Landesarbeitsgericht in Frankfurt ist diese Auffassung in seiner Entscheidung vom 11.06.2007 in 16 Sa 1061/06 noch bestätigt worden und weiter ausgeführt worden.

In dieser Entscheidung hat das Gericht festgestellt, dass Arbeitgeber, die vom Kunden aufgetragene bauliche Tätigkeit nicht durch eigene Arbeitnehmer, sondern durch Subunternehmer durchführen lassen und deren Arbeitnehmern auf den Baustellen kontrollieren, ob die Subunternehmer die Arbeiten zeitgerecht erbringen, ohne dass insoweit Kontroll- und Überwachungstätigkeiten gegenüber den Arbeitnehmern der Subunternehmer erfolgen, **keinen baugewerblichen Betrieb im Sinne der Bautarifverträge unterhalten** (vgl. Hess. LAG, Urteil vom 11.06.2007, Az.: 16 Sa 1061/06). Nach diesseitiger Kenntnis ist das Urteil zwischenzeitlich rechtskräftig geworden.

Dabei stellt das Hess. LAG ausdrücklich darauf ab, dass dann, wenn die Subunternehmer durch eigene gewerbliche Arbeitnehmer eingewiesen, kontrolliert und überwacht werden, dies bauliche Tätigkeit darstellt. Wenn aber die diesbezüglichen Arbeitnehmer lediglich dazu eingesetzt sind, die Arbeiten der Subunternehmer zu koordinieren und die einzelnen Baustellen besuchen, um zu sehen, ob die Subunternehmer zeitgerecht die Aufträge durchführen, dann ist dies nicht als bauliche Leistung anzusehen.

Dabei hat das LAG festgestellt, dass "eine Organisationseinheit, die bauliche Tätigkeiten an Dritte (Sub- oder Nachunternehmer) vergibt, selbst arbeitstechnisch keine baulichen Zwecke verfolgt, denn weder werden von dieser arbeitstechnischen Organisationseinheit Bauten erstellt, noch bauliche Leistungen erbracht. Vielmehr liegt der Zweck der Tätigkeiten arbeitstechnisch gesehen in der reinen Vorbereitung und Durchführung der Vergabe der baulichen Leistungen und der Kontrolle, ob dies alles zeitgerecht erfolgt sowie der Koordination einzelner Gewerke.

Da insoweit der Subunternehmer verpflichtet ist, das Gewerk vertragsgerecht und mängelfrei in eigener Verantwortung herzustellen und der Hauptunternehmer Mängelbeseitigung von diesem verlangen kann, wird seitens des LAG einer fortlaufenden oder in kurzen Zeitabständen sich wiederholende Kontrolle baugewerblicher Tätigkeiten auf etwaige Ausführungsmängel, die Feststellung und Mitteilung solcher Mängel sowie Kontrolle ihrer fristgerechten Behebung dem Werkvertragsrecht immanent. Das heißt, es ist darin keinerlei bauliche Leistung zu sehen.

Dies bestärkt die Rechtsauffassung des BAG in seiner "Subunternehmer-Entscheidung" mit den Vor-, Nach- und Nebentätigkeiten.

Zwar versucht die Soka-Bau durch ihre Prozessvertreter regelmäßig immer wieder auch den Einsatz von Subunternehmern für die einsetzende Unternehmung als bauliche Leistung anzusehen, da "ansonsten deren eigene Arbeitnehmer diese erbringen müssen".

Die höchstrichterliche Rechtsprechung sieht dies jedoch zur Zeit Gott sei Dank noch anders.

Es gibt also nach wie vor Möglichkeiten, um sich dem Unterfallen unter die Bautarifverträge erfolgreich zu erwehren.

### **3. Risikobereich: Scheinselbstständigkeit**

Nicht nur im Bereich der Hotels, der Gebäudereinigung und ähnlicher Gewerbe, sondern in zunehmendem Umfang auch im Bereich der Unternehmungen, die direkt oder indirekt mit baulichen Leistungen zu tun haben, zeigt sich in verstärktem Umfang das Risiko der „Scheinselbstständigkeit“.

Die zuständigen Hauptzollämter sind offensichtlich angewiesen, gerade auch in den Betrieben, die in irgendeiner Weise mit baulichen Leistungen zu tun haben, Überprüfungen eventueller Scheinselbstständigkeit anzustellen.

Hiervon besonders betroffen sind Betriebe, die sogenannte „selbstständige Kraftfahrer, selbstständige Baumaschinenführer und ähnliches“ beschäftigen, und bei denen sich dann herausstellt, dass es sich hier um eine sogenannte Scheinselbstständigkeit handelt, d.h., die diesbezüglichen „freien Mitarbeiter“ eigentlich weisungsgebundene Arbeitnehmereigenschaften haben, nicht mit eigenen Geräten/Fahrzeugen arbeiten und anderes mehr und damit arbeitnehmerähnlich angesehen werden.

Da gerade im Moment eine Vielzahl diesbezüglicher Verfahren durch die Hauptzollämter eingeleitet sind, weisen wir auf dieses besondere Risiko hiermit ausdrücklich hin.

Für den Fall des Nachweises von Scheinselbstständigkeit in einem Betrieb, drohen dem Verantwortlichen des Betriebes hohe Strafen bis hin zur Gefängnisstrafen, ganz abgesehen davon, dass daneben durch die Sozialversicherungsträger entsprechende Nachzahlungen erhoben werden, auch auf Jahre in die Vergangenheit hinein.

So werden neben Strafverfahren wegen „Nichtabführens von Sozialabgaben“ daneben auch noch Ordnungswidrigkeiten-Verfahren eingeleitet gegen den Verantwortlichen des Betrieb wegen „Schwarzarbeit, Beschäftigung ohne Arbeitsgenehmigung u.a.m.“, wenn dem betreffenden Arbeitnehmer eine Arbeiterlaubnis fehlt, er z.B. Ausländer ist. Bei diesen Ordnungswidrigkeiten-Verfahren werden in der Regel Bußgelder in fünfstelliger Euro-Höhe vergeben, unabhängig von dem Strafverfahren.

Gerade die jüngsten Entscheidungen in Bayern zeigen, dass gerade bei dem Einsatz von "Ein-Mann-Subunternehmern" besondere Vorsichtsmaßnahmen zu beachten und einzuhalten sind. (Jüngere Entscheidungen aus 2009 aus Südbayern haben einem Unternehmer bei Beschäftigung von ca. 7 "selbstständigen Lkw-Fahrern", eine Freiheitsstrafe von mehr als 2 Jahren eingebracht, anderen Unternehmern bei Einsatz von 3 Reinigungskräften, Geldstrafen in empfindlicher Höhe usw. usw).

Da davon auszugehen ist, dass die Hauptzollämter aufgrund des teilweisen Wegfalles ureigenster Aufgabenbereiche mehr und mehr in diesbezügliche Überprüfungen einsteigen, ist besondere Vorsicht geboten.

#### **4. Zurverfügungstellung eines Meistertitels als nichtiges Umgehungsgeschäft**

Das Bundesarbeitsgericht hat seinen Richterinnen und Richtern insoweit folgenden Orientierungssatz zur Entscheidungsfindung anhand gegeben:

1.

Dient der Arbeitsvertrag mit einem Betriebsleiter lediglich zur Vorlage bei der Handwerkskammer, um einem Betrieb die Eintragung in die Handwerksrolle zu ermöglichen, ist dieser Vertrag als Scheingeschäft gemäß § 117 BGB nichtig.

2.

Mit dem „großen Befähigungsnachweis“ (Meistertitel) und der Eintragung in die Handwerksrolle sichert die Handwerksordnung die Erhaltung und Förderung eines leistungsfähigen Handwerksstands.

3.

Der Betriebsleiter eines Handwerksbetriebs muss wie ein das Handwerk selbstständig betreibender Handwerksmeister über den Handwerksbetrieb in seiner fachlichen Ausgestaltung und seinem technischen Ablauf bestimmen und insoweit die Verantwortung tragen. Er muss gegenüber den handwerklich beschäftigten Betriebsangehörigen fachlich weisungsbefugt sein und tatsächlich die Leitungsaufgaben wahrnehmen können und wahrnehmen.

4.

Beschränkt sich das Austauschverhältnis des Konzessionsträgers mit dem Betrieb im Wesentlichen auf die Zurverfügungstellung des Meistertitels ohne Erbringung einer nennenswerten Arbeitsleistung, verwenden die Parteien eine rechtliche Gestaltungsmöglichkeit zu einem gem. § 7 Handwerksordnung missbilligten Erfolg. Der Vertrag ist als Umgehungsgeschäft gem. § 134 BGB nichtig.

#### **Fazit:**

Der „Einsatz“ eines Handwerksmeisters im Betrieb, der zur Erlangung der Eintragung in der Handwerksordnung dient, muss also so gestaltet sein, dass er diesen Grundsätzen entspricht, was durchaus nach diesseitiger Auffassung dann auch eine Beschäftigung unterhalb einer Vollzeitbeschäftigung sein kann, jedoch müssen die übrigen Voraussetzungen erfüllt werden.

Lediglich den Meistertitel zur Verfügung zu stellen, quasi als „Lizenzträger“ ohne eigene Tätigkeit, wird daher in Gegenwart und Zukunft durch das Bundesarbeitsgericht nicht mehr als den Voraussetzungen genügend angesehen.

Sollten hierzu irgendwie geartete Rückfragen sein, steht der Verfasser Ihnen bundesweit und jederzeit als Berater/Vertreter zur Verfügung.

#### **5. Unzulässige Leiharbeit/Konsequenzen daraus= Soka-Beiträge**

Es besteht im Allgemeinen ja die Problematik, dass generell Leiharbeit im Bau unzulässig ist nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und nur ganz bestimmte Ausnahmeregelungen erteilt werden.

Das Hessische Landesarbeitsgericht hat nunmehr am 20.01.2010 (Az.: 18 Sa 1339/09) wie folgt entschieden:

„Beschäftigt ein Arbeitgeber des Baugewerbes Zeitarbeitnehmer (Leiharbeiter) entgegen § 1b AÜG und liegt zugleich ein Verstoß gegen § 9 Nr. 1. AÜG vor, wird zwischen ihm und dem Leiharbeitnehmer nach „ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsvertrag fingiert. Damit sind auch Beiträge zu der Sozialkasse für die „Leiharbeitnehmer“ zu entrichten (ebenso: Bundesarbeitsgerichtsurteil vom 08.07.1998, Az.: 10 AZR 274/97)

Das betrifft auch Betriebe wenn sie rückwirkend erfasst werden, als unter die Bautarifverträge fallender Betrieb. D.h.: Große Gefahr!!

Bei Bedarf können hierzu weitere Ausführungen erfolgen.

**Rechtsanwalt Bernd Schäfer**  
Saarstraße 30  
61169 Friedberg

Telefon: 06031-12032 u. 73253  
Telefax: 06031-62187

E-Mail: [info@raberndschaefer.de](mailto:info@raberndschaefer.de)  
Homepage: [www.RaBerndSchaefer.eu](http://www.RaBerndSchaefer.eu)