

Einsatz von Subunternehmern

Was muss ich beachten?

Sie haben mehr Aufträge als sie mit Ihren eigenen Leuten schaffen können, oder ein Auftrag umfasst Leistungen, auf die Ihr eigener Betrieb nicht eingerichtet ist (z. B. Estrichbau)? In solchen Fällen bietet sich der Einsatz von Subunternehmern (die VOB/B spricht von Nachunternehmern) an. Beim Einsatz von Subunternehmern anstelle von eigenen Mitarbeitern sind jedoch einige Dinge zu beachten, die im Folgenden kurz dargestellt werden sollen. Bitte beachten Sie jedoch, dass dieses Merkblatt nur erste Hinweise geben und eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen kann. Im Zweifel sollten Sie einen spezialisierten Rechtsanwalt zurate ziehen.

I. Das Verhältnis zu Ihrem Auftraggeber

A. Einsatz von Subunternehmern erlaubt?

In manchen (Bau-)Verträgen wird verlangt, dass die Arbeiten im eigenen Betrieb des Unternehmers ausgeführt werden müssen und dass der Einsatz von Subunternehmern ausgeschlossen ist. Sie sollten daher möglichst schon vor Abschluss des Vertrages mit Ihrem Auftraggeber, spätestens jedoch vor dem Einsatz von Subunternehmern, prüfen, ob Ihr Vertrag mit Ihrem Auftraggeber den Einsatz von Subunternehmern überhaupt zulässt.

B. Gewährleistung für die Arbeiten des Subunternehmers

Im Verhältnis zu Ihrem Auftraggeber bleiben Sie in vollem Umfang für die von Ihnen übernommenen Leistungen verantwortlich. Mängelrechte hat Ihr Auftraggeber in diesem Fall gegen Sie und nicht gegen Ihren Subunternehmer. Sie können Ihren Auftraggeber daher in der Regel nicht darauf verweisen, Rechte direkt gegenüber Ihrem Subunternehmer geltend zu machen.

Sie selbst haben jedoch Ihrerseits Mängelrechte gegenüber dem Subunternehmer. Sollte der Subunternehmer also mangelhaft gearbeitet haben, haben Sie ihm gegenüber Ansprüche auf Nacherfüllung, Schadensersatz usw.

C. Freie Kündigung des Vertrages durch den Auftraggeber

Manchmal kommt es vor, dass Auftraggeber den

Vertrag kündigen, ohne dass es hierfür einen wichtigen Grund gäbe. In der Regel führt dies dazu, dass Sie Ihren Vertrag mit Ihrem Subunternehmer kündigen müssen. Im Falle einer solchen „freien“ Kündigung steht Ihrem Subunternehmer Ihnen gegenüber ein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung abzüglich seiner ersparten Aufwendungen zu (§ 648 BGB bzw. § 8 Abs. 1 VOB/B). Bitte beachten Sie bei Ihrer Abrechnung mit Ihrem Auftraggeber, dass die Vergütung, die Sie an Ihren Subunternehmer zu zahlen haben, nicht erspart ist. Dies hat zur Folge, dass Ihr Auftraggeber auch die Vergütung, die Sie nach dieser Regelung an Ihren Subunternehmer zahlen müssen, in voller Höhe an Sie zahlen muss.

II. Das Verhältnis zu Ihrem Subunternehmer

A. Achtung: Scheinselbstständigkeit vermeiden!

Wenn Sie einen Subunternehmer beschäftigen, sollten Sie sorgfältig darauf achten, dass es sich tatsächlich um ein Subunternehmerverhältnis handelt und nicht etwa um eine so genannte Scheinselbstständigkeit. Sollte bei einer Prüfung der Sozialversicherungen festgestellt werden, dass Ihr Subunternehmer ein Scheinselbstständiger war, drohen erhebliche Nachzahlungen bei Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung, unter Umständen auch Bußgelder und Strafverfolgung, zum Beispiel wegen nicht abgeführter Sozialversicherungsbeiträge (§ 266a StGB). Einen klaren Kriterienkatalog für die Frage, ob Scheinselbstständigkeit vorliegt oder nicht, gibt es nicht mehr.

Wichtige Kriterien sind

- Subunternehmer hat nur einen (wesentlichen) Auftraggeber,
- Subunternehmer beschäftigt keine Arbeitnehmer,
- Vergütungsvereinbarung nach Akkord,
- verpflichtend einzuhaltende Arbeitszeiten,
- vertragliche Zusicherung von Urlaubsansprüchen,
- regelmäßige detaillierte Berichtspflicht,
- Weisungsgebundenheit des Subunternehmers,
- Subunternehmer benutzt Arbeitsmittel, wie z. B. Werkzeug des Auftraggebers.

Dieser Katalog ist nicht abschließend und die Erfüllung eines der genannten Kriterien bedeutet noch nicht automatisch, dass der Subunternehmer als Scheinselbständiger angesehen wird. Je mehr Kriterien erfüllt sind und je stärker der Subunternehmer unselbstständig in die Organisation seines Auftraggebers eingebunden ist, umso eher wird eine Scheinselbstständigkeit angenommen werden. Im Zweifel sollten Sie ein so genanntes Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung einleiten.

B. Achtung: Haftung für Verpflichtungen des Subunternehmers

Auch wenn Sie es mit einem „echten“ Subunternehmer zu tun haben, haften Sie möglicherweise als Auftraggeber dafür, dass der Subunternehmer seine Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern erfüllt. Der Auftraggeber haftet nämlich wie ein Bürge für die Erfüllung der Verpflichtungen aus

- dem Mindestlohngesetz,
- dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz und
- für die Erfüllung der Pflichten aus den Sozialkassen-Tarifverträgen (SOKA-Bau etc.).

Erfüllt der Subunternehmer seine Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern nicht oder nicht vollständig, besteht daher die Gefahr, dass sowohl die Arbeitnehmer als auch die beteiligten Sozialkassen Ansprüche direkt gegenüber dem Auftraggeber des Subunternehmers geltend machen. Dennoch gibt es nach herrschender Auffassung kein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht an dem Werklohn, wenn der Subunternehmer die erforderlichen Nachweise nicht bringt. Allerdings können die Verpflichtung zur Erbringung der Nachweise und ein Zurückbehaltungsrecht vertraglich vereinbart werden.

C. Vertragliche Lösung

Um diese Risiken möglichst zu umgehen oder wenigstens abzumildern, sollte der Vertrag mit dem Subunternehmer folgende Punkte beachten:

- Generell sollten Sie nur fachlich kompetente und zuverlässige Subunternehmer beauftragen, da Sie Ihren Kunden gegenüber auch für die Qualität der von dem Subunternehmer ausgeführten Leistungen haften.
- Ein echter Werkvertrag, bei dem ein Subunternehmer nicht dauerhaft, sondern nur für eine klar definierte Bauaufgabe beauftragt wird, vermindert das Risiko, dass der Subunternehmer als Scheinselbständiger gilt.

- Ein vertraglich vereinbartes Zurückbehaltungsrecht an dem Werklohn des Subunternehmers, bis der Subunternehmer nachweist, dass er seine Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern und den Sozialkassen erfüllt hat, kann zwar die Haftung wie ein Bürge nicht vollkommen ausschließen, mindert aber das wirtschaftliche Risiko, für diese Verpflichtungen in Anspruch genommen zu werden.

Ein Vollmachtsformular, mit dem Ihr Subunternehmer Sie bevollmächtigt, Auskünfte bei der SOKA-Bau einzuholen, finden Sie bei der SOKA-Bau unter https://www.soka-bau.de/fileadmin/user_upload/Dateien/Arbeitgeber/vollmacht_auskuenfte_ksc.pdf

Für Ihren Vertrag mit Ihrem Subunternehmer haben wir ein Vertragsmuster speziell für FHR-Partner entwickelt. Dieses Vertragsmuster kann jedoch wegen der Vielzahl der möglichen Gestaltungen nur ein erster Entwurf sein und eine individuelle Beratung durch einen spezialisierten Rechtsanwalt nicht ersetzen.

Ein Vertragsmuster finden Sie zum Download im FHR-Intranet unter:

Service -> Infothek -> Steuern+Finanzen+Recht

KONTAKT

**Rechtsanwaltskanzlei
Martin Kuschel**

Tel.: 02722-634496

Mail: info@RA-Kuschel.eu