

Ausgabe **4** ■ September 2017 ■ 7. Jahrgang ■ ISSN 2193-5157

SR

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Der unfallversicherungsrechtliche Regress (§ 110 SGB VII)
im Spiegel aktueller Rechtsprechung

Roland Schwarze Seite **129**

Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht

Felix Welti Seite **143**

Arbeitgeberverantwortung in Dreiecksverhältnissen – Eine vergleichende
Untersuchung des deutschen, brasilianischen und chilenischen Rechts

Anna Heinen/Ricardo Petri Seite **151**

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite **172**

www.soziales-recht.eu


**BUND
VERLAG**

Der unfallversicherungsrechtliche Regress (§ 110 SGB VII) im Spiegel aktueller Rechtsprechung*

Prof. Dr. Roland Schwarze, Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover

Der nachfolgende Beitrag erörtert Probleme der Regresshaftung gem. § 110 SGB VII anhand aktueller höchst- und instanzgerichtlicher Entscheidungen.

I. Der Regress als Teil des unfallversicherungsrechtlichen Schadensausgleichs

Die gesetzliche Unfallversicherung hat ein doppeltes Gesicht. Sie ist einmal als »Versicherung« ein sekundärer Mechanismus der Schadensvorsorge, der die zivilrechtlich bestimmten Schadens- und Haftungsrisiken von Geschädigtem und Schadensverantwortlichem in den durch §§ 8 ff. SGB VII erfassten Fällen absichert. Ihr zweites Gesicht zeigt die Unfallversicherung im Einzugsbereich der §§ 104 ff. SGB VII: Bei von Arbeitgeber, Arbeitskollegen und Gleichgestellten verschuldeten Arbeitsunfällen tritt sie an die Stelle des zivilrechtlichen Schadensausgleichs und wird durch die Regresshaftung des § 110 SGB VII zu einem eigenständigen Schadensausgleichssystem primären Charakters vervollständigt, das Schadensrisiko und Schadensverantwortlichkeit nach eigenen Maßstäben regelt. Die verbreitete Charakterisierung der §§ 104 ff. SGB VII als »Haftungsprivilegierung« schöpft diesen Sachverhalt nicht aus. Sie führt zu einer Deutung der Regresshaftung gem. § 110 SGB VII als »Ausnahme« zu einem Privileg¹ und begünstigt Irrationalitäten bei der Handhabung des § 110 SGB VII. Eine zusätzliche Hypothek für berechenbare Praxis ist die damit durchaus verbundene Ansicht, die Regresshaftung diene (auch) der »Erziehung«² oder sogar »Bestrafung«³ des Schädigers.⁴ Die Rechtsprechung zum SGB VII hat diesen Ballast aus der RVO-Dogmatik⁵ bedauerlicherweise übernommen um den Preis unnötiger Brüche zur zivil- und arbeitsrechtlichen Haftung, die zuweilen geradezu beschworen werden.⁶ Nähme man diesen Gedanken ernst, dürfte kein Regressurteil ohne eine eingehende Analyse der Persönlichkeit des Schädigers und seiner »Haf-

tungsvorgeschichte« ergehen. Und auch dann blieben Ungereimtheiten genug: Wie verträgt sich mit dem Erziehungs- oder Bestrafungszweck, dass man sich gegen die Sanktion versichern kann und dass die Sanktion dann besonders scharf ausfallen soll, wenn eine Versicherung besteht und der zu Sanktionierende von der »Strafe« gar nichts verspürt?⁷ Wie reimt sich der Erziehungszweck damit, dass der Regressanspruch zivilrechtlicher Natur ist und mit der Orientierung der Haftung an den §§ 249 ff. BGB Regeln folgt, die im Wesentlichen dem Gedanken des Ausgleichs und allenfalls noch dem Präventionsgedanken verpflichtet sind?⁸

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verf. am 27.4.2017 im Rahmen der Tagungsreihe »Blickpunkt Sozialrecht in der Privatrechtspraxis« an der Universität Göttingen gehalten hat.

1 OLG Frankfurt, 14.12.2011 – 1 U 191/10 – juris, Rn. 31.

2 BGH, 27.6.2006 – VI ZR 143/05 – NJW 2006, 3563, 3564 (Rn. 9); Giesen, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht, 7. Aufl., Köln 2016 (im Folgenden: HWK), § 110 SGB VII Rn. 14; Plagemann/Radke-Schwenzer, Gesetzliche Unfallversicherung, 2. Aufl., München 2007, Kap. 8 Rn. 33; betr. Erziehungszweck BGH, 27.6.2006 – VI ZR 143/05 – juris, Rn. 9; Nehls, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB VII, Berlin, Stand: Dezember 2015 (im Folgenden: Hauck/Noftz), K § 110 Rn. 2; Dahm, in: Lauterbach (Begr.), SGB VII, 4. Aufl., Stuttgart, Stand: November 2016 (im Folgenden: Lauterbach), § 110 Rn. 1; Rieke, in: Körner/Leitherer/Mutschler, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, München, Stand: 94. EL Mai 2017 (im Folgenden: KassKomm), § 110 SGB VII Rn. 2; v. Koppensfels-Spies, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl., München 2017 (im Folgenden: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann), § 110 SGB VII Rn. 2; nur hinsichtl. Unfallverhütung Rolfs, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017 (im Folgenden: ErfK), § 110 SGB VII Rn. 1; zur Vorgängernorm § 640 RVO zurückhaltend BGH, 24.6.1969 – VI ZR 36/68 – VersR 1969, 848 (»Erziehungszweck tritt zurück«) und BGH, 30.11.1971 – VI ZR 53/70 – BGHZ 57, 314, 322.

3 Wellner, in: Geigel (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess, 27. Aufl., München 2015 (im Folgenden: Geigel), Kap. 32 Rn. 36.

4 Zu unterscheiden vom Gedanken der Schadensprävention, Schwarze, in: Otto/Schwarze/Krause, Die Haftung des Arbeitnehmers, 4. Aufl., Berlin ua. 2014 (im Folgenden: Otto/Schwarze/Krause), § 25 Rn. 2 u. 8 mwN.

5 In Fortsetzung der Rechtsprechung zur Vorgängernorm des § 640 RVO: BGH, 15.7.2008 – VI ZR 212/07 – NJW 2009, 681, 684 (Rn. 31 mwN.).

6 Vgl. etwa OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris, Rn. 66.

7 Zur Erheblichkeit der Versicherungslage für die Haftung S. nur BGH, 28.9.1971 – VI ZR 216/69 – NJW 1972, 107, 110.

8 Vgl. Oetker, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., München 2016 (im Folgenden: MüKoBGB), § 249 BGB Rn. 8 f.

Der Ausgestaltung als eigenständiger Schadensausgleich entsprechend steht die Regresshaftung gem. § 110 SGB VII zur zivilrechtlichen Haftung gem. §§ 104 ff. SGB VII in einem exklusiven Verhältnis. Bei vorsätzlich verursachten Versicherungsfällen (i.S.d. §§ 104 ff. SGB VII) bleibt die zivilrechtliche Haftung zwar zu Gunsten des Verletzten bestehen,⁹ die Exklusivität wird aber bei der Haftungsausfüllung sichergestellt: Der Geschädigte kann gem. § 104 Abs. 3 SGB VII Schadenspositionen in der zivilrechtlichen Haftung nicht geltend machen, für die er Leistungen der Unfallversicherung erhalten hat.¹⁰ Umgekehrt darf der Unfallversicherungsträger nur nach § 110 SGB VII vorgehen¹¹ und kann nach zutreffender Ansicht solche Aufwendungen nicht ersetzt verlangen, die durch Schadensersatz an den Geschädigten bereits »verbraucht« sind.¹²

II. Praxis

Eine Befragung wichtiger Unfallversicherungsträger zeigt, dass die Regresshaftung gem. § 110 SGB VII nur in einem kleinen Bruchteil der Arbeitsunfälle zum Zuge kommt: So führte die für etwa 4,6 Mio. Beschäftigte zuständige Berufsgenossenschaft Holz und Metall bei etwa 150.000 Arbeitsunfällen im Jahre 2015 20 Regresse durch, die für rd. 1,2 Mio. Beschäftigte zuständige BG Rohstoffe und chemische Industrie bei etwa rd. 102.000 Arbeitsunfällen 27 Regresse. Das sind geringe Zahlen, auch wenn man in Rechnung stellt, dass der kleinere Teil der Arbeitsunfälle auf Fremdverschulden und der noch kleinere Teil auf das Verschulden von Personen zurückgeht, die unter die Tatbestände der §§ 104 ff. SGB VII fallen. Gründe für die niedrige Zahl sind nach Auskunft nicht nur dieser Unfallversicherungsträger vor allem Beweisschwierigkeiten und – bei Regressen gegenüber Arbeitnehmern – die mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit. Umgekehrt ist vor allem die Schwere des Verschuldens und eine etwaig bestehende Haftpflichtversicherung Anlass für die Durchsetzung der Regresshaftung. Der Anteil des Regresses an der Finanzierung der Unfallversicherung ist dementsprechend gering: Die Einnahmen aller Unfallversicherungsträger aus dem Regress gem. § 110 SGB VII beliefen sich für 2015 auf rd. 32,7 Mio. €, was bei Gesamteinnahmen von rd. 15,5 Mrd. € etwa 0,2 % entspricht,¹³ wobei eine durchaus erhebliche branchenbedingte Schwankungs-

breite zwischen »0 %« (diverse Unfallversicherungsträger) und 2,7 % (BG BAU) besteht. Die Bedeutung des Regresses liegt somit auch praktisch in der Konstituierung einer zur Schadensprävention unverzichtbaren individuellen zivilrechtlichen Haftungsverantwortung, nicht in der Finanzierung des Versicherungsschutzes.

III. Berechtigte des Regressanspruchs gem. § 110 SGB VII

Berechtigte des Ersatzanspruchs sind »Sozialversicherungsträger«,¹⁴ also nicht nur die »Unfallversicherungsträger« (§ 114 SGB VII), sondern auch Renten- und Krankenversicherungsträger,¹⁵ auch die Pflegekassen.¹⁶ Man möchte annehmen, dass auch der Träger der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung darunter fällt und Regress nehmen kann, wenn ein Arbeitnehmer infolge eines Arbeitsunfalls für einige Zeit Arbeitslosengeld bezieht, weil er zwar weiter erwerbstätig sein kann, aber nicht mehr in seiner bisherigen Tätigkeit. Die Unfallversicherung kommt für Arbeitslosigkeit nicht bzw. nur ergänzend (§ 58 SGB VII) auf. Die herrschende Literaturmeinung

9 Dem Unfallversicherungsträger steht auch hier nur der Regress gem. § 110 SGB VII, nicht der nach § 116 SGB X zu Gebote, vgl. § 104 Abs. 1 S. 2 SGB VII.

10 KassKomm-Ricke (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 4; ErfK-Rolfs (Fn. 2), § 104 SGB VII Rn. 19; Schmitt, SGB VII, 4. Aufl., München 2009, § 104 Rn. 26 f.

11 KassKomm-Ricke (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 4; ErfK-Rolfs (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 1; Lauterbach-Dahm (Fn. 2), § 110 Rn. 26; Waltermann, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB VII, Köln 2010 (im Folgenden: Eichenhofer/Wenner), § 110 Rn. 6.

12 Über Regressverzicht gem. § 110 Abs. 2 SGB VII iE. übereinstimmend BGH, 27.6.2006 – VI ZR 143/05 – juris, Rn. 7 ff.; ohne den Umweg über § 110 Abs. 2 SGB VII, sondern durch systematische Auslegung KassKomm-Ricke (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 12.

13 Deutlich höher fallen die Regresse gegenüber »Außenstehenden« gem. § 116 SGB X aus, sie belaufen sich für die gesamte Unfallversicherung auf rd. 441 Mio. € und damit auf rd. 2,8 % der Einnahmen. Dies dürfte vor allem auf Verkehrsunfälle zurückgehen, vgl. http://www.dguv.de/medien/inhalt/zahlen/documents/gur_2015.pdf (14.7.2017).

14 Im Folgenden werden gleichwohl durchgehend nur die »Unfallversicherungsträger« als die praktisch wichtigsten Regressgläubiger genannt; die betr. Ausführungen gelten für andere Sozialversicherungsträger cum grano salis.

15 OLG Dresden, 12.10.2016 – 1 U 262/16 – juris; Plagemann/Radke-Schwenzer (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 32; Lauterbach-Dahm (Fn. 2), § 110 Rn. 7; Bley/Kreikebohm/Marschner, Sozialrecht, 9. Aufl., Neuwied 2007, Rn. 916; Schmitt, SGB VII (Fn. 10), § 110 Rn. 16; aA. bzgl. möglichen Ansprüchen der Krankenversicherungsträger KassKomm-Ricke (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 5, der auf den Leistungsausschluss in § 11 Abs. 5 SGB V abstellt.

16 KassKomm-Ricke (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 5.

und nunmehr das *OLG Dresden*¹⁷ lehnen einen Regress des Trägers der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung gem. § 110 SGB VII ab und können dafür beachtliche Gründe anführen: Die Arbeitslosenversicherung gehört nach Grammatik und Systematik des SGB nicht zur »Sozialversicherung«, sie ist vor dem Allgemeinen Teil der Sozialversicherungen (SGB IV) im SGB III geregelt. Folglich ist der Träger der Arbeitslosenversicherung zwar »Leistungsträger« (§ 12 SGB I iVm. §§ 19, 19a und 29 SGB I), aber nicht »Sozialversicherungsträger« (§ 4 SGB I, §§ 29 ff. SGB IV). Eine Gleichstellung der Bundesagentur für Arbeit mit den Sozialversicherungsträgern wie in § 116 Abs. 10 SGB X ist in § 110 SGB VII nicht vorhanden.

Damit handelt man sich allerdings eine teleologische Unschlüssigkeit ein. Regresse nach dem SGB bezwecken die Entlastung der Leistungsträger von Versicherungsleistungen, für die Dritte verantwortlich zu machen sind. Nach der ihr zugrunde liegenden Wertung ist die Leistungspflicht des SGB-Leistungsträgers im Binnenverhältnis von Leistungsträger und Schadensverursacher subsidiär. Sachliche Gründe für eine Umkehrung dieses Verhältnisses und somit für eine vorrangige Verantwortung der Arbeitslosenversicherung bei unfallbedingter Arbeitslosigkeit vor jener des Schädigers sind nicht ersichtlich, ebenso wenig ein auf die bewusste Hintansetzung der Arbeitslosenversicherung gerichteter gesetzgeberischer Wille.¹⁸ Dass die Leistung der Arbeitslosenversicherung aufgrund »Arbeitslosigkeit« erfolgt,¹⁹ beseitigt nicht den haftungsrechtlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsunfall. Es ist die Arbeitsunfallbedingtheit, die dazu führt, dass die Leistung der Arbeitslosenversicherung gem. §§ 104 ff. SGB VII aus dem zivilrechtlichen Schadensausgleich (§§ 823 ff. BGB, § 116 SGB X) herausgeschnitten wird. Wenn die Arbeitsunfallbedingtheit hier bejaht wird, kann für § 110 SGB VII nichts anderes gelten. Es sprechen somit überwiegende Gründe für eine Analogie zu § 110 Abs. 1 SGB VII.²⁰

IV. Einzelne Voraussetzungen der Regresshaftung

1. Struktur des Haftungstatbestandes

Die Regresshaftung wird begründet durch die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls (§ 110 Abs. 1 S. 1 SGB VII). Verschulden setzt Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit vor-

aus. Die Grobstruktur des Haftungstatbestandes gleicht demnach der zivilrechtlichen Haftung in der Unterscheidung zwischen Tatbestand, Rechts-/Pflichtwidrigkeit und Verschulden. Der *Tatbestand* besteht in der »Herbeiführung des Versicherungsfalls«, verlangt also vergleichbar dem § 823 Abs. 1 BGB ein Verhalten des Schädigers, das (wesentlich) ursächlich für einen Erfolg ist, der – wiederum ähnlich dem § 823 Abs. 1 BGB – in der Verletzung eines Rechtsguts (Körper, Gesundheit, Leben) besteht. Die *Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit* der regressbegründenden Handlung ist im Tatbestand des § 110 SGB VII nicht eigens erwähnt, sie ist aber eine unverzichtbare Voraussetzung des Verschuldensvorwurfs.²¹ Es handelt sich hier um eine vorpositive Gegebenheit: Fahrlässigkeit ist ohne Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit nicht denkbar. Sie als Teil des Tatbestandsmerkmals »Versicherungsfall« zu sehen, ist unzweckmäßig; denn »Versicherungsfall« im Sinne des § 8 SGB VII kann auch die zB. durch Notstand gerechtfertigte Körperverletzung sein, so dass es zwei verschiedene Begriffe des Versicherungsfalls gäbe. Vorzuziehen ist die Prüfung der Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit als ungeschriebenes Merkmal des § 110 SGB VII.²² Von größerer Bedeutung als diese technische Frage ist, inwieweit § 110 SGB VII die zivilrechtliche Pflichtenstruktur mit einbezieht. Die Frage wird in der Rechtsprechung stillschweigend bejaht, da auf deliktsrechtliche Verkehrssicherungspflichten²³ und auch auf vertragliche Rücksichtnahmepflichten²⁴ in der Begründungsarbeit zurückgegriffen wird. Das impliziert, dass § 110 SGB VII an eine Pflichtwidrigkeit zwischen dem Schädiger und dem Verletzten (nicht: zwischen Unfallversicherungsträger und Verletztem) anknüpft,

17 OLG Dresden, 12.10.2016 – 1 U 262/16 – juris; Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann-v.Koppensfels-Spies (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 5; Becker/Burchardt/Krasney/Kruschinsky, SGB VII, 13. Aufl., Sankt Augustin, Stand: 2008, § 110 Rn. 6; Bley/Kreikebohm/Marschner, Sozialrecht (Fn. 15), Rn. 916.

18 Aus der Fortschreibung der alten Rechtslage (darauf abhebend OLG Dresden, 12.10.2016 – 1 U 262/16 – juris, Rn. 33) lässt sich ein spezifischer Wille nicht ableiten.

19 Deshalb gegen den Regress Lauterbach-Dahm (Fn. 2), § 110 Rn. 7; Becker/Burchardt/Krasney/Kruschinsky, SGB VII (Fn. 17), § 110 Rn. 6.

20 Parallel zur analogen Anwendung zu Gunsten des Arbeitgebers, näher Otto/Schwarze/Krause-Schwarze (Fn. 4), § 25 Rn. 16 f.

21 Insoweit unzut. OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris, Rn. 43 (kausal-adäquate Herbeiführung des Versicherungsfalls genügt); zutr. nur, dass nicht gerade die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht gefordert ist.

22 So auch die gerichtliche Begründungspraxis, s. etwa OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris, Rn. 32 (»Versicherungsfall«) und Rn. 39 ff. (»Pflichtverletzung«).

23 Vgl. etwa OLG Dresden, 28.1.2014 – 5 U 1498/12 – juris, Rn. 42.

24 Vgl. etwa (implicite) BGH, 5.5.2011 – VI ZR 112/10 – juris, Rn. 5; ferner OLG Oldenburg, 23.10.2014 – 14 U 34/14 – juris, Rn. 37.

was der natürlichen Betrachtung der Dinge entspricht. Die §§ 104 ff. SGB VII stehen dem nicht entgegen, sie schließen nur die »Haftung« aus, nicht die ihr zugrundeliegende »Schuld«. Hinzu treten die Pflichten aus UVV in ihrer Funktion als Verhaltenspflichten des Schädigers gegenüber dem Verletzten²⁵ und arbeitsschutzgesetzliche Pflichten (zB. ArbeitsstättenVO²⁶). Den Verkehrssicherungspflichten kommt eine das UVV-Regime stützende Funktion zu, da sie die UVV zu Inhalten von Verkehrspflichten und nach den für Verkehrspflichten maßgeblichen Regeln, insbes. über Organisationspflichten, (weitere) Verantwortliche pflichtig machen können.²⁷

2. Das Verschulden

Die Regresshaftung nach § 110 SGB VII beruht auf vorwerfbarem Fehlverhalten des Schädigers. Darin gleicht sie dem zivilrechtlichen Schadensausgleich, in dem das Verschuldensprinzip allerdings ausnahmefähig ist (§ 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB), während es in § 110 SGB VII das ausschließliche Zurechnungsprinzip ist. Der Regress gem. § 110 SGB VII setzt, abweichend von der Regel der zivilrechtlichen Haftung, ein schweres Verschulden voraus: Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, die einfache Fahrlässigkeit genügt nicht.

a) Bezugspunkt des Verschuldens

Ein erstes Problem ergibt sich beim Bezugspunkt des Verschuldens. Dessen Bedeutung für das praktische Ausmaß der Haftung kann nicht deutlich genug hervorgehoben werden. Der BGH hat die verwirrende Regelung in § 110 Abs. 1 S. 3 SGB VII inzwischen richtig dahin gehend ausgelegt, dass das Verschulden sich auf den Verletzungserfolg und nicht nur die Pflichtwidrigkeit beziehen muss, also auf die für den Versicherungsfall erforderliche Verletzung des Rechtsgutes (Leben, Leib, Gesundheit),²⁸ wobei dolus eventualis genügt. Lediglich auf den konkreten Schadensumfang muss sich das Verschulden nicht beziehen.²⁹ Das BAG hat obiter den gegenteiligen Standpunkt vertreten und sieht das Verschulden nur auf die (pflichtwidrige) Handlung/Unterlassung bezogen.³⁰ Man darf hoffen, dass es sich eines Besseren besinnt,³¹ zumal bei der arbeitsrechtlichen Haftung der »Schaden« Bezugspunkt des Verschuldens sein soll, womit die unfallversicherungsrechtliche Regresshaftung in der Auslegung des BAG schärfer wäre als die zivilrechtliche in ihrer arbeitsrechtlichen Ausprägung. Das führt zu vielen Ungeheimheiten. Eine davon wäre ein (widersinniger) Anspruch

des nach § 110 SGB VII in Regress genommenen Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Freistellung von dem Teil des Regressanspruchs, der bei Anwendung der in der BAG-Lesart günstigeren arbeitsrechtlichen Regeln vom Arbeitgeber zu tragen wäre.³²

b) Struktur der groben Fahrlässigkeit

Die grobe Fahrlässigkeit setzt, eine gängige Rechtsprechungsformel, einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Diese Sorgfalt muss in ungewöhnlich hohem Maß verletzt und es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.³³ Sie ist also nicht bestimmt durch einen anderen Sorgfaltsbegriff als die einfache Fahrlässigkeit, etwa als Verstoß gegen eine »Mindestsorgfalt« oder »Elementarsorgfalt«. In diese Richtung gehende Umschreibungen der groben Fahrlässigkeit, etwa die durchaus populäre Formel vom »traurigen Mindestmaß an Sorgfalt« oder die von der Nichtbeachtung desjenigen »was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen«³⁴ sind nicht im technischen Sinne zu verstehen, sondern sind Paraphrasierungen. Die grobe Fahrlässigkeit misst sich wie die einfache Fahrlässigkeit an der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 S. 2 BGB) und setzt sich von dieser durch die Schwere des Verstoßes ab. An diese zivilrechtliche Dogmatik schließt § 110

25 OLG Hamburg, 20.2.2015 – 1 U 245/13 – juris, Rn. 31.

26 LG Osnabrück, 19.10.2015 – 12 O 1961/14 – juris, Rn. 20.

27 S. etwa OLG Dresden, 29.9.2011 – 8 U 374/11 – juris, Rn. 32; OLG Hamburg, 20.2.2015 – 1 U 245/13 – juris, Rn. 31.

28 BGH, 15.7.2008 – VI ZR 212/07 – NJW 2009, 681, 684 (Rn. 30 ff.); ebenso *Deinert*, RdA 2013, 146, 149; S. bereits *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 3. Aufl., Karlsruhe 1998, Rn. 600.

29 Dieser Rspr. zustimmend *KassKomm-Ricke* (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 13; *ErfK-Rolfs* (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 5.

30 BAG, 10.10.2002 – 8 AZR 103/02 – BAGE 103, 92 (Rn. 23).

31 Hingegen sieht *Brose* (RdA 2011, 205, 214 f.) in der Lesart des BGHs eine unzulässige Auslegung contra legem: Aus rechtspolitischer Sicht begrüße sie zwar diese weite Auslegung durch den BGH, jedoch sei der Wortlaut des § 110 Abs. 1 S. 3 SGB VII eindeutig. Dem BAG zustimmend und die Entscheidung des BGH ablehnend auch *Lehmacher*, in: *Boecken/Düwell/Diller/Hanau* (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2016 (im Folgenden: *NK-GA*), § 110 SGB VII Rn. 9, da diese die präventive Intention des § 110 Abs. 1 SGB VII schwäche.

32 Was über einen dann gebotenen Regressverzicht (*Deinert*, RdA 2013, 146, 152) notrepariert werden müsste.

33 BGH, 18.2.2014 – VI ZR 51/13 – juris, Rn. 7.

34 BGH, 11.05.1953 – IV ZR 170/52 – juris, Rn. 9; *Stadler*, in: *Jauernig* (Begr.), *BGB*, 16. Aufl., München 2015 (im Folgenden: *Jauernig*), § 276 Rn. 33; *Schaub*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar BGB*, München, Stand: 1.4.2017, § 276 BGB Rn. 92.

SGB VII nahtlos an. Dieser Schulterschluss mit der zivilrechtlichen Haftung wird indessen durch eine unnötige »Dramatisierung« der Regresshaftung verunklart, mit der die Rechtsprechung negative Entscheidungen zur »groben Fahrlässigkeit« im Sinne des § 110 Abs. 1 SGB VII begründet: Wenn man die Regresshaftung zur »Ausnahme« erklärt, ein »besonders krasses Fehlverhalten« zur Voraussetzung erhebt und dabei die Zumutbarkeit der finanziellen Belastung für die Unternehmerschaft zum Maß erhebt,³⁵ entsteht der sachlich unzutreffende Eindruck einer eigenständigen, vom Zivilrecht abgelösten Dogmatik.³⁶

Das grobe Verschulden hat – wie das einfache Verschulden auch – eine »äußere« und eine »innere« Seite: Das äußere Fehlverhalten betrifft das sinnlich wahrnehmbare Verhalten des Schädigers, also zB. das Fahren des Gabelstaplers mit einem 8½-jährigen Kind auf der Gabel³⁷ oder die unzureichende Sicherung der 1,80 m tiefen Grube gegen nachstürzende Erde.³⁸ Es deckt sich im Prinzip mit der Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit, wenn diese bei der Prüfung von Tatbestand bzw. Rechtswidrigkeit positiv begründet worden ist, etwa durch Bezugnahme. Wenn also im Gabelstaplerfall das Mitfahren einer Person auf der heruntergelassenen Gabel gegen eine UVV verstößt, ist damit nicht nur die Rechts-/Pflichtwidrigkeit begründet, sondern zugleich die »äußere« Sorgfaltswidrigkeit auf der Stufe des Verschuldens. Deshalb könnte man die Erörterung der äußeren Sorgfaltswidrigkeit auf der Stufe des Verschuldens für eine entbehrliche Wiederholung halten und der Ansicht sein, die Verschuldensprüfung sei auf die »innere Fahrlässigkeit« (Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit) zu beschränken. Das ist für die normale zivilrechtliche Haftung auch durchaus richtig, da hier für jede Fahrlässigkeit gehaftet wird, also mit der positiven Feststellung der Pflichtwidrigkeit stets das Notwendige zur äußeren Fahrlässigkeit gesagt ist. Anders verhält es sich, wenn die Haftung ein bestimmtes Maß an Sorgfaltswidrigkeit voraussetzt, wie eben der Regress nach § 110 SGB VII mindestens die grobe Fahrlässigkeit. Darüber ist mit Feststellung der Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit nichts gesagt, weshalb die Verschuldensprüfung mit der Bewertung des äußeren Fehlverhaltens auf einen groben Verstoß ein originärer Prüfbereich bleibt. Die Begründungspraxis übergeht diese Subtilitäten oft und erörtert äußere wie innere Umstände gleichermaßen und durchaus vermengt. Das wird ergebnisunschädlich sein, die Nachvollziehbarkeit der Prüfung aber durchaus mindern.

Damit besteht die Prüfung der Voraussetzung »grobe Fahrlässigkeit« folglich aus zwei Elementen: (1) Das äußere

Verhalten des Schadensverursachers ist darauf hin zu überprüfen, ob ein schwerer Verstoß gegen die erforderliche Sorgfalt vorliegt. (2) Das innere Verhalten (Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit des äußeren Fehlverhaltens) ist darauf hin zu prüfen, ob der schwere Verstoß »unentschuldigbar« ist.

c) Grobe äußere Sorgfaltswidrigkeit (»Schwerer Verstoß«)

Die äußere Fahrlässigkeit lässt sich aus der Pflichtwidrigkeit ableiten, wenn eine besondere Verhaltenspflicht ausdrücklich geregelt ist oder – als Verkehrspflicht – besonders begründet worden ist. Praktisch steht auch hier der Verstoß gegen UVV im Vordergrund. Ob der Verstoß gegen UVV auch eine grobe äußere Sorgfaltswidrigkeit darstellt, lässt sich nicht verallgemeinernd sagen. Das hat einen einfachen Grund: Die UVV orientieren sich am Maß der »erforderlichen Sorgfalt«, sie konkretisieren diese Sorgfalt. Folglich ist ein Verstoß gegen die UVV zuerst einmal nur ein Verstoß gegen die erforderliche Sorgfalt und nicht ein »schwerer Verstoß«, wie er für die grobe Fahrlässigkeit zu fordern wäre. Gleichwohl gibt es einen Begründungszusammenhang zwischen UVV und grober Fahrlässigkeit. Er hängt ab vom konkreten Inhalt der UVV. Je gefährlicher und schadensträchtiger die Tätigkeit oder das durch die UVV verbotene Verhalten während der Tätigkeit, desto eher ist der Schluss vom UVV-Verstoß auf die grobe Fahrlässigkeit gerechtfertigt: Es muss sich um eine »besonders wichtige UVV«³⁹ handeln, eine, die sich mit Vorrichtungen zum Schutz der Arbeitnehmer vor tödlichen Gefahren oder – das sollte ausreichen – vor schwersten körperlichen Verletzungen⁴⁰ befasst und »elementare Sicherungspflichten« zum Inhalt hat. So hat § 5 Abs. 1 Nr. 2 DGUV-Vorschrift 3 (Fristenüberprüfung elektrischer Geräte) keine solche Schadensnähe, § 4 Abs. 3 der UVV »Forsten« (VSG 4.3) dagegen sehr wohl, wenn er für die Arbeit mit Motorsägen einen Helm mit Gesichtsschutz vorsieht, oder § 12 Abs. 1

35 BGH, 12.1.1988 – 6 ZR 158/87 – NJW 1988, 1265, 1266; OLG Schleswig-Holstein, 6.3.2014 – 11 U 74/13 – juris, Rn. 20 mwN.; OLG Oldenburg, 24.2.2011 – 1 U 33/10 – juris, Rn. 53.

36 An der Maßgeblichkeit der zivilrechtlichen Dogmatik rütteln die in Fn. 35 genannten Entscheidungen nicht.

37 BGH, 16.8.2016 – VI ZR 497/15 – juris.

38 BGH, 18.2.2014 – VI ZR 51/13 – juris.

39 Vgl. Thüringer OLG, 15.10.2015 – 4 U 76/13 – juris, Rn. 23.

40 OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris, Rn. 49; OLG Oldenburg, 23.10.2014 – 14 U 34/14 – juris, Rn. 34; LG Berlin, 5.3.2013 – 4 O 17/11 – juris, Rn. 18; wohl auch KassKomm-Ricke (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 7 (»extreme Gefahren«).

Nr. 4 DUGV-Vorschrift 38, der für Arbeiten auf Dächern mit einer Fallhöhe von mehr als 3 m eine Absturzsicherung fordert. Die verbreitete Sentenz, ein Verstoß gegen UVV reiche für sich nicht aus, um grobe Fahrlässigkeit zu begründen, ist daher eine Spur zu zurückhaltend: Die äußere grobe Sorgfaltswidrigkeit kann sehr wohl zureichend begründet sein mit einem Verstoß gegen UVV, wenn die UVV die beschriebene »Schadensnähe« hat und der durch die Verletzung indizierte grobe Verstoß nicht durch besondere Umstände der Situation in einem milderen Lichte erscheint.

Richtig ist an dem Vorbehalt, dass der Vorwurf grober Fahrlässigkeit stets ein »individuell-situativer« ist. Die Individualisierung bezieht sich auf beide Seiten des Sorgfaltsverstoßes, auch die hier in Rede stehende äußere Seite. Darüber kann man in Zweifel geraten bei der Lektüre einschlägiger BGH-Entscheidungen, in denen die grobe Fahrlässigkeit zunächst aufgegliedert wird in den »objektiven schweren Verstoß« und die »subjektiv schlicht unentschuld bare Pflichtverletzung«, um dann unter dem letztgenannten Merkmal die hier in Rede stehende Thematik abzuhandeln. Man könnte daher die Aussage des BGH dahin verstehen, die »individuelle Vorwerfbarkeit« sei ausschließlich ein Problem der inneren Seite der Fahrlässigkeit (= Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit des äußeren Fehlverhaltens). Das ist aber wohl nicht gemeint und wäre jedenfalls sachlich nicht überzeugend. Vielmehr kann die Individualisierung auch bei der »äußeren« Sorgfalt erheblich werden. Sie führt bei der Regresshaftung vor allem dazu, dass die schematische Begründung der groben Fahrlässigkeit über den UVV-Verstoß unter einem entsprechenden Vorbehalt steht. Es geht vor allem um die entlastende Berücksichtigung von Umständen, die dem Risiko des Arbeitgebers zuzurechnen sind, wie zB. eine auf Überarbeitung zurückgehende Übermüdung oder ein schlechter Zustand des Arbeitsgerätes. Ferner sind entlastend Umstände zu beachten, die aus der Sphäre Dritter kommen, etwa das Fehlverhalten anderer Personen oder eine mitwirkende »höhere Gewalt«. Schließlich wirkt entlastend, wenn der Schädiger bei Verstoß gegen eine »wichtige« UVV immerhin versucht hat, andere, nicht völlig untaugliche Sicherungsmaßnahmen vorzunehmen. So schreibt die einschlägige UVV für Dacharbeiten auf Flachdächern mit einer Arbeitshöhe von über 3 m ein Auffangnetz vor. Da es, zumal bei der Demontage nicht durchtrittsicherer Licht- und Wellasbestplatten,

um eine gefährliche Tätigkeit geht, würde man die Nichtbeachtung dieser elementaren Sicherung als schweren Verstoß gegen die erforderliche Sorgfalt werten. Der Vorwurf grober Fahrlässigkeit kann aber daran scheitern, dass der in Regress genommene Arbeitgeber immerhin eine nicht offensichtlich völlig untaugliche Sicherung (zB. Fangseile mit Seilbremse, nicht dagegen Laufbohlen⁴¹) herzustellen versucht hat. Das betrifft nicht nur die innere Seite, sondern auch die äußere. Nicht entlastend ist es allerdings, Sicherungsmaßnahmen durch eine Einweisung in die ohne die Sicherungsmaßnahme bestehende Gefahrensituation zu ersetzen.⁴² Denn Sicherungsmaßnahmen beruhen gerade darauf, dass oft wider besseres Wissen unsorgfältig gehandelt wird.

d) Grobe innere Sorgfaltswidrigkeit **(»Subjektive Unentschuldbarkeit«)**

Die Rechtsprechung verlangt für die regressbegründende grobe Fahrlässigkeit eine »subjektive Unentschuldbarkeit«. Sie befindet sich damit in Übereinstimmung zu den Regeln des Zivil- und Arbeitsrechts zur groben Fahrlässigkeit. Die Terminologie (»subjektiv«) ist mehrdeutig, weshalb eine Klarstellung angebracht ist. Nicht gemeint ist eine Subjektivierung des Sorgfaltsmaßes: Dass also bei Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt nicht mehr zu beurteilen wäre, was von einem »ordentlichen Unternehmer« oder »ordentlichen Arbeitnehmer« verlangt werden kann (= obj. Maßstab), sondern Rücksicht zu nehmen wäre auf die individuellen Fähigkeiten des konkreten Regressschuldners in der Weise, dass von vornherein nur das an Sorgfalt aufzubringen wäre, was gerade ihm abzuverlangen ist. Dies würde etwa dazu führen, dass bei einem jungen, unerfahrenen Unternehmer oder Arbeitnehmer Verhaltensweisen als einfache Fahrlässigkeit durchgehen würden, die bei einem erfahrenen eindeutig grob fahrlässig wären. Ein und dasselbe Verhalten – zB. der Transport einer Erntehelferin auf dem Heuballen-beladenen Erntewagen – wäre bei dem einen als sorgfaltsgemäß, bei dem anderen als sorgfaltswidrig zu qualifizieren. Ja man könnte sogar daran denken, die Schwere des Verschuldens abhängig zu machen von der Kenntnis der UVV und den unwissenden Unternehmer

41 OLG Frankfurt, 14.12.2011 – 1 U 191/10 – juris, Rn. 45.

42 LG Berlin, 5.3.2013 – 4 O 17/11 – juris, Rn. 17; LG Rottweil, 14.9.2012 – 3 O 349/11 – juris, Rn. 35.

(eher) von diesem Vorwurf entlasten.⁴³ Eine solche Individualisierung der »erforderlichen Sorgfalt« liefe der Unfallprävention – einem zentralen Anliegen der Unfallversicherung – zuwider, die den komplexen Gefahren des Arbeitslebens nur mit einem Mindestmaß an Schematisierung von Verhaltensgeboten steuern kann, das seinerseits einen einheitlichen Sorgfaltsmaßstab voraussetzt.

Es geht vielmehr korrespondierend zum Verstoß gegen die äußere Sorgfalt um die Einbeziehung der individuellen Situation bei der Bewertung des inneren Verschuldens – der Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit der äußeren Pflichtwidrigkeit. Das führt durchaus zur Rücksichtnahme auf entlastende persönliche Umstände wie geringere Erfahrung, Jugend, Alter, Behinderung.⁴⁴ Aber eben nicht bei der Ermittlung der geforderten Sorgfalt, sondern bei der Bewertung der Schwere des Sorgfaltsverstoßes. Auch hier ist eine Indizwirkung des UVV-Verstoßes denkbar, wenn auch der Kreis der in Frage kommenden Verstöße noch enger zu fassen ist als bei der Indizwirkung für die äußere Fahrlässigkeit: Es muss sich wiederum um eine besonders wichtige UVV handeln,⁴⁵ hinzutreten muss aber, dass die Sicherungsanweisungen eindeutig sind,⁴⁶ sodass die durch Missachtung heraufbeschworene Gefahr für Leib und Leben für den Schädiger offensichtlich war.⁴⁷ Der Indizschluss steht wiederum unter dem Vorbehalt entlastender Umstände, diesmal auf der inneren Seite.

Für die praktische Geltung der UVV bedeutsam ist die Frage, ob Unkenntnis derselben als Argument gegen die Schwere des inneren Verschuldens, die »Unentschuldbarkeit«, angeführt werden kann. So hatte eine in Regress genommene Unternehmerin geltend gemacht, die einschlägige UVV (§ 6 Abs. 3, § 28 Abs. 1 DGUV-Vorschrift 38 iVm. DIN 4121) nicht zu kennen, die für die 1,80 m tief gegrabene Baugrube eine Abstützung verlangte. Die Antwort lautet – selbstverständlich – »nein«.⁴⁸ Alles andere würde Sorglosigkeit prämiieren und die Unfallprävention unterlaufen. Nach Ansicht der Rechtsprechung soll der »unentschuldbare Verstoß« auf der inneren Seite aber daran scheitern können, dass gefahrenbegründende Umstände infolge eines größeren Zeitabschnitts zwischen der Inkenntnissetzung hierüber und dem Fehlverhalten nicht mehr präsent sind.⁴⁹ Ferner soll entlastend wirken, dass der Arbeitnehmer schon in einer Vielzahl von Fällen in der Weise beschäftigt wurde, die letztlich zur Verletzung geführt hat, ohne dass es zum Unfall gekommen wäre (zB. Beschäftigung eines 110 kg schweren Arbeitnehmers

mit Arbeiten auf einem Dach).⁵⁰ Dem wird man nur zustimmen können, wenn der äußere Sorgfaltsverstoß nicht im Verstoß gegen eine einschlägige UVV besteht und daher die »Offensichtlichkeit« des schweren Sorgfaltsverstoßes maßgeblich durch die konkreten Umstände beeinflusst wird, zu denen eben auch die Unfallfreiheit der bisherigen Arbeitspraxis gehört, mag diese auch falsch und unsorgfältig sein. Andernfalls könnte selbst der vorsätzliche Verstoß gegen lebenssichernde UVV folgenlos bleiben, wenn es nur oft genug gut gegangen ist.

Es liegt im Duktus der individuell-situativen Verschuldensbewertung, auch belastende Umstände zu berücksichtigen. Wenn ein Haftender aufgrund besonderer Fachkenntnisse den Sinn einer UVV oder eine besondere Schadensträchtigkeit der Situation erkennen kann, ist dies bei der Ermittlung der Schwere der Schuld zu berücksichtigen. So fällt etwa dem Arbeitnehmer im Sinne eines unentschuldbaren Verstoßes (»innere Seite«) zur Last, wenn ihm kurz vor dem Unfall der Inhalt der UVV von einem Beauftragten vor Augen gehalten und er zur Einhaltung derselben aufgefordert wurde,⁵¹ es fällt ihm ferner zur Last, wenn er als Präventionsverantwortlicher die einschlägigen UVV nicht kennt.⁵² Es fällt ihm schließlich zur Last, wenn er sich gefahrenerhebliche Umstände nicht bewusst macht, auf die er kurze Zeit zuvor aufmerksam gemacht worden ist.⁵³ Die Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab bleiben davon aber unverändert und orientieren sich an der UVV, hilfsweise am »ordentlichen« Arbeitnehmer, Unternehmer usw.⁵⁴

43 Dagegen mit Recht BGH, 18.2.2014 – VI ZR 51/13 – juris, Rn. 13.

44 KassKomm-Ricke (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 7.

45 Näher unter III.2.c.

46 OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris, Rn. 48; OLG Oldenburg, 23.10.2014 – 14 U 34/14 – juris, Rn. 25.

47 OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris, Rn. 51; OLG Frankfurt, 14.12.2011 – 1 U 191/10 – juris, Rn. 44.

48 BGH, 18.2.2014 – VI ZR 51/13 – juris, Rn. 13.

49 OLG Dresden, 28.1.2014 – 5 U 1498/12 – juris, Rn. 47.

50 BGH, 5.5.2011 – VI ZR 112/10 – juris, Rn. 4.

51 Vgl. OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris, Rn. 51.

52 BGH, 18.2.2014 – VI ZR 51/13 – juris, Rn. 13.

53 OLG Hamburg, 29.9.2011 – 8 U 374/11 – juris, Rn. 26.

54 BGH, 18.2.2014 – VI ZR 51/13 – juris, Rn. 13.

e) Darlegungs- und Beweislast

Nach der zivilprozessualen Grundregel hat der klagende Unfallversicherungsträger alle Voraussetzungen seines Anspruchs darzulegen und zu beweisen. Dazu genügt bei Unaufklärbarkeit des genauen Unfallhergangs der Beweis eines Verstoßes gegen UVV, wenn im Zusammenhang mit dem Verstoß gerade derjenige Schaden eingetreten ist, der durch die UVV verhindert werden sollte.⁵⁵ Die Darlegung entlastender Umstände, die diese Indizwirkung entkräften, obliegt dann (sekundär) dem in Anspruch Genommenen,⁵⁶ die Last des Beweises, dass dennoch grobe Fahrlässigkeit vorliegt, dem Unfallversicherungsträger, dh. ein »non-liquet« bezüglich solcher Umstände geht zum Nachteil des klagenden Unfallversicherungsträgers.

3. Vorsatz

Beim Vorsatz sind zwei Dinge hervorzuheben: Der Vorsatz im Sinne des § 110 SGB VII setzt wie im Bürgerlichen Recht Unrechtsbewusstsein voraus. Der Schädiger muss zumindest billigend in Kauf nehmen, dass sein Tun rechts- oder pflichtwidrig ist. Die vorsätzliche Außerachtlassung von UVV, also das Wissen darum, dass das Verhalten gegen UVV verstößt, erfordert nicht die Kenntnis der konkreten UVV, sondern es genügt das Laienbewusstsein, gegen »Vorschriften« zu verstoßen oder erhebliche Gefahren heraufzubeschwören.⁵⁷ Wenn zB. der Inhaber einer Winzerei seinen 8 ½-jährigen Sohn auf dem Gabelstapler mitnimmt in der Weise, dass dieser auf der linken Zacke der Ladegabel steht,⁵⁸ liegt ein vorsätzlicher Verstoß gegen die einschlägige UVV vor, wenn der Vater weiß, dass diese Transportweise »nicht in Ordnung« ist; die einschlägige UVV muss er nicht kennen. Der Vorsatz muss sich überdies beziehen auf die Herbeiführung des Arbeitsunfalls, der vorsätzliche Verstoß gegen die UVV oder eine andere Verhaltenspflicht genügt nicht: Im Beispielsfall hat der auf das »Gutgehen« der Aktion vertrauende Vater also nicht vorsätzlich im Sinne des § 110 SGB VII gehandelt. Darin liegt eine Besserstellung des Regresspflichtigen zum Haftpflichtigen des Bürgerlichen Rechts, die sich teils systematisch erklären lässt – der »Versicherungsfall« begründet die Leistungspflicht des Versicherungsträgers, also muss er auch der Bezugspunkt der Regresspflicht sein –, teils teleologisch – die Unfallversicherung schützt auch den Haftpflichtigen. Obgleich die zivilrechtliche Haftung bei Vor-

satz nicht gem. §§ 104 ff. SGB VII ausgeschlossen ist, kann der Sozialversicherungsträger nur nach § 110 SGB VII vorgehen; die Norm ist insoweit spezieller.⁵⁹

4. Zurechnung von Drittverhalten

Die Zurechnung von Drittverhalten wird für die Regresshaftung eigenständig und abschließend durch § 111 SGB VII geregelt. Die Regelung ist im Vergleich zur zivilrechtlichen Haftung erheblich günstiger, weil der Arbeitgeber nur für Organe und organähnliche Personen einzustehen hat. Die Regelung ähnelt der beschränkten Verantwortung des Versicherungsnehmers in der privaten Schadensversicherung für von ihm zur Erfüllung von Obliegenheiten eingesetzte Personen. Auch hier gilt nicht § 278 BGB, sondern eine auf »Repräsentanten« beschränkte Verantwortlichkeit, da die Versicherungswirkung zu stark geschmälert würde.⁶⁰ Für das Verhalten »normaler« Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber weder über § 278 BGB noch nach/analog § 831 BGB verantwortlich gemacht werden.⁶¹ Es kann allerdings in der Beauftragung eines Dritten, auch eines normalen Arbeitnehmers, eine eigene Verkehrssicherungspflicht des Unternehmers oder seiner Vertreter (gem. § 111 SGB VII) liegen: Beauftragt der Geschäftsführer einer GmbH, die es übernommen hat, ein Grundstück bebauungsreif zu machen, einen bei der GmbH beschäftigten Maurer mit dem Fällen eines Baums und fehlt diesem dafür die nötige Qualifikation, liegt in der Beauftragung des unqualifizierten Arbeitnehmers eine haftungsbegründende Handlung des Geschäftsführers, für die dieser und über § 111 SGB VII die GmbH regresspflichtig gemacht werden können.⁶²

55 BGH, 25.1.1983 – VI ZR 92/81 – VersR 1983, 440; BGH, 8.5.1984 – VI ZR 296/82 – VersR 1984, 775; LG Berlin, 5.3.2013 – 4 O 17/11 – juris, Rn. 20.

56 Vgl. etwa (iE. verneinend) OLG Frankfurt, 14.12.2011 – 1 U 191/10 – juris, Rn. 53 ff.

57 LG Berlin, 5.3.2013 – 4 O 17/11 – juris, Rn. 18.

58 Vgl. Sachverhalt OLG Koblenz, 20.7.2015 – 12 U 948/14 – UV-Recht Aktuell 2015, 558.

59 KassKomm-Ricke (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 4.

60 Grundlegend BGH, 25.11.1953 – II ZR 7/53 – BGHZ 11, 120 ff.

61 KassKomm-Ricke (Fn. 2), § 111 SGB VII Rn. 4; S.

62 LG Leipzig, 4.7.2013 – 4 O 76/12 – juris, Rn. 42 ff.

V. Umfang des Regressanspruchs

1. Bedeutung der zivilrechtlichen Haftung

Der Inhalt des Regressanspruchs ist durch zwei Faktoren bestimmt: die tatsächlichen Aufwendungen, die der Unfallversicherungsträger für den Versicherungsfall hat betreiben müssen, und den Umfang des hypothetischen, gem. §§ 104 ff. SGB VII ausgeschlossenen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs, auf den die Ersatzfähigkeit begrenzt ist (§ 110 Abs. 1 S. 1 aE. SGB VII). Die Erstattungsfähigkeit hängt nicht von der Kongruenz des einzelnen Aufwendungspostens mit einem korrespondierenden Schadensposten ab,⁶³ weshalb zB. das Schmerzensgeld mit einzurechnen ist, obwohl ihm kein Pendant bei den Leistungen der Unfallversicherung gegenübersteht.

2. Bedeutung der arbeitsrechtlichen Haftung

Dass § 110 Abs. 1 S. 1 aE. SGB VII auch die arbeitsrechtlichen Haftungsregeln in Bezug nimmt, ist schon dem Wortlaut nach zu bejahen, da das Arbeitsrecht Teil des Zivilrechts ist und der »zivilrechtliche Schadensersatzanspruch« durch gewohnheits- und richterrechtliche Regeln genauso bestimmt wird wie durch Gesetzesrecht. Das gilt aber nur, wenn der gem. §§ 104 ff. SGB VII ausgeschlossene Schadensersatzanspruch der arbeitsrechtlichen Haftungsmilderung unterworfen ist, also wenn ein Arbeitnehmer den Arbeitsunfall des Arbeitgebers verursacht hat (Haftungsausschluss gem. § 104 SGB VII).⁶⁴ Nicht dagegen, wenn ein Arbeitnehmer den Arbeitsunfall eines Kollegen verursacht (§§ 105 ff. SGB VII), denn hier würde der Arbeitnehmer, wäre die Haftung nicht ausgeschlossen, uneingeschränkt nach dem BGB haften.⁶⁵

3. Mitverschulden

Für das Mitverschulden des Geschädigten ist scharf zu trennen nach der Person des Schädigers: Handelt es sich bei ihm um einen »gleichgestellten« Kollegen, ergeben sich im Vergleich zur zivilrechtlichen Haftung keine Besonderheiten.⁶⁶ Verhalten der Beteiligten und Situation bestimmen die Verantwortungsanteile. Besonderen Regeln folgt dagegen das Mitverschulden gegenüber dem Arbeitgeber oder einem Vorgesetzten. Zuerst gilt für das Mitverschulden eines Arbeitnehmers im Verhältnis zum Arbeitgeber die arbeitsrechtliche

Verschuldensabstufung entsprechend, so dass leichtestes Mitverschulden unerheblich ist und die Auswirkungen sich im Übrigen nach dem Maß des Verschuldens bestimmen.⁶⁷ Sodann wirkt sich zu Gunsten des verletzten Arbeitnehmers das hierarchische Moment aus: Dem Geschädigten ist oft die Gefährlichkeit und sogar Vorschriftswidrigkeit seines Tuns bewusst, etwa dem später abgestürzten Dachdecker, dass er auf 6 m Höhe ohne Fallsicherung arbeitet, noch dazu auf einer Mauer von lediglich 36 cm Breite steht,⁶⁸ oder einem mit Baumfällung beauftragten Tischler, dass er für diese Aufgabe nicht die erforderliche Qualifikation und Erfahrung besitzt.⁶⁹ Solche Selbstgefährdungen sind nicht als Mitverschulden zu Gunsten des auf Regress haftenden Arbeitgebers oder Vorgesetzten des geschädigten Arbeitnehmers zu werten, wenn auf dessen Weisung und im Bewusstsein der Gefährdung gehandelt wurde⁷⁰ oder wenn der Arbeitgeber die gefährliche Arbeitssituation geschaffen oder in Kenntnis derselben unverändert gelassen hat.⁷¹ Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass der Geschädigte die Arbeit hätte verweigern können (§ 273 BGB oder § 275 Abs. 3 BGB): Eine Obliegenheit zur Einrede wird in der Regel wegen Unzumutbarkeit (Drucksituation) nicht bejaht werden können.⁷² Im Übrigen darf der Arbeitnehmer die Weisung des Arbeitgebers/Vorgesetzten zur Durchführung solcher Arbeiten dahin verste-

63 BGH, 27.6.2006 – VI ZR 143/05 – NJW 2006, 3563; Grüner, in: Becker/Franke/Moltekin (Hrsg.), Lehr- und Praxiskommentar SGB VII, 4. Aufl., Baden-Baden 2014 (im Folgenden: LPK/SGB VII), § 110 Rn. 20; anders liest sich aber LG Rottweil, 14.9.2012 – 3 O 349/11 – juris, Rn. 45 ff.; ausdrücklich am Erfordernis einer sachlichen und zeitlichen Kongruenz festhaltend aber Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann-v.Koppenfels-Spies (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 10.

64 Otto/Schwarze/Krause-Schwarze (Fn. 4), § 25 Rn. 9.

65 Dies übersehend und die Heranziehung arbeitsrechtlicher Maßstäbe zu Unrecht pauschal verwerfend OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris, Rn. 65 f. Davon zu trennen die Frage, ob der Unfallversicherungsträger in diesen Fällen bei der Ermessensausübung gem. § 110 Abs. 2 SGB VII aus Gründen der Gleichbehandlung den Schädiger nach den arbeitsrechtlichen Regeln zu behandeln hat, s. unter VI.3.

66 Als Beispiel OLG Zweibrücken, 27.11.2013 – 1 U 197/12 – juris, Rn. 33 ff.

67 LG Rottweil, 14.9.2012 – 3 O 349/11 – juris, Rn. 44.

68 OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris.

69 Vgl. OLG Oldenburg, 24.2.2011 – 1 U 33/10 – juris, Rn. 42.

70 OLG Naumburg, 12.12.2007 – 6 U 200/06 – VersR 2008, 704; OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris, Rn. 58 f.; dagegen ein Mitverschulden für möglich haltend OLG Frankfurt, 6.2.2013 – 2 U 209/12 – juris, Rn. 22 f.

71 Hier einzuordnen LG Rottweil, 14.9.2012 – 3 O 349/11 – juris, Rn. 44 (dort wenig überzeugend als »leichteste Fahrlässigkeit« des geschädigten Arbeitnehmers eingestuft).

72 OLG Oldenburg, 24.2.2011 – 1 U 33/10 – juris, Rn. 62; im Ergebnis ebenso OLG Bamberg, 3.3.2008 – 1 U 207/07 – BeckRS 2009, 07612.

hen, dass sie das entsprechende Risiko »übernehmen«, was wegen der Maßgeblichkeit der §§ 249 ff. BGB für den Regress auch für den Unfallversicherungsträger gilt. Die weisungsbedingte Drucksituation besteht dagegen nicht, wenn die von einem Vorgesetzten erteilte »Weisung« offensichtlich den Interessen des Arbeitgebers widerspricht und durch dessen Willen nicht gedeckt sein kann, sodass der Arbeitnehmer nicht befürchten muss, bei Weigerung »sanktioniert« zu werden, zB. wenn der Geschädigte dem auf einer Betriebsfahrt mitfahrenden Vorgesetzten das Steuer überlassen hat, obwohl dem Geschädigten bekannt war, dass der Vorgesetzte nicht über eine Fahrerlaubnis verfügte und überdies stark alkoholisiert war.⁷³ Als Mitverschulden ist es dagegen zu werten, wenn der Arbeitnehmer es unterlässt, den Arbeitgeber auf ihm unbekannte Gefahrensituationen hinzuweisen.⁷⁴

Zu beachten ist die Relativität des Mitverschuldens. Der Anteil ist stets nur relativ zum Verschulden zu bewerten, weshalb man Ermittlungen zum Verschulden des Regresspflichtigen nicht unterlassen kann mit der Begründung, das Mitverschulden sei mit 100 % zu veranschlagen;⁷⁵ das gilt jedenfalls, solange der Geschädigte nicht vorsätzlich gehandelt hat. Ob Fehlverhalten des Unfallversicherungsträgers analog § 254 BGB haftungsmindernd wirkt, ist für die Praxis nicht geklärt.⁷⁶ Der BGH hält sich in dieser Frage bedeckt und hat bislang nur anerkannt, dass die volle Haftung bei langjähriger Duldung offensichtlicher Gefahren treuwidrig (missbräuchlich) wäre,⁷⁷ was wohl dahin verallgemeinert werden kann, dass grob fahrlässiges Verhalten des Unfallversicherungsträgers die Haftung mindert.

Darlegungs- und beweisbelastet für das Mitverschulden sowohl des Geschädigten wie des Unfallversicherers ist der in Regress genommene Schädiger,⁷⁸ wobei ihm der Beweis des ersten Anscheins zur Hilfe kommen kann, wenn das Fehlverhalten des Arbeitnehmers seinerseits auf der Verletzung von UVV beruht.⁷⁹

VI. Regressverzicht (§ 110 Abs. 2 SGB VII)

1. Rechtsnatur

Der (vollständige oder partielle) Verzicht auf den Regress wird von der Rechtsprechung schon zur Vorgängernorm in § 640 RVO als zivilrechtliche Handlung eingeordnet, wofür entscheidend der Zusammenhang mit dem zivilrechtlichen Regressanspruch spricht. Würde man das Ganze als sozial-

verwaltungsrechtliches Geschehen einordnen, wären zwei Gerichtsbarkeiten für dieselbe Frage zuständig, was eine Verfahrensdoppelung unausweichlich machte. Diese richtige Sicht hat sich auch für § 110 Abs. 2 SGB VII etabliert.⁸⁰ § 110 Abs. 2 SGB VII räumt dem Unfallversicherungsträger somit ein nach dem BGB (vgl. § 397) nicht bestehendes (Gestaltungs-)Recht zu einseitigem Verzicht auf eine Forderung ein. Der Verzicht ist eine zugangsbedürftige Willenserklärung (§ 130 BGB). In materieller Hinsicht steht der Entscheidungsspielraum des Unfallversicherungsträgers im Vordergrund. § 110 Abs. 2 SGB VII stellt die Haftungsreduktion durch Verzicht in das »billige Ermessen« des Unfallversicherungsträgers, wobei der Schutz vor ruinösen Folgen vor allem mit dem Anliegen der Prävention abgewogen werden muss. Bezüglich des erstgenannten Aspekts hängt die Verzichtsentscheidung in der Praxis vor allem vom (Nicht-)Bestehen einer Haftpflichtversicherung ab. Darin liegt kein Verstoß gegen den haftungsrechtlichen Trennungsgrundsatz, wonach die Haftung unabhängig von der Versicherungssituation zu beurteilen ist. Der Trennungsgrundsatz gilt für die Haftungsbegründung, nicht – wie in § 110 Abs. 2 SGB VII – für die Entscheidung über eine Milderung der Haftung nach Maßgabe der wirtschaftlichen Verhältnisse.⁸¹

2. »Familienprivileg«

Sowohl beim privatversicherungsrechtlichen (§ 86 VVG) als auch beim sozialversicherungsrechtlichen (§ 116 SGB X) Zessionsregress gibt es ein »Familienprivileg« (§ 86 Abs. 3

73 OLG Naumburg, 20.10.2014 – 12 U 79/14 – juris, Rn. 74.

74 Vgl. (im Gegenschluss) OLG Bamberg, 3.3.2008 – 1 U 207/07 – BeckRS 2009, 07612.

75 So aber LG Wuppertal, 9.4.2014 – 3 O 476/12 – juris, Rn. 64.

76 Dafür LG Düsseldorf, 3.9.2002 – 10 O 592/01 – VersR 2003, 905; KassKomm-Ricke (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 8; Stelljes, in: Rolfs et al. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, München Stand Juni 2017 (im Folgenden: BeckOK SozR), § 110 SGB VII Rn. 20; für unmittelbare Anwendung Brose, RdA 2011, 205, 220; Mehrtens, in: Bereiter-Hahn (Begr.), Gesetzliche Unfallversicherung, Berlin, Stand EL 2/14 (im Folgenden: Bereiter-Hahn), § 110 SGB VII Rn. 7.

77 BGH, 3.2.1970 – VI ZR 177/68 – NJW 1970, 756; für eine nur in Ausnahmefällen über § 242 BGB findende Berücksichtigung auch Eichenhofer/Wenner-Waltermann (Fn. 11), § 110 Rn. 9.

78 OLG Koblenz, 22.5.2014 – 2 U 574/12 – juris, Rn. 60.

79 OLG Frankfurt, 14.12.2011 – 1 U 191/10 – juris, Rn. 59.

80 Vgl. (implicite) BGH, 16.8.2016 – VI ZR 497/15 – UV-Recht Aktuell 2016, 650.

81 BGH, 28.9.1971 – VI ZR 216/69 – NJW 1972, 107, 110.

VVG, § 116 Abs. 6 SGB X): Der gesetzliche Forderungsübergang und somit der Regress des Versicherungsträgers findet nicht statt, wenn Schädiger und Geschädigter bzw. dessen Hinterbliebene Familienangehörige sind und in häuslicher Gemeinschaft leben. Dieses »Familienprivileg« verfolgt auch den Zweck, den Zusammenhalt und »Frieden« der Familie nicht durch eine Anspruchsdurchsetzung zu gefährden, in der Familienangehörige unvermeidlich in die Rolle von Gegnern gebracht werden.⁸² Bedeutsamer ist der finanzielle Aspekt: Das familiäre Zusammenleben ist vom gemeinsamen Haushalten geprägt. Belastungen des Schädigers mit Regresspflichten wirken sich typischerweise nachteilig auf die Lebenssituation des im Haushalt mitlebenden Geschädigten aus und konterkarieren den Zweck der Versicherungsleistung. Der Pfändungsschutz zu Gunsten gesetzlicher Unterhaltspflichten kann aufgrund seines Minimalcharakters die Entwertung der Versicherungsleistung nicht verhindern, die durch eine faktische Verlagerung von »Beiträgen« zur gemeinsamen Haushaltsführung vom nunmehr regresspflichtigen Schädiger auf den Geschädigten/Versicherten eintreten würde. Man wird nun schwerlich bestreiten können, dass diese Erwägungen für die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung in besonderer Weise gelten, da der Geschädigte besonders schutzwürdig erscheint. Gleichwohl lehnt der BGH – in Übernahme seiner Rechtsprechung zur Vorgängernorm des § 640 RVO – für den Regress nach § 110 SGB VII eine derartige generelle Privilegierung ab, und dies zu Recht. Der Wortlaut des Gesetzes – § 110 SGB VII enthält kein Familienprivileg – ist dafür nur der erste Teil der Begründung. Auch der zweite Teil der Begründung – § 116 Abs. 6 SGB X schließt den Übergang des zivilrechtlichen Haftungsanspruchs aus, der ja beim originären Regressanspruch nach § 110 SGB VII gar nicht stattfindet⁸³ – ist fadenscheinig, denn über diesen Unterschied würde die Analogie hinweg helfen können. Das sachliche Argument liegt in § 110 Abs. 2 SGB VII, der eine Berücksichtigung der familiären Situation im Rahmen des Ermessens ermöglicht und eine Analogie erübrigt. Das Ermessen ist für den Regelfall des familiären Zusammenlebens dahin auszuüben, dass der Unfallversicherungsträger vom Regress abzusehen hat. Anderes gilt vor allem, wenn der Schädiger haftpflichtversichert ist und die Regresslast abwälzen kann.⁸⁴ Ob eine gute Einkommens- und Vermögenslage des Schädigers, die eine mittelbare Belastung des Geschädigten nicht erwarten lässt, den uneingeschränkten Regress rechtfertigt, hängt davon ab, welches Gewicht man dem Familienfrieden

beimisst. Dem BGH genügt offenbar schon die Gefährdung des Friedens für einen Regressverzicht,⁸⁵ die unabhängig von der wirtschaftlichen Lage der Familie besteht.

3. (Teil-)Regressverzicht gegenüber Arbeitnehmer

Wenn die Haftung des regresspflichtigen Arbeitnehmers nicht bereits gem. § 110 Abs. 1 SGB VII auf den Umfang der arbeitsrechtlichen Regeln begrenzt ist, insbes. bei der Verletzung von Arbeitskollegen (§§ 105 ff. SGB VII), stellt sich die Frage einer Anwendung der arbeitsrechtlichen Maßstäbe ein zweites Mal beim Regressverzicht. Im Arbeitsrecht hat sich in den letzten knapp drei Jahrzehnten, seit der Busfahrer-Entscheidung,⁸⁶ eine Dogmatik zur Entlastung des grob fahrlässig handelnden Arbeitnehmers von übermäßiger Haftung entwickelt, die den Lehrsatz, für grobe Fahrlässigkeit werde »in der Regel« voll gehaftet, faktisch beseitigt hat. Die arbeitsgerichtliche Praxis verfährt inzwischen genau umgekehrt und bewegt sich bei Haftungsbeträgen ab fünfstelliger Höhe auf eine einkommensorientierte Haftungsbegrenzung zu. Dabei bilden drei Brutto-Monatsentgelte die Untergrenze,⁸⁷ der Schwerpunkt dürfte im Bereich von sechs bis zwölf Brutto-Monatsentgelte anzusiedeln sein.⁸⁸ Die Praxis des unfallversicherungsrechtlichen Regressverzichts scheint damit nicht Schritt zu halten. So wäre etwa die Verurteilung eines offenbar arbeitnehmerähnlichen GmbH-Geschäftsführers zu einem Haftungsbetrag von fast 700.000 € bei einem Nettomonatseinkommen von rd. 1.500 € nach arbeitsrechtlichen Regeln nicht denkbar, noch dazu mit der lakonischen Begründung, es liege eine »solch schwerwiegende

⁸² So etwa OLG Koblenz, 20.7.2015 – 12 U 948/14 – juris, Rn. 17; LG Berlin, 5.3.2013 – 4 O 17/11 – juris, Rn. 19.

⁸³ So BGH, 16.8.2016 – VI ZR 497/15 – UV-Recht Aktuell 2016, 650.

⁸⁴ OLG Koblenz, 20.7.2015 – 12 U 948/14 – BGHZ 69, 354 (Rn. 18).

⁸⁵ Vgl. BGH, 18.10.1977 – VI ZR 62/76 – BGHZ 69, 354, 360 (Rn. 23), in Bezug genommen von BGH, 16.8.2016 – VI ZR 497/15 – UV-Recht Aktuell 2016, 650.

⁸⁶ BAG, 12.10.1989 – 8 AZR 276/88 – BAGE 63, 127.

⁸⁷ BAG, 15.11.2001 – 8 AZR, 95/01 – NZA 2002, 612, 614 (Rn. 22); vgl. hinsichtlich der Orientierung an der Dreimonatsverdienstgrenze auch LAG Köln, 17.6.1993 – 6 Sa 111/93 – LAGE Nr. 10 zu § 611 BGB Gefahrengewigte Arbeit, und LAG Hamm, 13.5.1991 – 17 Sa 264/91 – LAGE Nr. 16 zu § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung; Otto/Schwarze/Krause-Schwarze (Fn. 4), § 10 Rn. 10.

⁸⁸ Vgl. BAG, 28.10.2010 – 8 AZR 418/09 – JA 2011, 785 (mAnm. Schwarze); LAG Mecklenburg-Vorpommern, 17.4.2014 – 3 Sa 305/11 – juris; explizit gegen eine starre Haftungsobergrenze von drei Bruttomonatsverdiensten BAG, 15.11.2012 – 8 AZR 705/11 – AP Nr. 137 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

und unentschuldbare Pflichtverletzung vor, dass eine Abwälzung des Risikos auf die Gemeinschaft nicht geboten ist«. ⁸⁹ Eigengesetzlichkeiten der Unfallversicherung wird man dafür schwerlich geltend machen können, da die Entlastung des Arbeitnehmers von ruinösen Haftungsfolgen ein verfassungsrechtliches Gebot ist, das gewiss nicht auf den arbeitsvertraglichen Teil der Haftung beschränkt werden kann und außerdem die Entlastung dem Unfallversicherungsträger eher zuzumuten ist als dem einzelnen Arbeitgeber. Die eingangs kritisierte Deutung der Regresshaftung als »Sanktion« oder »Erziehungsmaßregel« ⁹⁰ begünstigt solche Schärfen und ihre unzureichende Begründung. ⁹¹ Das gegenteilige Extrem, vom Regress abzugehen, wenn eine Haftpflichtversicherung nicht besteht, ist ebenso wenig akzeptabel. Auch das spricht klar für eine Anlehnung der Regresshaftung an die skizzierte arbeitsgerichtliche Praxis bei grober Fahrlässigkeit.

VII. Verjährung des Regressanspruchs

Die Verjährung des Regressanspruchs gem. § 113 SGB VII führt zu vielen Auslegungsstreitigkeiten, die der BGH bislang nicht entscheiden musste oder wollte. Nach § 113 SGB VII gelten für die Verjährung der Ansprüche nach den §§ 110 und 111 SGB VII die §§ 195, 199 Abs. 1 und 2 und § 203 BGB entsprechend mit der Maßgabe, dass die Frist von dem Tag an gerechnet wird, an dem die Leistungspflicht für den Unfallversicherungsträger bindend festgestellt oder ein entsprechendes Urteil rechtskräftig geworden ist. Umstritten ist, ob die entsprechende Anwendung die Jahresschluss-Verjährung mit einbezieht oder nicht, ob also der Regressanspruch bei einer am 15.5.2017 bindend festgestellten Leistungspflicht mit Ablauf des 15.5.2020 oder mit Ablauf des 31.12.2020 verjährt. Die Obergerichte widersprechen sich, eine höchstrichterliche Klärung der praktisch wichtigen Frage steht aus. ⁹² Auf den ersten Blick scheint der Wortlaut gegen die Jahresschlussverjährung zu sprechen (»...die Frist (wird) von dem Tag an gerechnet [...], an dem die Leistungspflicht für den Unfallversicherungsträger bindend festgestellt [...]«). ⁹³ Doch wird auch die Jahresschlussverjährung in § 199 Abs. 1, Abs. 2 BGB von *einem bestimmten Tag* an gerechnet, nämlich dem Tag, an dem der Anspruch entsteht und Kenntnis hiervon besteht (§ 199 Abs. 1). Die Formulierung »von dem Tag an« in § 113 SGB VII knüpft somit an das Berechnungsverfahren des § 199 Abs. 1 BGB

an und bestimmt lediglich diesen Tag nach einem anderen Kriterium: Statt der Entstehung des Anspruchs (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) ist die verbindliche bzw. rechtskräftige Feststellung der Leistungspflicht des Unfallversicherungsträgers maßgeblich, während es im Übrigen, bezüglich der Kenntnis (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) und des Verjährungseintritts zum Jahreschluss, bei der Regelung in § 199 Abs. 1, Abs. 2 BGB bleiben soll. ⁹⁴

Aus diesem Verständnis des § 113 SGB VII folgt weiter, dass der Beginn des Verjährungsablaufs auch Kenntnis der wesentlichen, den Regressanspruch begründenden Umstände und Kenntnis der Person des Regressschuldners erfordert (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). ⁹⁵ Was das Maß der Kenntnis betrifft, orientiert sich der BGH an der Rechtsprechung zu § 199 Abs. 1 BGB: Der Unfallversicherungsträger muss weder alle Umstände kennen noch muss er bereits hinreichend sichere Beweismittel in den Händen halten. Es genügt eine Kenntnis, die dem Träger die Erhebung einer Klage, ggf. nur einer Feststellungsklage, ermöglicht, mag diese auch nicht risikolos sein. ⁹⁶ Praktisch bedeutet das: Liefert der Unfallbericht dem Versicherungsträger ausreichend Material für einen Regress, liegt verjährungsauslösende Kenntnis vor. Es ist dafür nicht die Klärung aller mitwirkenden Ursachen erforderlich, solange die im Unfallbericht ermittelten, für den Regress ausreichenden Ursachen davon unberührt bleiben. ⁹⁷

Für die verbindliche Feststellung genügt die Feststellung dem Grunde nach, auf die genaue Bestimmung der Leistung

⁸⁹ OLG Frankfurt, 4.4.2014 – 2 U 93/13 – juris, Rn. 52. Über das Vorliegen einer Haftpflichtversicherung teilt die Entscheidung nichts mit, und die Ablehnung eines Regressverzichts wird ausschließlich auf die Schwere des Verschuldens gestützt.

⁹⁰ Unter I.

⁹¹ Dazu als Pendant haftungsablehnende Entscheidungen, die »ein besonders krasses Fehlverhalten« fordern: BGH, 12.1.1988 – 6 ZR 158/87 – NJW 1988, 1265, 1266; Schleswig-Holsteinisches OLG, 6.3.2014 – 11 U 74/13 – juris, Rn. 20 mwN.; OLG Oldenburg, 24.2.2011 – 1 U 33/103 – juris, Rn. 53.

⁹² OLG Dresden, 29.9.2011 – 8 U 374/113 – juris, Rn. 19; ausdrücklich offengelassen von BGH, 8.12.2015 – VI 37/15 – NJW-RR 2016, 856, 858 (Rn. 13).

⁹³ Darauf – gegen die Jahresschlussverjährung – abhebend OLG Rostock, 26.8.2016 – 5 U 94/13 – juris, Rn. 111; *Schmitt*, SGB VII (Fn. 10), § 113 Rn. 4.

⁹⁴ Vgl. OLG Dresden, 29.9.2011 – 8 U 374/11 – juris, Rn. 19 f.; ebenso *KassKomm-Ricke* (Fn. 2), § 113 SGB VII Rn. 3; *Otto/Schwarze/Krause-Schwarze* (Fn. 4), § 25 Rn. 11.

⁹⁵ Offengelassen BGH, 8.12.2015 – VI 37/15 – juris, Rn. 13.

⁹⁶ BGH, 8.12.2015 – VI 37/15 – juris, Rn. 13.

⁹⁷ BGH, 8.12.2015 – VI 37/15 – juris, Rn. 16.

gen kommt es nicht an.⁹⁸ Das ist sachgerecht, da der Leistungsträger die Verjährung des Regressanspruchs mit einer Grund-Feststellungsklage unterbrechen kann, wofür der genaue Umfang des Regressanspruchs nicht geklärt sein muss. Es entspricht ferner der Systematik des § 199 Abs. 1 BGB, bei dem die Entstehung des Anspruchs dem Grunde nach und die darauf bezogene Kenntnis genügt. Als feststellender Verwaltungsakt ist – nach dem Empfängerhorizont des Versicherten – bereits die Mitteilung des Unfallversicherungsträgers an den Versicherten zu betrachten, dass ein Arbeitsunfall vorliege und er deshalb Leistungen zu erbringen habe.⁹⁹ Höchststrichtrichlerlich nicht geklärt¹⁰⁰ ist die Frage, ob »Verbindlichkeit« die bloße Wirksamkeit des Leistungsbescheides (= Bekanntgabe, § 39 SGB X)¹⁰¹ meint oder die Unanfechtbarkeit.¹⁰² Für Letzteres sprechen Wortlaut, Systematik (Gleichstellung mit dem Fall der Rechtskraft) und vor allem der Zweck: Der Regress nehmende Unfallversicherungsträger muss den Erfolg seiner Regressklage bei Klageerhebung jedenfalls soweit beurteilen können, dass er die Erhebung einer von vornherein aussichtslosen Klage vermeiden kann. Das kann er nicht, wenn die für diesen Prozess maßgebliche Rechtslage unklar ist. Das ist sie, solange die Leistungspflicht des Unfallversicherungsträgers nicht unanfechtbar feststeht. Der Unfallversicherungsträger wäre zu einer vorsorglichen verjährungsunterbrechenden, aber womöglich sinnlosen Klage gezwungen.

Der Ablauf der Verjährung wird gem. § 203 BGB gehemmt, solange Verhandlungen über den Regressanspruch stattfinden. Die Schwelle für den Tatbestand der »Verhandlung« wird von der zivilrechtlichen Rechtsprechung niedrig angesetzt: Es genügt jeder Meinungsaustausch über die Haftungsfrage, solange eine Haftungsübernahme vom Schädiger nicht eindeutig abgelehnt wird.¹⁰³ Der Unfallversicherungsträger muss dazu deutlich machen, dass er den Schädiger in Regress zu nehmen beabsichtigt. Die bloße Erklärung, man habe den Regress zu prüfen und bitte die Anschrift eines etwaigen Haftpflichtversicherers mitzuteilen, muss der Schädiger nicht als Beginn einer Verhandlung verstehen, so dass die Mitteilung der Anschrift den Lauf der Verjährung nicht hemmt. Die Regressklage unterbricht die Verjährung unabhängig davon, auf welchen materiell-rechtlichen Anspruch der Unfallversicherungsträger sein Begehren stützt: Die mit § 110 SGB VII begründete Klage hemmt die Verjährung des Regressanspruchs gem. § 116 SGB X und vice versa, da hierfür der prozessuale Anspruchsbegriff maßgeblich ist.¹⁰⁴

VIII. Der Regress gegen den Schwarz-Arbeitgeber

1. Rechtsnatur

Der mit Wirkung zum 1.8.2004 eingeführte § 110 Abs. 1a SGB VII erlaubt dem Unfallversicherungsträger, Leistungen an schwarz beschäftigte Arbeitnehmer von deren Arbeitgeber zurückzufordern. Der Anspruch beruht nicht auf einem unfallursächlichen Fehlverhalten des Arbeitgebers: Dem Verstoß gegen das Schwarzarbeitsgesetz wird sich der Arbeitsunfallschaden in der Regel nicht zurechnen lassen, weil er idR. auch bei Anmeldung des Arbeitgebers passiert sein würde. Es geht vielmehr um einen verschuldensunabhängigen Regress, der dem Schwarzarbeitgeber die Vergünstigung der Unfallversicherung nicht zukommen lässt, weil er für sie nicht oder nicht angemessen zahlt und weil, selbst wenn man die konkrete Schwarzarbeit als durch (ggf. nachentrichtete) Versicherungsbeiträge des Arbeitgebers gedeckt ansehen könnte, die staatliche Repression von Schwarzarbeit unterwandert würde, ließe man dem Schwarzarbeitgeber den Vorteil der Versicherung. Allerdings scheint dies nicht für alle unter § 1 Abs. 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes fallenden Arbeitgeber zu gelten: § 110 Abs. 1a SGB VII gilt dem Wortlaut nach nur für jene, die »Schwarzarbeit erbringen«, also Dritten Werk- oder Dienstleistungen mithilfe von schwarz beschäftigten Arbeitnehmern erbringen, womit der wahrscheinlich häufigste Fall der Schwarzarbeit – die »schwarz« beschäftigte Putzfrau im Privathaushalt – von diesem ruinösen Haftungsrisiko ausgenommen bliebe.¹⁰⁵ Aber das ist wohl eine nicht technisch zu verstehende und

98 BGH, 8.12.2015 – VI ZR 497/15 – juris, Rn. 9.

99 BGH, 8.12.2015 – VI ZR 497/15 – juris, Rn. 11.

100 Vgl. BGH, 8.12.2015 – VI ZR 497/15 – juris, Rn. 12.

101 So OLG Dresden, 29.9.2011 – 8 U 374/11 – r+s 2012, 623, 624 (Rn. 22) u. OLG Dresden, 29.5.2012 – 9 U 871/11 – nv.; ferner *Becker/Burchardt/Krasney/Kruschinsky*, SGB VII (Fn. 17), § 113 Rn. 8; *Hauck/Noftz-Nehls*, SGB VII (Fn. 2), K § 113 Rn. 5; *Schmitt*, SGB VII (Fn. 10), § 113 Rn. 4.

102 So etwa *Geigel-Wellner* (Fn. 3), Kap. 32 Rn. 44; *LPK/SGB VII-Grüner* (Fn. 63), § 113 Rn. 3; *Lang*, SVR 2015, 139, 142;

103 BGH, 26.10.2006 – VII ZR 194/05 – NJW 2007, 587 (Rn. 10); *MüKoBGB-Grothe* (Fn. 8), § 203 BGB Rn. 5; *Jauernig-Mansel* (Fn. 34), § 203 Rn. 2.

104 OLG Zweibrücken, 27.11.2013 – 1 U 197/12 – juris, Rn. 51.

105 So *HWK/Giesen* (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 11; dagegen zutr. *KassKomm-Ricke* (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 18 und 31 f. mwN.; sowie *Bereiter-Hahn-Mehrtens* (Fn. 76), § 110 SGB VII Rn. 9; und *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann-v.Koppentfels-Spies* (Fn. 2), § 110 SGB VII Rn. 14.

daher eher missglückte Formulierung, denn der Gesetzgeber geht selbst davon aus, dass Privathaushalte der Regresspflicht gem. § 110 Abs. 1a SGB VII unterliegen.¹⁰⁶

Die Rechtsnatur des Regressanspruchs war von Beginn an umstritten: Handelt es sich um einen echten Regress wie in § 110 SGB VII und somit um eine zivilrechtliche Haftungsnorm oder um eine reine Sanktion für ordnungswidriges Verhalten und damit um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch? Die praktische Bedeutung der Frage liegt zuerst im Prozessualen, bei der Ermittlung der zuständigen Gerichtsbarkeit. Für eine zivilrechtliche Haftung ist gem. § 13 GVG die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig, für die Verfolgung öffentlich-rechtlicher Ansprüche in Angelegenheiten der gesetzlichen Unfallversicherung gem. § 51 Abs. 1 Nr. 3 SGG die Sozialgerichtsbarkeit. Der BGH hat sich unlängst für Letzteres entschieden.¹⁰⁷ Die Entscheidung hat grundlegende Bedeutung nicht nur für die gerichtsverfassungsrechtliche Einordnung des Regressanspruchs, sondern wird ausstrahlen auf seine materiell-rechtliche Ausformung durch künftige Entscheidungen. Denn eine reine öffentlich-rechtliche »Sanktion« wird nach anderen Prinzipien bestimmt als ein zivilrechtlicher Schadensausgleich. Es wird also ziemlich sicher in Zukunft zu zwei Dogmatiken kommen. Ob das sachgerecht ist, darf man bezweifeln. Zumal das Hauptargument, das den BGH zu seiner Entscheidung gebracht hat, auf schwachen Beinen steht. Es lautet: Anders als § 110 Abs. 1 SGB VII sei der Regress gegen den Schwarz-Arbeitgeber kein Substitut für eine sonst bestehende zivilrechtliche Haftung, womit § 110 Abs. 1a SGB VII die gedankliche Anbindung an eine zivilrechtliche Norm fehle. § 110 Abs. 1a SGB VII setze keinen fiktiven Schadensersatzanspruch voraus.¹⁰⁸ Das Argument verkennt die Haftung, die den Arbeitgeber parallel zur Erstattung von Sachschäden und primären Vermögensschäden aus § 670 BGB (analog) für betrieblich veranlasste Personenschäden träfe und im Fall des Schwarzarbeitgebers evtl. sogar trifft, gäbe es für den verletzten Arbeitnehmer nicht den unfallversicherungsrechtlichen Schadensausgleich. Der gesamte unfallversicherungsrechtliche Schadensausgleich ist die in Versicherungsform gebrachte Schadensverantwortung des Arbeitgebers, die teils auf § 670 BGB,¹⁰⁹ teils auf § 280 BGB bzw. § 823 BGB beruht und die Beitragsfinanzierung allein durch die Arbeitgeber rechtfertigt. Träfe die Sicht des BGH zu, dass der Arbeitgeber mit dem von ihm nicht verschuldeten Personenschaden nach bürgerlich-/arbeitsrechtlicher Wertung überhaupt nichts zu tun hätte, müsste man § 110 Abs. 1a SGB VII verfassungswidrig heißen, weil der

Regress willkürlich und obendrein unverhältnismäßig wäre. Dass er das Verbot der Doppelbestrafung zumindest streift, kommt hinzu. Mag man den Anspruch gleichwohl als öffentlich-rechtlich¹¹⁰ einstufen, so ist die Einordnung als Regressnorm immer noch möglich und vorzugswürdig. Die Unfallversicherung ist Schadensausgleichssystem, nicht Besserungsanstalt. Dass im Rahmen des Regresses der Prävention größeres Gewicht beigemessen werden kann als bei § 110 Abs. 1 SGB VII, namentlich bei der Ermessensentscheidung gem. § 110 Abs. 2 SGB VII, ist deshalb nicht ausgeschlossen.¹¹¹

2. Regressverzicht (§ 110 Abs. 2 SGB VII)

Der besondere Zweck des Schwarzarbeiterregresses wirkt sich auf den Regressverzicht aus. Der Regressverzicht ist auch gegenüber dem Schwarzarbeitgeber möglich, steht aber natürlich in scharfem Widerspruch zum Zweck des Regresses, die Schwarzarbeit nicht durch Versicherungsschutz zu fördern. Deshalb wird er jedenfalls nicht im Sinne einer generellen Anpassung der Haftung an das wirtschaftlich Zumutbare anzuwenden sein, sondern nur ausnahmsweise in Betracht kommen. Zwei Fälle dürften vor allem in Frage kommen: Zum einen wenn der Tatbestand der Schwarzarbeit nur auf einer geringfügigen Verletzung von Meldefristen beruht und der »gute Wille« des Arbeitgebers zur Gesetzmäßigkeit außer Zweifel steht;¹¹² zum anderen die Gefahr einer Existenzvernichtung mit drohendem Arbeitsplatzverlust für andere (legal) Beschäftigte des Arbeitgebers. Als weiteren Fall nennt die Gesetzesbegründung die Schwarzarbeit in privaten Haushalten mit Blick auf die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse,¹¹³ was aber sicher von einer Einzelfallprüfung abhängt.

106 Vgl. BT-Drs. 15/2573, S. 32, 1. Sp.

107 BGH, 14.4.2015 – VI ZB 50/14 – juris, Rn. 11 ff.; so auch NK-GA-Lehmann (Fn. 31), § 110 SGB VII Rn. 41; Eichenhofer/Wenner-Waltermann (Fn. 11), § 110 Rn. 9; BeckOK SozR-Stelljes, § 110 SGB VII Rn. 36; hingegen noch für eine Einordnung als zivilrechtlichen Anspruch LG Erfurt, 10.05.2012 – 10 O 1061/11 – r+s 2013, 47, 48 (Rn. 16); so auch Hauck/Noftz-Nehls, SGB VII (Fn. 2), K § 110 Rn. 26.

108 BGH, 14.4.2015 – VI ZB 50/14 – juris, Rn. 17.

109 BGH, 19.5.1969 – VII ZR 9/67 – BGHZ 52, 115 ff.

110 Zu den Argumenten S. BGH, 14.4.2015 – VI ZB 50/14 – juris, Rn. 13 ff.

111 Beispielhaft dafür LG Erfurt, 10.5.2012 – 10 O 1061/11 – juris.

112 Vgl. LG Berlin, 5.3.2013 – 4 O 17/11 – juris, Rn. 23 (kein Verzicht bei viermonatiger Überschreitung der Sofortmeldepflicht gem. § 28a Abs. 4 Nr. 1 SGB VII).

113 BT-Drs. 15/2573, S. 32, 1. Sp.

Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht*

Prof. Dr. Felix Welti, Universität Kassel

I. Einführung

Es zeichnet die wissenschaftliche Tätigkeit von *Wolfhard Kohte* aus, dass er Rechtswissenschaft nicht alleine als Dogmatik, als Geistes- und Sprachwissenschaft auffasst, sondern das lebende Recht¹ in seiner gesellschaftlichen Praxis, seine Akteure und deren Handlungen betrachtet. Dieser grundsätzliche Ansatz ist mit einer Zuordnung zur Rechtssoziologie nur unzureichend beschrieben, denn Rechtssoziologie wird oft als spezifische Nische sowohl des Rechts wie auch der Soziologie verstanden.² Für *Wolfhard Kohte* ist die Frage danach, wie sich Recht in der Gesellschaft bildet, verändert, weiterentwickelt, wie es sich für seine Akteure erschließt und von ihnen durchgesetzt wird aber nichts Zusätzliches, sondern sie steht im Kern seines Interesses und ist mit der Frage nach der richtigen Rechtsauslegung eng verbunden.

Eine solche Herangehensweise schließt ein, dass das Interesse am Recht sich nicht an die Grenzen von Gesetzbüchern und rechtssystematischen Einteilungen halten kann. Insoweit hat *Wolfhard Kohte* die Rechtsfragen des Arbeitslebens und der arbeitenden Menschen immer mit dem Blick auf Arbeitsrecht und Sozialrecht³, auf Zivilrecht⁴ und öffentliches Recht⁵, auf betriebliche, gesellschaftliche und staatliche Akteure⁶ behandelt.

Diese Herangehensweise eignete sich besonders gut für die Themen, in denen er langfristig und ertragreich geforscht hat, die wie das Recht der Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz zwischen privatem und öffentlichem Arbeitsschutz⁷ sowie Unfallversicherung⁸ stehen oder das Recht der Behinderung, bei dem zivilrechtliche Antidiskriminierung und öffentlich-rechtliche Gleichstellung, arbeits- und sozialrechtliches Schwerbehindertenrecht und das unterstützende Rehabilitationsrecht zusammenwirken.⁹

Dabei können die Schnittstellen zwischen der Gesellschaft und ihrem Recht besonders interessant sein. Das sind eben nicht nur die Gerichte, sondern auch die Recht erzeugenden, erschließenden und durchsetzenden Betriebsräte¹⁰ und Schwerbehindertenvertretungen¹¹, Gewerk-

schaften, Arbeitgeberverbände¹² – auch beide gemeinsam als Tarifvertragsparteien¹³ – Behindertenverbände¹⁴ und Träger der freien Wohlfahrtspflege.

Ebenso steht zwischen den abstrakten Rechtsnormen und dem konkreten Recht die Erkenntnis des Sachverhalts, jener für das Recht und den Einzelfall relevanten Version der Wirklichkeit. Zwischen der Rechtsnorm und ihrer Anwendung vermitteln dann die für den Betrieb, die Behörde oder das Gericht relevanten Fachleute und Sachverständigen, seien es Sicherheitsbeauftragte¹⁵, Betriebsärztinnen und Betriebsärzte, Sozialmedizinerinnen und Sozialmediziner oder Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter¹⁶. Auch sie machen das lebende Recht aus.

* Vortrag bei der Übergabe der Festschrift an *Wolfhard Kohte* am 22.10.2016 in Halle an der Saale. Diese wurde herausgegeben von Ulrich Faber, Kerstin Feldhoff, Katja Nebe, Kristina Schmidt und Ursula Waßer und trägt den Titel *Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und in Aktion*, Baden-Baden 2016 im Folgenden zitiert: FS *Kohte*, 2016.

1 Vgl. *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. neu gefasste Auflage von »Das lebende Recht«, Tübingen 2013.

2 Vgl. *Baer*, Rechtssoziologie – Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, 24 ff. Zum Sozialrecht die Beiträge in Deutscher Sozialrechtsverband (Hrsg.), *Das Sozialrecht und seine Nachbardisziplinen*, SDSRV 65 (2015), insbesondere *Brockmann*, SDSRV 65, 73–104.

3 *Kohte*, AuR 2008, 281–287.

4 *Kohte*, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, Königstein 1981.

5 *Kohte*, Mitbestimmung und die gesetzliche Regelung des Arbeitsschutzes, Gütersloh 1981.

6 *Kohte*, Integrative betriebliche Gesundheitspolitik auf der Grundlage des SGB IX, Düsseldorf 2011.

7 *Bücker/Feldhoff/Kohte*, Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt, Neuwied 1994.

8 *Kohte*, BG 2010, 384.

9 *Kohte/Haas*, S + P 2016, 532–536; *Kohte*, ZSR 2003, 443–460.

10 *Kohte*, AuA 1990, 150–155.

11 *Kohte*, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), B 9-2012, B 10-2012; *Düwell*, FS *Kohte*, 2016, 47–72.

12 *Kohte*, JR 2011, 91–92.

13 *Deinert*, FS *Kohte*, 2016, 259–274.

14 Auch als Patientenverbände, *Wenner*, FS *Kohte*, 2016, 659–678.

15 *Kohte*, FS *Wlotzke*, 1996, 563–598.

16 Vgl. *Welti*, SDSRV 65 (2015), 51–72.

Die Rechtswissenschaften wie die Sozialwissenschaften haben für eine solche lebensnahe Betrachtung des Arbeitsrechts wie des Sozialrechts hinreichend große Lücken gelassen, dass sie selbst *Wolfhard Kohte* mit seiner bisherigen Schaffenskraft nicht schließen konnte. Und auch in Zukunft werden sich Recht und Gesellschaft so schnell weiterentwickeln, dass für die Wissenschaft stets genügend neue Fragen entstehen.

Insoweit werden die folgenden Anmerkungen zu Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht einige wenige Forschungsergebnisse aufgreifen können, stärker werden sie neue Forschungsfragen skizzieren, die weiter bearbeitet werden können und sollten. Dabei kann die von *Armin Höland* jüngst aufgeworfene Frage: »Warum gibt es so wenige rechtssoziologische, empirische Forschung im Sozialrecht?«¹⁷ dahin gewendet werden, dass zumindest viele Anknüpfungspunkte schon bestehen.

II. Rechtserschließung

Unter Rechtserschließung können diejenigen Handlungen und Handlungsvoraussetzungen verstanden werden, die notwendig oder zumindest hilfreich sind, damit Rechtsnormen zu konkreten Folgen führen.¹⁸ Dies ist gerade für Sozialpolitik und Sozialrecht relevant. In sozialpolitische Strategien und Ziele eingebundene Rechtsnormen werden nicht nur als Angebot verstanden, von dem die Normadressaten bei Bedarf Gebrauch machen können. Vielmehr soll das sozialpolitische Ziel erreicht und die Bedarfslage gedeckt werden.

Dieses »Sollen«, beim Gesetzgeber unterstellt, wird jedoch möglicherweise nicht oder nicht ungefiltert vom Sozialleistungsträger geteilt, der das Gesetz administriert, im gewaltenteiligen föderalen Rechtsstaat jedoch weder politisch noch organisatorisch mit dem Gesetzgeber identisch ist. Der Sozialleistungsträger kann vielmehr durch eine sozialpolitisch anders ausgerichtete Regierung – als Land – oder Selbstverwaltung – als Kommune oder Sozialversicherungsträger – gebremst, aus fiskalischen Gründen oder durch organisationssoziologisch erklärable Eigeninteressen, oft am Erhalt des Status quo, in seiner Tat- und Innovationskraft gebremst sein¹⁹.

Es kommt hinzu, dass Sozialgesetze, insbesondere wenn sie Sach- und Dienstleistungen regeln, auf gesellschaftliche Koproduktion der Sozialleistung durch die Leistungser-

bringer und die Leistungsberechtigten selbst angewiesen sind.²⁰ Die öffentliche Seite finanziert, die gesellschaftlich-private Seite produziert den Wohlfahrtserfolg, sie erschließt erst den konkreten Inhalt der gesetzlichen Normen. Insofern sind auch die eigenen Ziele und Interessen der Leistungserbringer ein Faktor bei der Erschließung von sozialen Rechten.²¹

Sozialrechtliche Normen müssen bekannt sein, die potenziell Leistungsberechtigten müssen über ihren Inhalt beraten sein (§§ 14, 15 SGB I)²² und sie müssen ihre Rechte in aller Regel durch Antrag oder auf andere Weise aktiv geltend machen. Sie treffen dann auf die Leistungsträger der Sozialverwaltung, die das Recht durch Amtsermittlung, also vor allem durch Kommunikation und ein geregeltes Verwaltungsverfahren²³, zu konkretisieren haben.

1. Rechtskenntnis

Das Sozialrecht ist umfangreich und es wird häufig geändert. Kennen die Menschen ihre Rechte und Ansprüche? Der Gesetzgeber des Sozialgesetzbuchs hält das für wichtig. Nur in diesem Rechtsgebiet ist den Behörden explizit aufgegeben, über Rechte und Ansprüche zu informieren, § 13 SGB I²⁴, sodass entsprechende Broschüren, Internetangebote und Kampagnen eine aufgabengerechte Verwendung der öffentlichen Mittel sind. Gleichwohl bleiben solche Aufwendungen für Rechtserschließung »Verwaltungskosten« und sind entsprechend unbeliebt bei Controllern, Aufsichtsbehörden und Rechnungshöfen.

Da breite Bildung über das Rechts- und Sozialsystem in Schulen und Hochschulen nicht vermittelt wird, bleibt

17 *Höland*, in: Kreher/Welti (Hrsg.), *Soziale Rechte und gesellschaftliche Wirklichkeiten*, Kassel 2017, 12–33.

18 Vgl. *Igl*, in: DVfR (Hrsg.), *Teilhabe als Ziel der Rehabilitation*, Heidelberg 2009, 141, 143 (»Leistungserschließung«).

19 *Braun*, in: Welti (Hrsg.), *Die Rehabilitation im System des Sozialleistungsrechts*, Berlin 2009, 33–45; *H. Fuchs*, *Vernetzung und Integration im Gesundheitswesen am Beispiel der medizinischen Rehabilitation*, St. Augustin 2009.

20 *Welti/Sulek*, VSSR 2000, 453–472.

21 *Wenmer*, FS Eichenhofer, 2015, 697–710.

22 *Terwey*, *Die rechtliche Betreuung des Bürgers nach dem Sozialgesetzbuch*, Freiburg 1980; *von Koch*, *Auskunfts- und Beratungspflichten im Sozialrecht*, Berlin 2000; *K.F. Köhler*, *Die Informationsrechte der Beteiligten im sozialrechtlichen Verwaltungsverfahren*, Hamburg 2014.

23 *Pitschas*, FS 50 Jahre BSG, 2004, 765–782.

24 *Köhler*, ZfSH/SGB 2015, 639–645.

die Herstellung von Sozialrechtskenntnis im Übrigen gesellschaftliche Aufgabe. In Presse, Rundfunk und Internet sind Angebote zu finden, die jedoch nicht immer mit der Differenziertheit des Rechts Schritt halten. Eine Untersuchung über Quantität und Qualität dieser Informationen gibt es bislang nicht. Klar ist jedenfalls, dass das Internet neue Angebote ermöglicht hat, die nach Meinung von befragten Richterinnen und Richtern auch zum Anstieg der Klagezahlen beigetragen haben.²⁵ Internetangebote können aktueller und interaktiver sein als andere Medien und einen Erfahrungsaustausch von – möglicherweise – Sozialleistungsberechtigten fördern. Auch Wolfhard Kohte wirkt an www.reha-recht.de mit, einem Angebot, das – öffentlich gefördert – über Gesetzgebung und Rechtsprechung informiert und sich um Interaktivität bemüht, allerdings anders als zB. das bekanntere www.tachelesozialhilfe.de. Jedenfalls ist die Wirkung der veränderten Medienstruktur und -nutzung auf die Sozialrechtskenntnis unerforscht.

Eine wichtige Rolle bei der Rechtskenntnis haben auch die Verbände mit sozialpolitischer Zielsetzung, namentlich Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Sozialverbände, Behindertenverbände und freie Wohlfahrtspflege, in deren Verbandsleben der Kampf um das Sozialrecht eine nicht unerhebliche Rolle spielt. Forschungen von *Andreas Weber* aus Halle im GINKO-Projekt²⁶ und von *Tonia Rambašek* aus Kassel²⁷ haben in letzter Zeit neue Belege dafür geliefert, dass ein Zusammenhang zwischen Verbandsmitgliedschaft und Rechtskenntnis besteht.

2. Rechtsberatung

Wenn Menschen erste Hinweise auf sozialrechtliche Ansprüche haben oder in konkreten Bedarfslagen sind, etwa bei eingetretener Behinderung oder gefährdetem Arbeitsplatz, suchen sie Beratung. Der Beratungsbedarf umschließt oft Aspekte der Lebensführung ebenso wie medizinische oder rechtliche Fragen.

Spezifisch für das Sozialrecht ist eine ausgeprägte Beratungspflicht der Sozialleistungsträger selbst, die in §§ 14, 15 SGB I verankert ist. Die Rechtsprechung hat mit dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch²⁸ ein Institut geschaffen, das ihr ermöglicht, diese Pflicht zu konkretisieren. Sie verdeutlicht, dass die Verwaltung im Sozialrechtsverhältnis schon Sorgfalts- und Fürsorgepflichten hat, bevor ein konkreter Antrag gestellt ist. So kann sie

verpflichtet sein, auf eigene Leistungen und auf die Regeln und die Leistungen anderer Leistungsträger hinzuweisen, die den Ratsuchenden nicht bekannt sind. Die Beratung kann auch über die Grenzen des Sozialrechts hinausweisende Inhalte haben, etwa über die geförderte private Altersvorsorge (§ 15 Abs. 4 SGB I)²⁹ und über die Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis, zumindest soweit sie sich auf die Sozialversicherung beziehen.

In letzter Zeit betonen Rechtsprechung und Gesetzgebung gleichwohl, dass die Beratung durch die Sozialleistungsträger nicht in allen Situationen ausreichend ist. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass auch im Widerspruchsverfahren, gegebenenfalls wohl auch schon vorher, Beratungshilfe für anwaltliche Beratung erforderlich sein kann, weil die Bürgerinnen und Bürger nicht allein auf die Beratung durch Sozialleistungsträger verwiesen werden können³⁰. Das Bundesteilhabegesetz hat die 2001 eingeführten Gemeinsamen Servicestellen³¹ aus dem Gesetz gestrichen und sieht nun vor, dass der Bund unabhängige Beratungsstellen fördert.³²

Insgesamt sind Qualität und Wirkungen der Beratung durch Sozialleistungsträger nur wenig erforscht und evaluiert. Studien zu den Servicestellen stimmen wenig optimistisch,³³ jedenfalls was das Gelingen einer trägerübergreifend angelegten Beratung betrifft. Ob dies bei den Pflegestützpunkten besser ausfällt, kann bezweifelt werden³⁴.

25 *Braun/Buhr/Höland/Welti*, Gebührenrecht im sozialgerichtlichen Verfahren, Baden-Baden 2009, 188 ff.

26 *Nebe/Weber*, ZfRSoz 2012/2013, 301–315; *Weber/Weber/Schlenker-Schulte*/Schulte, Die Rehabilitation 2014, 406–411; *Weber/Schlenker-Schulte*, S + P 2013, 23–27.

27 *Rambašek*, Behinderte Rechtsmobilisierung, Wiesbaden 2017.

28 *Schmidt-de Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, Berlin 1992.

29 *Ruland*, SGB 2014, 645; zu sozialen Defiziten: *Bode*, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hrsg.), Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung, Berlin 2015, 65–82; *Bode/Wilke*, Private Vorsorge als Illusion, Frankfurt aM. 2014.

30 BVerfG, 31.8.2010 – 1 BvR 2318/09 – juris; BVerfG, 6.9.2010 – 1 BvR 440/10 – BVerfGK 18, 10; BVerfG, 28.9.2010 – 1 BvR 623/10 – ASR 2011, 118.

31 *Hlava*, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), A 16-2012; *Shafaei*, Die gemeinsamen Servicestellen für Rehabilitation, Baden-Baden 2008.

32 *Welti*, S + P 2016, 766–780 = <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), D 41-2016; *Giese/Nachtschatt/Schreiner/Zücker/Falk/Schimank/Ketzmerick/Liebsch*, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), D 42-2016.

33 *Wellmann*, Gemeinsame Servicestellen in der Rehabilitation, Lohmar/Köln 2004; *Pfeuffer/Engel/Engels*, Einrichtung und Arbeitsweise gemeinsamer Servicestellen für Rehabilitation, Köln 2004.

34 Vgl. *Kirchen-Peters/Nock/Baumeister/Mickley*, Pflegestützpunkte in Deutschland, WISO Diskurs 7/2016.

Beratung über soziale Rechte findet auch im Betrieb statt. Betriebsrat, Personalrat, Schwerbehindertenvertretung, Personalabteilung, Behindertenbeauftragte benötigen sozialrechtliche Kompetenz, um im Hinblick auf Unfallmeldungen (§ 193 SGB VII) und Unfallverhütung (§§ 21, 22 SGB VII), Sozialversicherungspflicht (§ 28a SGB IV), begleitende Hilfen (§ 102 SGB IX), Teilhabeleistungen und stufenweise Wiedereingliederung (§ 28 SGB IX)³⁵ ihre Aufgaben erfüllen zu können.

Auch weitere gesellschaftliche Akteure beraten. In Bezug auf das Recht ist dies gesetzlich vor allem der Rechtsanwaltschaft zugewiesen. Deren Privilegierung durch das Rechtsdienstleistungsgesetz ist – noch verstärkt mit dessen Entwicklung vom Standesrecht zum Verbraucherschutz – gerade für das Sozialrecht relativiert. Die freie Wohlfahrtspflege und Verbände behinderter Menschen (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 RDG), Sozialverbände und der Rechtsschutz durch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG) sowie der besondere Beruf der Rentenberater (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG) sind ebenfalls zur Beratung im Sozialrecht zugelassen. Insbesondere die verbandliche Beratung hat dabei – weit vor dem Internet und vor der Rezeption des Begriffs »Peer Counseling«³⁶ – Elemente der Selbsthilfe und Interaktivität aufgenommen, die sich jedoch in einem dialektischen Wettlauf mit der Professionalisierung immer neu behaupten müssen. Anders wird es auch mit der unabhängigen Beratung nach dem Bundesteilhabegesetz nicht laufen.

Aus der Politikwissenschaft kennen wir eine Kasseler Studie, die am Beispiel des VdK belegt, dass Rechtsberatung im Sozialrecht die Grundlage für eine Erfolgsgeschichte im Verbändewesen sein kann³⁷. Im Übrigen aber fehlen uns aufbereitete Daten und Erkenntnisse über die verbandliche ebenso wie über die anwaltliche und sonstige berufliche Rechtsberatung im Sozialrecht. Diese wären übrigens nicht nur rechtssoziologisch, sondern auch professionssoziologisch interessant: Welche Berufsgruppen – etwa Sozialversicherungsfachangestellte, Sozialarbeiter und Pflegefachkräfte – sind aus welchen Gründen und unter welchen Bedingungen in der Lage, Rechtsberatung anzubieten, die in der Gesellschaft und von Rechts wegen als gleichwertig zur anwaltlichen Beratung empfunden wird? Hier gibt es durchaus auch eine sozialhistorisch relevante lange Linie vom Arbeitersekretär, der im Kaiserreich bei der Invalidenversicherung auftrat³⁸, bis zum heutigen geschulten Peer-Berater.

3. Verwaltungsverfahren

Das sozialrechtliche Verwaltungsverfahren ist kommunikativ angelegt. Es soll den Inhalt des Rechts erschließen. Wer einen Antrag stellt, ist beteiligt (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X) und hat Mitwirkungsrechte (§§ 24, 25 SGB X)³⁹ und Mitwirkungspflichten (§§ 60–66 SGB I)⁴⁰. Die Amtsermittlung (§ 20 SGB X) fordert von der Behörde, alle wesentlichen Informationen über Bestehen und Inhalt eines Anspruchs einzuholen und zu bewerten.

Nicht immer wird das Verfahren von den Bürgerinnen und Bürgern so empfunden. Aus der Empirie gerichtlicher Entscheidungen blicken wir allerdings nur auf die Fälle, in denen die Kommunikation nicht zu einer einheitlichen Meinung der Beteiligten über die richtige Verwaltungsentscheidung geführt hat. Ein nicht unerheblicher Teil der darüber geführten Konflikte führt später auf die eine oder andere Art zu einem zumindest teilweisen Erfolg gegen die Behörde.

Von den etwa 800.000 jährlich erhobenen Widersprüchen gegen Sozialversicherungsträger⁴¹ werden ungefähr die Hälfte durch Widerspruchsbescheid abgelehnt. Ein Drittel ist erfolgreich, fast immer durch Abhilfe, und ein Sechstel wird zurückgenommen. Von den abgelehnten Widersprüchen wird ungefähr ein Drittel durch Klage angegriffen. Von den Klagen ist knapp ein Drittel ganz oder teilweise erfolgreich. Das kann man unterschiedlich deuten: Nur ein Sechstel der Widersprüche geht in das Klageverfahren. Mehr als die Hälfte der Widersprüche ist erfolglos und geht nicht zu Gericht. Spricht das auch dafür, dass die Versicherten davon überzeugt wurden, dass ihr Anliegen unberechtigt war? War es unberechtigt? Oder hätte auch hier ein nennenswerter Teil vor Gericht Erfolg gehabt?

35 Nebe, SGB 2015, 125–134.

36 Jordan/Wansing, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), D 32-2016; DE 59-2016; Rensinghoff, ASUMed 2017, 265–267.

37 Futh/Jeanrond, Der Erfolg des Sozialverbands VdK, Düsseldorf 2013.

38 Vgl. Ayaß, Denkschrift 60 Jahre BSG, 2014, 265–282; Kawamura, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland, Berlin 2014; M. Bauer, AuR 2011, 149–154; Tenfelde, AuR 1995, 289–297; Fricke, ZSR 1993, 27–42.

39 Köhler, VSSR 2014, 315–350; Löcher, Die Anhörung im Sozialverwaltungsverfahren, St. Augustin 2005; Schur, Die Beteiligungsrechte im Sozialverwaltungsverfahren, Gudensberg 1999.

40 Davilla, Die Eigenverantwortung im SGB III und SGB II, Frankfurt aM. 2010; Grünh, Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität, Berlin 2001.

41 Vgl. Welti/Fischer, SozSich 2016, 445–450; Höland, SozSich 2016, 450–451.

Gerichtsentscheidungen konzentrieren sich, dem Verfahrensrecht folgend, weniger auf formelle Versäumnisse, die noch nach Widerspruch und Klage geheilt werden können, als auf das materielle Recht. Aus Befragungen von Klägerinnen und Klägern, Richterinnen und Richtern wissen wir, dass in den Fällen, die vor Gericht kommen, fehlgeschlagene Kommunikation eine große Rolle spielt.⁴² Aber darüber, wie Sozialverwaltungsentscheidungen ganz allgemein hergestellt werden und wie die Kommunikation über das Recht mit den Bürgerinnen und Bürgern im Normalfall abläuft, wissen wir wenig. Allgemeine Befragungen zur Zufriedenheit oder auch speziellere Studien, etwa zur wahrgenommenen Barrierefreiheit der Verwaltung, wie sie im Rahmen der Evaluation des BGG vorgenommen wurden⁴³, geben keinen Anlass, schwere Missstände in der Breite zu vermuten. Doch ebenso wenig ist damit zu rechnen, dass Recht und Wirklichkeit des Sozialverwaltungsverfahrens immer zur Deckung kommen. Qualitative und quantitative Befragungen, Akten- und Organisationsanalysen könnten zur Klärung beitragen und die sozialwissenschaftliche Theorie zu der Frage bringen, wann und wie Bürgerinnen und Bürgern für die Verwaltung nicht Umwelt und Störgeräusch⁴⁴, sondern in das Funktionieren des Systems einbezogen sind.

III. Rechtsdurchsetzung

Kommt es zum Konflikt, stellt sich die Frage nach der Rechtsdurchsetzung. Aus der Statistik wissen wir, wie erwähnt, dass nicht ganz wenige Personen ihre Ansprüche gegen die Sozialverwaltung im Konflikt durchsetzen können. Weniger leicht können wir diese Informationen einordnen und deuten.

1. Rechtsmobilisierung

Zunächst ist die Frage nach der Rechtsmobilisierung⁴⁵ zu stellen: Wer erhebt einen Widerspruch gegen einen Sozialleistungsträger und warum? Und wer tut es, in einem vielleicht sehr ähnlichen Fall nicht und warum? Rechtskenntnis, Beratung und Kommunikation sind bereits als Faktoren genannt worden, die diese Entscheidung beeinflussen können.

Aus einer Befragung von Versicherten der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen⁴⁶ haben wir Hinweise, dass die

allermeisten Konflikte enden, ohne dass es zu einem Widerspruchsverfahren kommt, manche für die Versicherten erfolgreich, manche nicht. Faktoren für den Erfolg waren danach chronische Krankheit, die mit größerer Erfahrung im Konflikt und mit mehr Kontakten zu Verbänden einhergeht, und die frühe Schriftlichkeit des Konflikts, die bei den Kassen möglicherweise ein wichtiger Hinweis ist, dass der oder die Versicherte es ernst meint.

Inwieweit Rechtsmobilisierung im Sozialrecht Teil einer Politisierung individueller Unzufriedenheit durch Verbände und Selbsthilfe ist oder ob sie umgekehrt politische Fragen in individuelle Lösungsstrategien umleitet, wird nicht objektiv zu klären zu sein. Das Verhältnis zwischen Sozialpolitik und Sozialrecht im Spiegel der Rechtsmobilisierung zu betrachten und zu analysieren, ist jedenfalls gleichermaßen lohnend für die am lebenden Recht wie die an den sozialpolitischen Entwicklungen Interessierten.

2. Widerspruchsverfahren

Das Widerspruchsverfahren in der Sozialversicherung war Gegenstand eines Forschungsprojekts unter Leitung von *Armin Höland* und mir,⁴⁷ in dem wir Gerichtsakten analysiert und die Mitglieder der Widerspruchsausschüsse befragt haben. Dadurch sind neue Einblicke in das Widerspruchsverfahren möglich. Wieweit es unmittelbare und mittelbare Wirkungen auf die Rechtsdurchsetzung hat, ist jedoch heute eine Einschätzungsfrage aus der Beobachtung. Es gibt keine umfassende Befragung der den Widerspruch Führenden selbst und keine Daten aus der Grundgesamtheit, derjenigen, die etwas vom Sozialleistungsträger wollen, also letztlich der Gesamtbevölkerung. Einige Sozialleistungsträger nutzen den Konflikt durchaus zum Controlling und setzen das Widerspruchsgeschehen ins Verhältnis zur Gesamtzahl von Anträgen und Bescheiden – daran ließe sich anknüpfen.

⁴² Braun/Buhr/Höland/Weltri (Fn. 25), 183 ff.

⁴³ Weltri/Groskreutz/Hlava/Rambašek/Ramm/Wenckebach, Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes, Bonn 2014.

⁴⁴ Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt aM. 1987, 236 ff.

⁴⁵ Kocher, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten, Düsseldorf 2009.

⁴⁶ Weltri, in: Böcken (Hrsg.); Gesundheitsmonitor 2008, Gütersloh 2008, 67–87.

⁴⁷ Höland/Weltri, in: Deutscher Sozialgerichtstag (Hrsg.), Sozialstaat und Europa – Gegensatz oder Zukunft?, Stuttgart 2016, 295–310; Höland, SozSich 2016, 450–451.

Die Mitglieder der Widerspruchsausschüsse⁴⁸ bejahen in der großen Mehrzahl, dass ihre Tätigkeit zur Rechtsdurchsetzung beiträgt, dass sie Gerichtsverfahren verhindert und dass sie Einfluss auf das Verwaltungshandeln hat. In der Regel sind Widerspruchsführer, wenn sie erfolgreich sind, nicht beim Widerspruchsausschuss erfolgreich, sondern in der vorangegangenen Prüfung durch die Verwaltung, ob eine Abhilfe möglich ist. Letztlich überprüfen die Widerspruchsausschüsse, ob die hauptamtliche Verwaltung die Abhilfe erst nach sorgfältiger und neuer Prüfung abgelehnt hat. Dass diese Funktion zumindest im Einzelfall erfüllt werden kann, ist daran zu sehen, dass es in den meisten Ausschüssen vorkommt, dass Fälle zur weiteren Prüfung oder zur Einholung weiterer Gutachten zurückgegeben werden.

Nur selten sind die Widerspruchsverfahren ein Ort weiterer direkter Kommunikation mit den Versicherten, die dort persönlich oder auch nur schriftlich angehört werden. Allenfalls im Abhilfeverfahren findet weitere Kommunikation statt, über deren Intensität und Kommunikationswege noch mehr zu erforschen wäre.

Jedenfalls aber scheint es einen Unterschied zwischen Trägern zu geben, bei denen Ausschüsse mit ehrenamtlicher Beteiligung der Versicherten und Arbeitgebern in das Widerspruchsverfahren einbezogen sind und solchen, wie den Jobcentern, bei denen das nicht der Fall ist. Darauf deuten die Ergebnisse einer Befragung von Richterinnen und Richtern der Sozialgerichtsbarkeit aus dem Jahr 2008 hin.⁴⁹ Die in Kammern zum Sozialversicherungsrecht Tätigen äußerten seltener, dass unzureichende Widerspruchsverfahren Grund für viele Klagen seien als die in anderen Fachkammern eingesetzten Richterinnen und Richter. Ein umfassender Vergleich der Ausgestaltung des Widerspruchsverfahrens bei verschiedenen Sozialleistungsträgern, auch unter Einbeziehung zum Beispiel der Beteiligung sozial erfahrener Dritter nach § 116 SGB XII oder von Behindertenverbänden beim Integrationsamt und der Bundesagentur für Arbeit (§§ 119, 120 SGB IX), steht noch aus.

3. Gerichtsverfahren

Die erwähnte 2008 von *Bernard Braun, Petra Buhr, Armin Höland* und mir geleitete Befragung der hauptamtlichen Richterinnen und Richter der Sozialgerichtsbarkeit sowie von Klägerinnen und Klägern war Teil einer Untersuchung, die sich mit einer Besonderheit des sozialgerichtlichen Verfahrens befasste, der Gerichtskostenfreiheit für die Kläge-

rinnen und Kläger, soweit sie Versicherte oder Leistungsberechtigte sind. Der Bundesrat⁵⁰ hatte seinerzeit gefordert, angesichts der insbesondere seit 2005 stark steigenden Fallzahlen die Gerichtskostenfreiheit aufzuheben und eine Pauschalgebühr einzuführen.⁵¹

Die Untersuchung zielte darauf, aufzuklären, ob die zu Grunde liegenden Annahme plausibel war, dass viele Klagen in der Sache aussichtslos waren, durch die Kostenfreiheit motiviert aber gleichwohl geführt wurden. Valide Belege für eine solche »Freibier-Mentalität« ließen sich nicht finden. Vielmehr nannten die Richterinnen und Richter neben der Gerichtskostenfreiheit eine Fülle weiterer Einflussfaktoren für die steigenden Klagezahlen, zu denen unzureichende tatsächliche und medizinische Ermittlungen ebenso gehörten wie Kommunikationsschwierigkeiten und eine überkomplexe Sozialgesetzgebung. Klägerinnen und Kläger gaben häufig an, dass ihnen die Gerichtskostenfreiheit vor der ersten Klageerhebung gar nicht bekannt gewesen sei. Mehrfach klagende Personen wurden eher dadurch ermutigt, dass sie erfolgreich gewesen waren und institutionelle Schwellenängste sich als unbegründet erwiesen hatten.

Kurzum: Die Untersuchung zeichnete eher das Bild einer Vielzahl seriös begründeter und seriös behandelter Klagen mit einer im Vergleich zur Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit hohen Erfolgsquote. Die Gründe für das gestiegene Klageaufkommen ließen sich eher im Verwaltungsverfahren verorten sowie darin, dass die Sozialgerichte als ein im Ergebnis funktionierendes Korrektiv wahrgenommen wurden. Die dort praktizierte spezifische Rechtskultur⁵² fokussiert damit die Bedeutung eines verrechtlichten Sozialsystems für die gesellschaftliche Entwicklung der Bundesrepublik.⁵³ Das Fachkammerprinzip ermöglichte es, die Antworten der Richterinnen und Richter nach Rechtsgebieten zu vergleichen, so dass Unterschiede namentlich zwischen den Jobcentern und den Sozialversicherungsträgern erkennbar wurden.

Darüber hinaus gibt es bislang kaum Ansätze, die Wirklichkeiten des Sozialrechts mit Daten zu erforschen, die

48 Böttcher/Buchwald, *SozSich* 2016, 439–445.

49 Braun/Buhr/Höland/Welti (Fn. 25), 57, 60.

50 BT-Drs. 16/1028.

51 Vgl. Höland/Welti/Schmidt, *SGb* 2008, 689–697; Welti/Höland/Braun/Buhr, *SozSich* 2008, 308–316.

52 Masuch/Spellbrink, *Denkschrift 60 Jahre BSG*, 2014, 437–462.

53 Vogel, *Denkschrift 60 Jahre BSG*, 2014, 297–312.

aus dem sozialgerichtlichen Verfahren gewonnen werden, sei es statistisch, sei es durch Befragungen der Beteiligten. Hier lässt sich auch von der interdisziplinären Forschung anderer Rechtsgebiete lernen: In der Kriminologie gibt es seit einigen Jahren ein Jugendgerichtsbarometer⁵⁴, mit dem aktuelle Trends in der Jugendkriminalität und der staatlichen Reaktion darauf erfragt werden. Ähnliches ließe sich auch für die Armutsforschung⁵⁵, Arbeitsmarktforschung⁵⁶, Gesundheitsforschung⁵⁷ und Teilhabeforschung⁵⁸ denken, die zumindest aktuelle Entwicklungen in den Bedarfslagen und in konfliktträchtigen Bereichen sozialbehördlichen Handelns durch regelmäßige Befragungen der am Sozialgerichtsverfahren Beteiligten erfragen könnte. Gerade um die Anwendung und Wirksamkeit bestimmter prozessualer Instrumente, etwa der Missbrauchsgebühren⁵⁹, des einstweiligen Rechtsschutzes⁶⁰ oder der Beiladung mitbetroffener Träger beurteilen zu können, wären auch Zeitreihenvergleiche und Panels regelmäßig zu befragender Beteiligter hilfreich.

Immer wieder im Dialog mit der insoweit avantgardistischen Hallenser Rechtswissenschaft entwickelt derzeit eine Gruppe⁶¹ aus dem Forschungsverbund Sozialrecht und Sozialpolitik (FoSS)⁶² der Universität Kassel und der Hochschule Fulda eine Forschungsinitiative⁶³, die sich diesen Fragen stellen und die dafür benötigten Ressourcen einwerben will. Die Sozialgerichtsbarkeit selbst scheint für solche Forschung aufgeschlossen zu sein. Es wäre wünschenswert, dass die anderen politischen und wissenschaftlichen Akteure des Feldes dies ebenfalls sind.

IV. Insbesondere: Rechtserschließung, Rechtsdurchsetzung und die Ermittlung gesundheitlicher Sachverhalte

Wolfhard Kohte hat stets ein besonderes Interesse für die Verknüpfung gesundheitlicher und rechtlicher Probleme und Interventionen gezeigt. Er darf deshalb als Medizinrechtslehrer bezeichnet werden.⁶⁴ Doch lässt dieser Begriff eher an Spezialfragen denken als an einen integralen Ansatz, wie er seine Kooperation mit der Arbeitsmedizin, Sozialmedizin und Psychologie und sein Engagement in den Rehabilitationswissenschaften geprägt hat.

Auch die Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht kann nicht verstanden werden, ohne die gesundheitliche Bedingtheit von Rechtsansprüchen und

Rechtsverfolgung zu berücksichtigen. Dies ist keine Spezialität der Kranken- und Pflegeversicherung, sondern zieht sich so durch alle Leistungsbereiche, dass die gesundheitlich eingeschränkte Person als ein Normalfall des Sozialrechts zu betrachten ist. Dies wird leider durch die amtliche Statistik nicht voll erschlossen. Doch hat zuletzt etwa die im Rahmen der Untersuchung zu den Widerspruchsausschüssen durchgeführte Analyse sozialgerichtlicher Akten in Halle, Berlin und Kassel zum Beispiel gezeigt, dass ein hoher Anteil rentenrechtlicher Klagen auf Erwerbsminderungsrenten⁶⁵ gerichtet ist.

Bereits in der Rechtserschließung sind behinderte und gesundheitlich eingeschränkte Leistungsberechtigte auf besondere Beratung, aber auch auf barrierefreie Sozialbehörden angewiesen. Wer die Informations- und Beratungsangebote der Leistungsträger wegen gesundheitlicher Einschränkung nicht aufsuchen oder rezipieren kann, hat Nachteile in der Erschließung seiner sozialen Rechte. Hier ist das Spektrum der Barrierefreiheit angesprochen, das von zugänglicher Informationstechnik bis zu Leichter Sprache reicht.⁶⁶

Rechtserschließung bedeutet auch, dass die zur Amtsermittlung und Bedarfsdeckung erforderliche Kooperation und Kommunikation zwischen den Sozialbehörden und dem Gesundheitswesen im weitesten Sinne gelingt. Betriebs-

54 Höynck/Ernst, in: Kreher/Welti (Hrsg.), Soziale Rechte und gesellschaftliche Wirklichkeiten, Kassel 2017, 170–186; Höynck/Leuschner, ZJJ 2014, 364–371.

55 Vgl. Kreher, in: Kreher/Welti (Fn. 54), 68–85; Schoneville, ebd., 86–104.

56 Vgl. Hänlein, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Fn. 29), 327–358; ders. SDSRV 65 (2015), 105–128; Bieback, ZfRSz 2009, 185–213.

57 Vgl. Ramm/Hlava, in: Kreher/Welti (Fn. 54), 144–156.

58 Vgl. Wansing, in: Kreher/Welti (Fn. 54), 132–143; Wacker, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Fn. 29), 2015, 647–668.

59 Spellbrink, Sozialrecht aktuell 2016, 7–12; Plagemann, NZS 2005, 290–294.

60 Vgl. Hlava, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), A 4-2013; Wunder, SozSich 2012, 155.

61 Geleitet von Susanne Dern, Tanja Klenk, Simone Kreher, Berthold Vogel und Felix Welti.

62 <http://www.sozialrecht-sozialpolitik.de> (14.7.2017).

63 <http://www.sozialgerichtsforschung.de> (14.7.2017).

64 Vgl. Kohte, in: Lilie/Bernat/Rosenau (Hrsg.), Standardisierung in der Medizin als Rechtsproblem, Baden-Baden 2009, 79–102.

65 Vgl. hierzu: Bieback, FS Kohte, 2016, 545–560; ders., VSSR 2015, 157–193; ders. SDSRV 63 (2013), 9–38; Welti/Groskreutz, Soziales Recht zum Ausgleich von Erwerbsminderung, Düsseldorf, 2013.

66 Kohte/Liebsch, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), B 5-2016 zur barrierefreien Betriebsratswahl; Groskreutz/Welti, AuR 2016, 105–108; Welti, SGB 2015, 533–539; Kohte, in: Schulte/Schlenker-Schulte (Hrsg.), Barrierefreie Information und Kommunikation, Villingen-Schwenningen 2004, 27–36.

ärzte, Hausärzte, der Sozialdienst im Krankenhaus⁶⁷ oder der Rehabilitationseinrichtung⁶⁸ und der ambulante Pflegedienst sowie Betreuer und Bevollmächtigte⁶⁹ sind oft Mittler zwischen den Menschen und ihrem Recht, ohne dass ihnen diese Funktion voll bewusst ist. Für die Gesundheits-, Rehabilitationsforschung, Pflegeforschung⁷⁰ und Teilhabeforschung⁷¹ können sich in der Kooperation mit der Rechtswissenschaft neue Forschungsfragen ergeben.

Erreicht der Konflikt über soziale Leistungen in gesundheitlich geprägten Bedarfslagen das Widerspruchsverfahren und danach das sozialgerichtliche Verfahren, so ist auch hier nach Barrieren zu fragen. So kann ein traditionell geprägtes Verständnis von Geschäfts- und Prozessunfähigkeit⁷² ebenso wie eine zu paternalistische rechtliche Betreuung oder besondere Vertretung⁷³ der Rechterschließung und Rechtsdurchsetzung im Wege stehen. Hierüber sind wir jedoch empirisch kaum informiert. Die mittlerweile Jahrzehnte zurückliegende interdisziplinäre Querulantenforschung⁷⁴ könnte hier durchaus einen Anknüpfungspunkt für moderne Forschungsfragen bieten.

Eine Schlüsselstelle im Verwaltungs-, Widerspruchs- und Gerichtsverfahren über Sozialleistungen hat die medizinische und psychologische Begutachtung⁷⁵. Aus den Befragungen der Mitglieder von Widerspruchsausschüssen und der Richterinnen und Richter der Sozialgerichte wissen wir, dass die Schnittstelle der medizinischen und juristischen Begutachtung und Beurteilung nicht immer optimal programmiert ist. Schon für die Hauptamtlichen ist es herausfordernd zu erkennen, welche Feststellungen eines Gutachtens zu akzeptieren, welche zu hinterfragen sind. Erst recht gilt dies für Ehrenamtliche aus der Mitte der Gesellschaft, die in Verwaltung und Gericht aus guten Gründen an der Entscheidung mitwirken.⁷⁶

Für die Bürgerinnen und Bürger besteht die Schnittstelle oft nicht einmal in der persönlichen Begegnung mit dem Gutachter, denn die Begutachtung findet in vielen Fällen nach Aktenlage statt.⁷⁷ Und ob und wie es zu einer an Rechterschließung und Rechtsdurchsetzung orientierten Kommunikation zwischen den fachkundigen Professionen, der Verwaltung und den ehren- und hauptamtlich zur Entscheidung berufenen Personen kommt, ist nur wenig erforscht. Weder in den Ausschüssen noch in den Gerichten gibt es hierzu einheitliche Standards, etwa die Anwesenheit der Gutachter betreffend.

Von besonderem Interesse im Verwaltungsverfahren der Sozialleistungsträger ist, ob und wie die zu begutach-

tenden Menschen beeinflussen können, ob, wie und durch wen sie begutachtet werden. Im Verwaltungsverfahren sind hier die punktuellen Gutachterwahlrechte im Unfallversicherungs- und Rehabilitationsrecht (§ 200 Abs. 2 SGB VII; § 14 Abs. 5 SGB IX) von Interesse. Ebenso wie die sozialbehördliche Begutachtungspraxis im Allgemeinen ist deren Realisierung kaum erforscht.

Im sozialgerichtlichen Verfahren bietet § 109 SGG die Möglichkeit, dass Klägerinnen und Kläger eine Begutachtung durch einen Arzt oder eine Ärztin ihres Vertrauens durchsetzen können. *Daniela Schweigler* hat dieses Instrument erforscht und ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Begutachtung auf Klägerinitiative durchaus Einfluss auf das Prozessergebnis haben kann und dass die Zufriedenheit auch derjenigen Klägerinnen und Kläger erhöht wird, die im Ergebnis keinen Erfolg haben.⁷⁸

In der Breite ist auch die Begutachtung im sozialgerichtlichen Verfahren nur wenig erforscht. Die konkrete Interaktion zwischen Gutachter, Gericht und Verfahrensbeteiligten könnte dabei ebenso untersucht werden wie die Konzepte, mit denen der Anschluss zwischen dem jeweiligen professionellen Wissen hergestellt wird.

V. Schluss

Rechterschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht bergen eine Vielzahl von Forschungsfragen. Oft kann dabei an bisherige Arbeiten und Ansätze von *Wolfhard Kohte* angeknüpft werden.

67 Vgl. auch *C. Schubert*, in: *Kreher/Welti* (Fn. 54), 34–51.

68 *Köpke*, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), D 29-2013.

69 *Beetz*, Stellvertretung als Instrument zur Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie, Frankfurt aM. 2013.

70 *Klie*, SDSRV 65 (2015), 41–50.

71 *Welti*, SDSRV 65 (2015), 51–72.

72 *C. Weber*, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), B 7-2011; *Kohte/C. Weber*, *JurisPR-ArbR* 52/2009, Anm. 1.

73 BSG, 14.11.2013 – B 9 SB 84/12 B – NJW 2014, 1039.

74 *Dinger/Koch*, *Querulanz in Gericht und Verwaltung*, München 1991; *Dinger/Stein/Koch*, *Recht und Psychiatrie* 1987, 126–133.

75 *P. Becker*, *ASUMed* 2009, 592–597; *ders.* *MEDSACH* 2008, 85–92; *Thomann*, *MEDSACH* 1994, 184–191.

76 Vgl. *Höland*, *FS Kohte*, 2016, 97–120.

77 Vgl. *Bartel/von Kardorff/Ohlbrecht*, *MEDSACH* 2015, 35–46.

78 *Schweigler*, *Das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes* (§ 109 SGG), Baden-Baden 2013.

Arbeitgeberverantwortung in Dreiecksverhältnissen – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen, brasilianischen und chilenischen Rechts

Anna Heinen/Ricardo Petri, Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)*

I. Einleitung

Moderne Unternehmensstrategie ist gerichtet auf die Externalisierung verschiedener Risiken, darunter auch solche aus Arbeitsbeziehungen.¹ Arbeitnehmerinnen² werden ersetzt durch Werkunternehmerinnen, Soloselbständige, Leiharbeiterinnen oder gar die »Crowd«³. Unternehmen weltweit beschränken sich zunehmend auf Kernkompetenzen und verlagern andere Unternehmensfunktionen auf Auftragnehmerinnen, Zulieferinnen und Selbständige.⁴

Diese Phänomene der Externalisierung von Arbeit stellen das Arbeitsrecht vor Herausforderungen, weil es seinen Anwendungsbereich neu bestimmen muss.⁵ Konkreter stellt sich die Frage, ob, inwieweit und gegen welche Einheit arbeitsrechtlicher Schutz bestehen sollte.

In der Debatte um Externalisierung hat die Situation in Lateinamerika bisher noch wenig Aufmerksamkeit erfahren, obgleich Externalisierungsstrategien dort in bedeutendem Umfang auftreten.⁶ Die Verabschiedung eines umstrittenen Gesetzes zu Leiharbeit und Outsourcing in Brasilien im März dieses Jahres gibt Anlass zur Auseinandersetzung mit entsprechenden Regulierungsansätzen in Lateinamerika.

1. Fragestellung, Gang und Methode der Untersuchung

Die folgende Untersuchung konzentriert sich auf Leiharbeit und die Vergabe von Leistungen im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen als bislang bedeutsamste Externalisierungsphänomene.⁷ Als Leiharbeit bezeichnen wir die Überlassung von Arbeitskräften durch ein Verleihunternehmen an ein Entleihunternehmen, die dann im Betrieb des Entleihunternehmens eingesetzt werden. Der Vertrag zwischen Verleih- und Entleihunternehmen ist dabei auf die Zurverfügungstellung von Arbeitskraft

gerichtet. Die zweite Kategorie erfasst die Vergabe von Aufträgen von einem Unternehmen an ein anderes Unternehmen, das diese mit seinen eigenen Arbeitskräften erfüllt. In Deutschland wird dieses Phänomen unter den Stichworten werkvertraglicher Fremdpersonaleinsatz⁸ und industrienahe Dienstleistungen⁹ diskutiert. Auf eine genauere Bestimmung wird an dieser Stelle verzichtet, weil sich zeigen wird, dass die jeweiligen rechtlichen Regelungen abweichende Lebenssachverhalte vor Augen haben.

Wir beschäftigen uns zunächst mit den Gründen für die Externalisierung als Unternehmensstrategie und gehen auf die daraus resultierenden Probleme und Lösungsansätze in der Wissenschaft ein (I.2.). Als zentralen Problemkreis identifizieren wir die Verteilung arbeitsrechtlicher Verantwortlichkeit in Dreieckskonstellationen.

* Die Autor/-innen sind akademische Mitarbeiter/-innen am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Deutsches Arbeitsrecht, Zivilverfahrensrecht. Vorarbeiten zu diesem Aufsatz entstanden während eines Praktikums der Autorin Heinen als Carlo Schmid-Stipendiatin bei der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) in Santiago de Chile.

1 Vergara, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 2015, 32, 35; zu Dohna-Jaeger, *AuR* 2013, 238, 239.

2 Wir verwenden das generische Femininum. Dies soll andere Geschlechter miteinschließen.

3 Vgl. dazu Kocher/Hensel, *NZA* 2016, 984.

4 Vgl. insbesondere mit Blick auf Chile Echeverría Tortello, *La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores*, Santiago de Chile 2010, S. 34.

5 Vgl. Kocher, *KJ* 2013, 145; vgl. auch die Beiträge in Davidov/Langille (Hrsg.), *The idea of labour law*, Oxford 2011 sowie Krüger, *Arbeitgeberähnliche Pflichten des Dritten in arbeitsrechtlichen Dreieckskonstellationen*, Baden-Baden 2017 (zugl. Frankfurt (Oder), Univ., Diss. 2016).

6 Siehe unten Abschnitt II.

7 Vgl. jedoch zur wachsenden Bedeutung des Crowdworking weltweit Schönefeld/Hensel/Koch/Kocher/Schwarz, *Jobs für die Crowds*, Werkstattbericht zu einem neuen Forschungsfeld, Frankfurt (Oder) 2017, S. 4 f.

8 Greiner, *NZA* 2013, 697; siehe auch schon Walle, *NZA* 1999, 518.

9 Sydow/Helfen, *Produktion als Dienstleistung*, Plurale Netzwerkorganisation als Herausforderung für die Arbeitsbeziehungen, Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2016; Deinert, *RdA* 2014, 65, 75–77.

In einer rechtsvergleichenden Untersuchung zeigen wir, wie das deutsche, brasilianische und chilenische Arbeitsrecht diese Frage beantworten. Dabei konzentrieren wir uns auf die Haftung für die Zahlung des Lohns und der Sozialversicherungsabgaben (IV.) sowie die Verantwortung für den Arbeitsschutz (V.). Wir vergleichen jeweils die Lösungen, welche die drei Rechtsordnungen für die benannten Probleme bereithalten.

Für dieses Vorhaben ist die funktionale Methode der Rechtsvergleichung sachgerecht.¹⁰ Danach werden Lösungen, die in einer Rechtsordnung für ein bestimmtes Problem gefunden wurden, unabhängig von ihrer Bezeichnung in ihrer Funktionsweise miteinander verglichen, wobei der historische, politische und wirtschaftliche Kontext, soweit möglich, Berücksichtigung finden sollen.¹¹ Zu diesem Zweck gehen wir zunächst auf die Bedeutung und Formen der Externalisierung in Deutschland, Brasilien und Chile ein (II.) und legen den jeweiligen entstehungsgeschichtlichen Kontext der Regulierungsansätze dar (III.).

Die Auswahl Brasiliens und Chiles stützt sich auf mehrere Erwägungen. Zum einen ist die Situation in Lateinamerika hierzulande bislang noch unterbelichtet, obgleich Externalisierungsstrategien dort in bedeutendem Umfang auftreten.¹² Zum anderen nimmt insbesondere das chilenische »Ley de subcontratación« von 2006 eine ausdifferenzierte und detaillierte Regelung von Arbeitgeberverantwortung in Dreieckskonstellationen vor, die für die weitere Entwicklung in Deutschland Anregungen bieten könnte. In Brasilien ist zudem die intensive rechtspolitische Auseinandersetzung mit der Reichweite zulässiger Ausgliederung von Unternehmensfunktionen von Interesse. Auch ist die hier untersuchte Rechtslage äußerst aktuell: Erst Ende März ist, begleitet von heftigen Protesten,¹³ ein neues Gesetz verabschiedet worden, das Leiharbeit und auf Subunternehmen ausgegliederte Arbeitsverhältnisse neu regelt.

Nicht zuletzt verdeutlicht die rechtsvergleichende Perspektive die Rolle von externalisierter Arbeit als arbeitsmarktpolitisches Instrument, dessen Einsatz auch politischen Konjunkturen unterliegt.

Zuletzt stellen wir unsere Ergebnisse vor (VI.).

2. Externalisierung als Unternehmensstrategie

Externalisierung von Arbeit bietet Unternehmen viele Vorteile: Sie ermöglicht Flexibilität – etwa um auf den durch moderne Produktionsformen herbeigeführten wechseln-

den Bedarf nach Arbeitskräften zu reagieren –, Spezialisierung und Kostenersparnisse (zB. indem eine Konzentration auf das Kerngeschäft ermöglicht wird, aber auch maßgeblich durch Senkung der Lohnkosten).¹⁴ Externalisierung scheint auch genutzt zu werden, um die gewerkschaftliche Organisation zu erschweren¹⁵ oder tarifliche Bedingungen zu verschlechtern.¹⁶

Der im Verhältnis zum Normalarbeitsverhältnis »atypische« Charakter resultiert bei externalisierter Arbeit daraus, dass zwar ein vertragliches Arbeitsverhältnis besteht, die Arbeitnehmerin aber hauptsächlich oder vollständig für ein drittes Unternehmen tätig wird. Indem an die Stelle eines Arbeitsvertrages (Arbeitgeberin/-nehmerin) nunmehr ein Werk- oder Dienstleistungsvertrag (Auftraggeberin/-nehmerin) tritt, entfällt an sich der arbeitsrechtliche Schutz gegenüber dem dritten Unternehmen.¹⁷ Vielmehr wird die Beziehung zwischen auftraggebendem Unternehmen und Vertragsarbeitgeberin dem Bürgerlichen Recht unterstellt, während zwischen Arbeitnehmerin und auftraggebendem Unternehmen gar keine vertragliche Beziehung besteht. Die für beide Seiten bestehenden, typischen Risiken innerhalb eines Arbeitsverhältnisses (wie etwa Lohnzahlung, Fortbestand des Arbeitsverhältnisses oder Arbeitsunfälle) werden auf das auftragnehmende Unternehmen bzw. auf die Beschäftigten¹⁸ selbst verlagert. Zugleich wird Arbeit in Unternehmen zunehmend jenseits hierarchischer Beziehun-

10 Grundlegend Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 33–35. Zum Methodenstreit in der Rechtsvergleichung und Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung vgl. Kischel, Rechtsvergleichung, München 2015, § 3 A.-C. Vgl. auch Frankenberg, Harv. Int'l. LJ 26 (1985), 411; Demleitner, Am. J. Comparative Law 46 (1998), 647.

11 Kischel, (Fn. 10), § 1 Rn. 16.

12 Siehe unten II.

13 Business Standard India, 1.4.2017, abrufbar unter: http://www.business-standard.com/article/news-ians/thousands-of-brazilians-protest-against-government-reforms-117040100265_1.html (14.6.2017); Agencia EFE, 1.4.2017, abrufbar unter: <http://www.efe.com/efe/espana/mundo/miles-de-personas-protestan-en-todo-brasil-contra-las-reformas-del-gobierno/10001-3225495> (14.6.2017).

14 Zu Dohna-Jaeger, AuR 2013, 238, 239; Ermida Uriarte/Colotuzo, Descartización, tercerización, subcontratación, Lima 2009, S. 18; Maschmann, NZA 2013, 1305.

15 Ermida Uriarte/Colotuzo (Fn. 14), S. 18. Es wurde gezeigt, dass Subunternehmen in Chile wesentlich häufiger von Unternehmen eingesetzt wurden, in denen die Belegschaft eine Gewerkschaft gebildet hatte (Dirección del Trabajo, Encla 2011, Informe de Resultados Séptima Encuesta Laboral, Santiago de Chile 2011, S. 113).

16 Kocher, KJ 2013, 145, 146.

17 Kocher, KJ 2013, 145, 147.

18 Abgedeckt wird dies durch die steuerfinanzierten Systeme sozialer Sicherung. Vgl. zum daraus resultierenden Zukunftsproblem Waltermann, NZA 2010, 860, 861.

gen organisiert, sodass die Grenzen zu externer, eingekauf- ter Arbeit verwischen.¹⁹ Die Fragmentierung von Unternehmen in neuen Organisationsformen bedeutet, dass »Arbeitgeber« und Unternehmen nicht länger gleichgesetzt werden können.²⁰

Für das Arbeitsrecht wirft dies zahlreiche Fragen und Probleme auf: Zum einen geht es dabei um Falschbezeichnungen und Umgehungsversuche, etwa indem eine Werkvertragskonstruktion genutzt wird, um tatsächlich vorliegende Leiharbeit zu verschleiern.²¹

Aber auch der zulässige Einsatz von Leiharbeit und Subunternehmen ist problematisch: Die herkömmlichen Tests zur Bestimmung von Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin, denen die Idee eines bilateralen Arbeitsverhältnisses zugrunde liegt, geraten hier in Schwierigkeiten.²² Denn Arbeitgeberfunktionen werden auf mehrere Einheiten verteilt und/oder die Schutzbedürftigkeit der Beschäftigten besteht auch außerhalb des vertraglichen Arbeitsverhältnisses. Im Kern geht es also um die Frage, wie arbeitsrechtliche Verantwortlichkeit in Dreieckskonstellationen verteilt werden sollte. Unter welchen Umständen dürfen und sollten dem auftraggebenden Unternehmen arbeitsrechtliche Verpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmerinnen des aufzunehmenden Unternehmens auferlegt werden, obwohl in diesem Verhältnis keine arbeitsvertragliche Verbindung besteht? Gegen welche ökonomische Entität sind grundlegende Rechte der Erwerbsarbeit zu richten?²³ Dies betrifft die Verpflichtung zur Zahlung von Lohn und Sozialversicherungsabgaben, aber auch arbeitsschutzrechtliche Fürsorgepflichten. Daneben berühren Dreiecksverhältnisse auch die betriebliche und überbetriebliche Vertretung und die Gewerkschaftspolitik.²⁴

In der Wissenschaft wurden verschiedene Lösungsansätze vorgeschlagen, um angesichts des Versagens herkömmlicher Tests zur Bestimmung von »Arbeitnehmer« und »Arbeitgeber« den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts festlegen zu können und auf die individuelle Schutzbedürftigkeit von Personen reagieren zu können, die Arbeit außerhalb eines Arbeitsverhältnisses leisten (»Verträge über Arbeit«)²⁵. Eine Möglichkeit besteht darin, über eine Modifizierung der Tests zur Bestimmung von »Arbeitnehmer« und »Arbeitgeber« die »wirkliche« Arbeitgeberin besser ermitteln zu können: Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, welche die tatsächliche Nutzung der Arbeitskraft, die Entscheidungsmöglichkeit und den aus der Arbeitskraft erlangten Gewinn mit einbezogen hat, wurde vom BAG in

den Fällen zum mittelbaren Arbeitsverhältnis vertreten.²⁶ Bei größerer Komplexität auf Seite der Arbeitgeberin, dh. bei Beteiligung verschiedener Unternehmen, stellt sich ein derartiges Vorgehen aber als zunehmend schwierig dar. Funktionale Betrachtungsweisen lösen den strengen Zusammenhang zwischen vertraglichem Arbeitsverhältnis und Arbeitgeberpflichten und legen bestimmte Arbeitgeberpflichten entweder den beteiligten Unternehmen gemeinsam auf oder knüpfen Pflichten an die ausgeübte Arbeitgeberfunktion und die entsprechende Schutzbedürftigkeit.²⁷

Eine funktionelle Betrachtung wird konzeptionell erleichtert, wenn die »Unternehmung« als Tätigkeit anstelle des Unternehmens als Organisationsform den Anknüpfungspunkt darstellt.²⁸ Unternehmung wird weit verstanden als unternehmerische Tätigkeiten zu einem bestimmten Zweck unabhängig von den Organisationsformen und der Koordination der beteiligten Einheiten. Dies erlaubt es, wirtschaftliche Einheiten, die markt-, netzwerkförmig oder hierarchisch²⁹ miteinander verbunden sind, in der Zuschreibung von Arbeitgeberverantwortung als eine Unternehmung zu betrachten.³⁰ Risikoverlagerungen, die mit der Auflösung der Einheit zwischen Unternehmen als organisatorischer Form und »Unternehmung« als Tätigkeit verbunden sind, können so begegnet werden.

¹⁹ Kocher, KJ 2013, 145, 156.

²⁰ Fudge, Osgoode Hall LJ. 44 (2006), 609, 638; grundlegend Collins, Oxford J. Legal Studies 10 (1990), 353.

²¹ Vgl. zur Abgrenzung Greiner, NZA 2013, 697; Maschmann, NZA 2013, 1305.

²² Fudge, Osgoode Hall LJ. 44 (2006), 609.

²³ Problematisiert von Kocher, KJ 2013, 145, 153.

²⁴ Vgl. dazu Sydow/Helfen (Fn. 9), S. 10 ff.; Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417; Walle, NZA 1999, 518.

²⁵ Kocher, KJ 2013, 145, 153; vgl. hierzu auch Freedlands Ansatz der »personal work contracts« und des »personal work nexus« (Freedland, Indust. LJ. 35 (2006), 1; Freedland/Kountouris, The legal construction of personal work relations, Oxford 2011) sowie Supiot/Meadows, Beyond employment, Oxford/New York 2001, S. 55.

²⁶ BAG, 9.4.1957 – 3 AZR 435/54 – AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis.

²⁷ Kocher, KJ 2013, 145, 155; Fudge, Osgoode Hall LJ. 44 (2006), 609, 645; Freedland, Indust. LJ. 35 (2006), 1: »personal work nexus«. Vgl. auch Deakin, Indust. LJ. 30 (2001), 72.

²⁸ Fudge, Osgoode Hall LJ. 44 (2006), 609, 638.

²⁹ Grundlegend hierzu Powell, Research in Org. Behaviour 12 (1990), 295.

³⁰ Fudge, Osgoode Hall LJ. 44 (2006), 609, 638. Siehe zu einem konzernrechtlichen Ansatz neuerdings auch Temming, Der vertragsbeherrschende Dritte, Baden-Baden 2015 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2014).

II. Bedeutung und Formen der Externalisierung in Deutschland, Brasilien und Chile

1. Deutschland: Zunehmende Bedeutung industrienaher Dienstleistungen

In den letzten Jahrzehnten hat die Externalisierung in Deutschland erheblich an Bedeutung gewonnen. So sind mehr als eine Million Beschäftigte im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung tätig.³¹ Aber auch die Externalisierung durch Werkverträge betrifft eine Vielzahl von Arbeitnehmerinnen. Allein im Organisationsbereich der IGM sind etwa 300.000 Werkvertragsarbeitskräfte beschäftigt. In der Automobilindustrie sind 250.000 Werkvertragsarbeitskräfte tätig. Regelmäßig beschäftigt sind in diesem Sektor 763.000 Arbeitnehmerinnen.³² In der Baubranche zeichnet sich ein ähnliches Bild. Besonders große Bauunternehmen vergeben Teile ihrer angebotenen Leistungen an Dritte. So lag der Anteil der Subunternehmerleistung am Bruttowert bei Unternehmen mit 500 und mehr Beschäftigten im Jahr 2012 bei 37 %. Im Jahre 2007 lag dieser Anteil sogar bei 50 %.³³ Zunehmend lässt sich beobachten, dass Industrieunternehmen nicht nur Sekundär- sondern auch Kernaufgaben auf spezialisierte Dienstleistungsunternehmen verlagern und diese als sogenannte industrienahen Dienstleistungen wieder einkaufen.³⁴ Dies wurde beschrieben als (Re-)Organisation von Unternehmen in Netzwerkstrukturen.³⁵

2. Brasilien: Die Outsourcing-Epidemie

Erst in Folge von Globalisierung und Aufstieg neoliberaler Politiken in den 1990er Jahren wurde Outsourcing im Zuge von Restrukturierungsmaßnahmen in der Wirtschaft und im öffentlichen Dienst vermehrt eingesetzt.³⁶ In den letzten 20 Jahren wurde eine regelrechte Outsourcing-»Epidemie« konstatiert.³⁷ In verschiedenen Industrien ist Outsourcing weit verbreitet: So sollen in der Ölindustrie einer Arbeitnehmerin der Stammbesellschaft 4,2 über Auftragnehmerinnen beschäftigte Arbeitnehmerinnen gegenüberstehen. In der Strombranche soll das Verhältnis 1:1,35 betragen, im Bankensektor 1:0,84.³⁸

Die Löhne von bei Auftragnehmerinnen beschäftigten Arbeitnehmerinnen sind durchschnittlich 27,1 % niedriger als bei der Stammbesellschaft.³⁹ Statistiken haben gezeigt,

dass das Risiko eines Arbeitsunfalls für Beschäftigte bei Auftragnehmerinnen deutlich höher ist: So waren 84 % der bei Petrobras zwischen 1995 und 2013 tödlich verunglückten 320 Beschäftigten bei auftragnehmenden Unternehmen beschäftigt.⁴⁰

3. Chile: Externalisierung und Informalisierung von Arbeit

Externalisierung von Arbeit stellt in Chile eine bedeutende Unternehmensstrategie dar, die häufig mit Informalisierung zusammentritt, indem Arbeit auf informelle Einheiten ausgelagert wird.⁴¹ Im Jahr 2011 gaben 37,8 % der Unternehmen an, Auftragnehmerinnen eingesetzt zu haben. 3,8 % der Unternehmen nutzten im Juni 2011 Leiharbeiter.⁴² Drei Jahre später war ein Rückgang feststellbar: Nur noch 17,8 % der Unternehmen gaben an, im letzten Jahr Aufträge an Auftragnehmerinnen vergeben zu haben, und 1,2 % berichteten, dass sie Leiharbeiter im Juni 2014 genutzt hatten.⁴³ Dabei zeigt sich eine deutliche Beziehung zwischen Unternehmensgröße und Bedeutung der Externalisierung: Je größer das Unternehmen, umso intensiver werden Arbeitsverhältnisse externalisiert. Ein bedeutender

31 Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, Nürnberg Januar 2017, S. 9.

32 Hertwig/Kirsch/Wirth, Werkverträge im Betrieb – Eine empirische Untersuchung, Düsseldorf Oktober 2015, S. 21.

33 Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., Bauwirtschaft im Zahlenbild, Ausgabe 2017, Berlin 2017.

34 Vgl. Rieble/Junker/Giesen, Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, München 2012.

35 Deinert, RdA 2014, 65, 75–77; vgl. auch Sydow/Helfen (Fn. 9).

36 Druck, Cadernos de Saúde Pública 2016, 1, 2; Souza/Lemos, Cadernos EBAPE.BR 2016, 1035, 1036; Delgado/Amorim, Os limites constitucionais da terceirização, São Paulo 2014, S. 15.

37 Druck, Cadernos de Saúde Pública 2016, 1, 3; Souza/Lemos, Cadernos EBAPE.BR 2016, 1035, 1043.

38 Druck, Cadernos de Saúde Pública 2016, 1, 5.

39 Souza/Lemos, Cadernos EBAPE.BR 2016, 1035, 1041.

40 Druck, Cadernos de Saúde Pública 2016, 1, 6.

41 Ermida Uriarte/Colotuzo (Fn. 14), S. 18. Ein Beispiel stellt die chilenische Textilindustrie dar: Näharbeiten wurden aus den Betrieben ausgelagert und auf Heimarbeiterinnen übertragen (vgl. Reinecke, Competition & Change 2010, 23–47; CENDA/IndustriaAll, Subcontratación en sectores industriales chilenos, 2013, abrufbar unter <http://www.industrial-union.org/es/subcontratacion-en-sectores-industriales-chilenos> [14.6.2017], S. 39 ff.).

42 Dirección del Trabajo, Encla 2011. Informe de Resultados Séptima Encuesta Laboral, Santiago de Chile 2011, S. 97.

43 Dirección del Trabajo, Encla 2014. Informe de Resultados Octava Encuesta Laboral, Santiago de Chile 2014, S. 69. Zu den möglichen Ursachen siehe unten IV.2.c)(2).

Anteil der Unternehmen, die Aufträge vergaben, taten dies in einem Kernbereich (in der Studie von 2014: 31 % der großen Unternehmen und 44,8 % der kleinen Unternehmen)⁴⁴. Besonders häufig tritt Outsourcing unter Unternehmen des Energiesektors, in der Finanzbranche, im Bergbau, der Gastronomie und der Landwirtschaft auf.⁴⁵ Als Beispiel: 2011 gab es 115.000 Beschäftigte in der Forstwirtschaft, von denen 2/3 bei Subunternehmen beschäftigt waren.⁴⁶ In den drei größten Unternehmen waren sogar 69 % der Beschäftigten bei Subunternehmen beschäftigt. Das drittgrößte Unternehmen Grupo Masisa beschäftigte direkt nur 65 Personen, setzte aber 1000 Personen über Auftragnehmerinnen ein.⁴⁷

III. Regulierungsansätze in Deutschland, Brasilien und Chile in ihrem Kontext

1. Deutschland: Frühe Regulierung der Leiharbeit, späte und punktuelle Regulierung des Outsourcing

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die pauschale Einbeziehung von Leiharbeit in die Arbeitsvermittlung mit dem Grundrecht auf freie Berufswahl (Art. 12 GG) als nicht vereinbar angesehen hatte,⁴⁸ und damit die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung auch für private Unternehmen öffnete, wuchsen die sozialen Missstände bei der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung bedrohlich an.⁴⁹ Um dem entgegenzutreten, wurde im Jahre 1972 das AÜG⁵⁰ erlassen. Kernbestandteil war von Beginn an die Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung und damit verbunden die staatliche Kontrolle.⁵¹ Durch den wechselnden Einsatz der Arbeitnehmerinnen⁵² auf verschiedenen Baustellen konnte die staatliche Kontrolle in der Baubranche illegale Arbeitnehmerüberlassung nicht effektiv bekämpfen.⁵³ Durch das Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz vom 22.12.1981⁵⁴ wurde daher § 12a aF. in das Arbeitsförderungsgesetz (AFG) vom 25.06.1969⁵⁵ eingeführt, der die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betrieben des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeiterinnen verrichtet werden, für unzulässig erklärte. Die Baubranche war jedoch weiterhin besonders anfällig für illegale Beschäftigungsmodelle, die auch durch staatliche Kontrollen nicht vollständig verhindert werden konnten. Mit dem Anstieg der Aufgabenverlagerung an Subunternehmen wurden

deshalb die Generalunternehmen mehr in die Pflicht genommen. Mit der Einführung des § 28e SGB IV durch das Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23.7.2002⁵⁶ wurde die Haftung der Hauptunternehmerinnen für die Zahlungsverpflichtungen für die Sozialversicherungsbeiträge ihrer Nachunternehmerinnen verankert. Dadurch sollten die Hauptunternehmerinnen dazu veranlasst werden, dafür zu sorgen, dass die Nachunternehmerin ihren sozialversicherungsrechtlichen Zahlungspflichten nachkommt. Ihre Machtposition, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Stärke, aber auch durch die Möglichkeit nicht nur Teile der Bauleistung zu erbringen entsteht, soll die Generalunternehmerin als Instrument zur Beachtung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten durch die Subunternehmen nutzen. Gleichzeitig soll die Haftung einen Ausgleich schaffen. Die Generalunternehmerin profitiert vom Einsatz von Subunternehmerinnen und erhöht zugleich die Gefährdungslage. Sie soll im Gegenzug in die Verantwortung genommen werden, dafür zu sorgen, dass ihre Vertragspartnerinnen rechtmäßig handeln.⁵⁷ Diese Haftung wird durch § 14 AEntG auch auf die sonstigen tariflichen Mindeststandards erstreckt.⁵⁸ Das AEntG war eine Reaktion auf den freien Dienstleistungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt und die damit einhergehenden grenzüberschreitenden Dienstleistungen. Nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB aF. galten die Arbeitsbedingungen – inklu-

44 Dirección del Trabajo, Encla 2014 (Fn. 43), S. 73.

45 Dirección del Trabajo, Encla 2014 (Fn. 43), S. 76.

46 Bergbau und Landwirtschaft stellen wichtige Sektoren für die chilenische Wirtschaft dar (so trägt die Forstwirtschaft 3,5 % zum BIP bei [CENDA/IndustriaAll (Fn. 41), S. 39 ff.]).

47 CENDA/IndustriaAll (Fn. 41), S. 21.

48 BVerfG, 4.4.1967 – 1 BvR 84/65 – BVerfGE 21, 261.

49 Bogs, BB 1971, 277, 280.

50 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz v. 7.8.1972, BGBl. I, S. 1393.

51 Vgl. Kock, in: Rolf's et al. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, München Stand: 1.6.2017 (im Folgenden: BeckOK ArbR), § 1 AÜG Rn. 8; Lembke/Ludwig, NJW 2014, 1329, 1330.

52 Die Verwendung des generischen Femininums soll an dieser Stelle nicht verschleiern, dass der Frauenanteil an den gewerblichen Beschäftigten nur 1,1 % beträgt.

53 BT-Drs. 9/846, S. 33.

54 BGBl. I, S. 1497.

55 BGBl. I, S. 582.

56 BGBl. I, S. 2787.

57 BT-Drs. 14/8221, S. 15 f.

58 BR-Drs. 542/08, S. 1.

sive Lohnzahlungen – des Entsendestaates. Dies konnte den ausländischen Dienstleistungsunternehmen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Mit der EG-Entsenderichtlinie 96/71 und dem AEntG sollte dieser Entwicklung durch Verankerung des Arbeitsortsprinzips gegengesteuert werden.⁵⁹ Mittlerweile verfolgen die Regelungen des AEntG auch das Ziel der Durchsetzung angemessener (Mindest-) Arbeitsbedingungen sowohl zugunsten grenzüberschreitend entsandter ausländischer, als auch zugunsten inländischer Beschäftigter.⁶⁰

Inzwischen sieht auch die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU zur Entsenderichtlinie in ihrem Art. 12 Abs. 2 eine Verpflichtung zur Schaffung einer Haftung in Unterauftragsketten, bezogen auf die direkte Unterauftragsnehmerin, vor. Weitergehende Maßnahmen sind nach Art. 12 Abs. 1, 4 möglich.

In Reaktion auf Kritik an der verstärkten – und zum Teil missbräuchlichen – Nutzung von Werkverträgen in Folge der Verschärfung des AÜG⁶¹ wurde letzteres im April 2017 erneut geändert.⁶²

Um den verbreiteten Missständen in der Fleischindustrie entgegenzutreten, wurde am 1. Juni 2017 das GSA Fleisch⁶³ verabschiedet. Dieses überträgt in § 3 Abs. 1 das System der Haftung der Hauptunternehmerin für Sozialversicherungsbeiträge aus § 28e Abs. 3a, Abs. 3b S. 1 SGB IV auf die Fleischwirtschaft.

2. Brasilien: Graduelle Liberalisierung

a) Bisherige Voraussetzungen der Externalisierung

Bereits seit 1943 existiert in Brasilien eine gesamtschuldnerische Haftung der Generalunternehmerin für die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen der Subunternehmen (Art. 455 der konsolidierten Arbeitsgesetze (CLT))⁶⁴ in der Baubranche. Von der Haftung ausgenommen sind Personen, die keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen, dh. bei Bauvorhaben zum Eigenbedarf.⁶⁵

In den 1970er Jahren wurden Gesetze verabschiedet, die im öffentlichen Sektor die Ausgliederung von Transport, Wartung und Reinigungstätigkeiten auf externe Unternehmen erlaubten;⁶⁶ später wurde die Vergabe von Aufträgen bei der Erfüllung von Sicherheitsaufgaben in Finanzinstituten und Banken geregelt (No. 7.102/83). Leiharbeit wurde nur bei Ausfall einer Arbeitnehmerin und Phasen hoher Arbeitsbelastung und für eine Frist von drei Monaten zugelassen (Gesetz No. 6.019/74). 1994 wurde

die Rechtslage durch das Oberste Arbeitsgericht in der Súmula No. 331⁶⁷ zusammengefasst. Sogenannte Súmulas stellen Zusammenfassungen des geltenden Rechts durch das Oberste Bundesgericht mit bindender Wirkung für nachfolgende Entscheidungen dar.⁶⁸

Danach gab es vier zulässige Kategorien des Outsourcing: Zeitarbeit, die die Anforderungen des Gesetzes 6.019/74 erfüllt (Súmula 331, I), Sicherheitsdienstleistungen durch Gesetz 7.102/83 geregelt (Súmula 331, III), Reinigungstätigkeiten (Súmula 331, III) und spezialisierte Dienstleistungen, die nicht den Kernbereich des auftraggebenden Unternehmens betreffen (Súmula 331, III). Das Arbeitsministerium legte daraufhin hinsichtlich der werkvertraglichen Auftragsvergabe in einer Weisung⁶⁹ fest, dass, um Aufgaben wirksam auf ein anderes Unternehmen zu übertragen, zwischen beiden beteiligten Unternehmen ein wirksamer Vertrag bestehen und beide Unternehmen wirtschaftlich leistungsfähig sein mussten. Weisungen gegenüber den Arbeitnehmerinnen durften nur von dem auftragnehmenden Unternehmen ausgehen; hier musste ein Über-/Unterordnungsverhältnis bestehen.

Die Unterscheidung zwischen für ein Unternehmen zentralen Tätigkeiten, die nicht an andere Unternehmen vergeben werden durften, und Randaktivitäten, die vergeben werden durften, warf Abgrenzungsprobleme auf und führte zu Rechtsunsicherheit.⁷⁰ Zentrale Tätigkeiten wur-

59 Mayer, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, (im Folgenden: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath), § 1 AEntG Rn. 2 f.

60 Schlachter, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017 (im Folgenden: ErfK), § 1 AEntG Rn. 1.

61 Lembke, NZA 2013, 1312, 1312.

62 Siehe nur Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 18/10064, S. 1 f.

63 Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft, BGBl. I S. 2541, 2572.

64 Consolidação das Leis do Trabalho.

65 Orientação Jurisprudencial nº 191 da Seção de Dissídios Individuais – I (SDI-1), Tribunal Supremo de Trabalho.

66 Decreto-Ley No. 200/67 (Art. 10) und das Gesetz No. 5.645/70.

67 Abrufbar unter http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html (14.6.2017).

68 Vgl. Bruno, Elec. J. Comp. L. 11 (2007), 1, 1 f.

69 Vom 3. August 1997.

70 Rodríguez-Diosdado, Revista de Direito Brasileira 2015, 216, 231; vgl. auch das aktuell vor dem Obersten Bundesgericht anhängige Verfahren ARE 713211 (Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra)).

den definiert als solche, die mit dem Zweck des Unternehmens verbunden sind, ohne die die unternehmerische Tätigkeit ihre Bedeutung verliert.

Die Súmula 331 legte darüber hinaus fest, dass das auftraggebende Unternehmen bei zulässiger Ausgliederung subsidiär haftet (»subsidiariamente«). Dies bedeutet, dass eine Arbeitnehmerin zunächst die Auftragnehmerin, bei der sie angestellt ist, in Anspruch nehmen muss und das auftraggebende Unternehmen erst bei dessen Ausfall haftet (Súmula No. 331, IV).⁷¹ Bei unzulässigem Einsatz von Fremdpersonal entsteht eine Arbeitgeberstellung der auftraggebenden Unternehmerin (Súmula No. 331, I). Dies betrifft Löhne und Sozialabgaben.

Es wird darüber gestritten, ob die Festlegung der subsidiären Haftung in der Súmula 331 bedeutet, dass auch für die Generalunternehmerhaftung in der Baubranche nun eine subsidiäre statt gesamtschuldnerischen Haftung gelten soll.⁷² In der Rechtsprechung wird aber weiterhin von einer gesamtschuldnerischen Haftung ausgegangen.⁷³

b) Das neue brasilianische Gesetz No. 13429/2017⁷⁴

Am 22. März dieses Jahrs hat das brasilianische Unterhaus einem Gesetzgebungsvorschlag zugestimmt, der von einigen als Paradigmenwechsel im brasilianischen Arbeitsrecht gesehen wird.⁷⁵ Die Verabschiedung des Gesetzes war von heftigen Protesten der Gewerkschaften und Bürgerinnen begleitet worden.⁷⁶

Die Historie des Gesetzgebungsprozesses ist lang und kompliziert: Ein erster Vorschlag stammt von 1998 (4302/1998)⁷⁷. Dieser hatte 2002 den Senat passiert, aber wurde dann blockiert. Ein weiterer Gesetzesvorschlag (4330/2004) aus dem Jahr 2004 blieb im Senat »stecken«. Im Zuge der Wirtschaftskrise im Jahr 2015 wurde zunehmend für eine Arbeitsmarktflexibilisierung geworben. Während die ehemalige Präsidentin Dilma Rousseff die Reformvorschläge noch abgelehnt hatte, unterstützte der nach ihrer Absetzung⁷⁸ nachfolgende Michel Temer die Pläne zur Flexibilisierung. Am 22. März 2017 wurde schließlich der von 1998 stammende Vorschlag mit Änderungen 19 Jahre später vom Unterhaus angenommen. Auf diesem Wege konnte der Senat, der die Verabschiedung des von 2004 stammenden Gesetzesvorschlags verzögert hatte, umgangen werden und das Gesetz am 31. März 2017 in Kraft treten. Die Rechtslage erscheint allerdings insofern wenig stabil, als eine erneute Gesetzesänderung in Form der Verabschiedung des Entwurfs von 2004 diskutiert

wird.⁷⁹ Zudem liegen bereits zwei Anträge⁸⁰ einer Partei sowie eines Berufsverbandes beim Obersten Bundesgericht (Supremo Tribunal Federal) vor, die darauf gerichtet sind, die Verfassungswidrigkeit des neuen Gesetzes feststellen zu lassen.

3. Chile: Die Regulierung der »subcontratación« als politischer Spielball

Bereits der chilenische Código del Trabajo aus dem Jahr 1931 führte eine subsidiäre Haftung des auftraggebenden Unternehmens für die Verpflichtungen der Auftragnehmerin gegenüber ihren Arbeitnehmerinnen ein.⁸¹

Das Gesetz No 16.757 aus dem Jahr 1968 unter der reformorientierten Regierung Eduardo Frei schränkte die Möglichkeit der Ausgliederung ein: Die Haupttätigkeiten eines Unternehmens oder regelmäßige Wartungsarbeiten durften nicht auf andere Unternehmen ausgegliedert werden, wobei Ausnahmen zugelassen wurden. Im Jahr 1979, dh. während der Militärdiktatur unter General Pinochet, wurden diese Beschränkungen durch den Erlass 2.759 aufgehoben. Die Rechtslage von 1931 wurde faktisch wiederhergestellt. Nach 1993, dh. nach Ende der Diktatur, wurden verschiedene Änderungen an den entsprechenden Normen vorgenommen, um den Schutz der Beschäftigten zu verbessern. Das

71 Kritisch dazu *Ermida Uriarte/Colotuzzo* (Fn. 14), S. 60, die meinen, dass nach dem brasilianischen Arbeitsrecht die Annahme einer gesamtschuldnerischen Haftung näher gelegen hätte.

72 *De Oliveira Cardoso*, *Beletim Juridico*, Dezember 2010, abrufbar unter: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588> (14.6.2017).

73 Vgl. die Übersicht bei *de Oliveira Cardoso* (Fn. 72).

74 Abrufbar unter http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm (14.6.2017).

75 ZB. *Trindade*, Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região (AMATRA4), <http://www.amatra4.org.br/publicacoes/artigos/1235-lei-13-429-de-2017-e-a-intermediacao-de-trabalho-no-brasil-perspectivas-politicas-e-hermeneuticas> (14.6.2017); *Pizzotti/Soares Mello*, Fausto Macedo v. 4.4.2017, abrufbar unter: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-no-13-4292017-e-o-futuro-da-terceirizacao-no-brasil/> (14.6.2017).

76 Business Standard India (Fn. 13); Agencia EFE (Fn. 13).

77 Abrufbar unter <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24MAR1998.pdf#page=30> (14.6.2017).

78 Vgl. zum Impeachment-Verfahren und der daran geübten Kritik *Novy*, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, Mai 2016, 21.

79 Vgl. *Pizzotti/Soares Mello*, Fausto Macedo v. 4.4.2017 (Fn. 75).

80 »Ações Diretas de Inconstitucionalidade«. Zur Antragsberechtigung siehe Art. 103 der Verfassung, abrufbar unter <http://english.tse.jus.br/arquivos/federal-constitution> (14.6.2017).

81 Art. 16, 256 und 257. Abrufbar unter <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/mc0023207.pdf> (14.6.2017).

Gesetz No. 20.123 von 2006 stellte schließlich eine umfassende Reform der früheren Regelungen dar. Der Entwurf war jahrelang im Kongress blockiert, wurde dann aber nach Demonstrationen der bei Subunternehmen beschäftigten Arbeitnehmerinnen im Bergbau und der Forstwirtschaft fast über Nacht verabschiedet.⁸² In den parlamentarischen Diskussionen wurde immer wieder auf das Problem der vorherrschenden Informalität unter den Beschäftigten bei Verleihunternehmen und auftragnehmenden Unternehmen verwiesen.⁸³ Die Regelung sollte auch maßgeblich dazu beitragen, die Formalisierung unter auftragnehmenden Unternehmen und Verleihunternehmen zu fördern und die Einhaltung von Mindeststandards zu verbessern.

Während die (Unter-)Auftragsvergabe in Chile schon lange bekannt war und sehr früh reguliert wurde, nahm die Verbreitung der Arbeitnehmerüberlassung erst in den letzten Jahrzehnten zu.⁸⁴ Durch das Gesetz von 2006 kam es erstmals zur Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung.

IV. Haftung für Lohnansprüche und Sozialversicherungsabgaben

1. Leiharbeit

a) Deutschland

Die Haftung eines Rechtssubjekts für die Verbindlichkeiten eines anderen Rechtssubjekts ist im deutschen Recht nur dann möglich, wenn es eine entsprechende Abrede gibt oder das Gesetz es vorschreibt. Gleiches gilt auch für den besonderen Fall der Haftung für »Personalkosten« und Sozialversicherungsabgaben.

Der Anspruch auf Lohnzahlungen einer Arbeitnehmerin ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag und ist entweder vertraglich ausdrücklich festgelegt oder stillschweigend vereinbart (vgl. § 612 BGB).⁸⁵ Das Schuldverhältnis zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin wirkt nur zwischen den Parteien.⁸⁶ Daher ist auch nur die Arbeitgeberin als Vertragspartnerin die alleinige Schuldnerin der Lohnforderung. Eine Haftung Dritter für diesen Anspruch besteht grundsätzlich nicht. Gleiches gilt für die Sozialversicherungsbeiträge. Die Schuldnerin der Gesamtsozialversicherungsbeiträge ist gem. § 28d SGB IV grundsätzlich nur die Arbeitgeberin.⁸⁷ Die Vorschriften über die Arbeitsförderung (§ 348 Abs. 2 SGB III), Krankenversicherung (§ 253 SGB V), Rentenversicherung (§ 174 Abs. 1 SGB VI)

und Pflegeversicherung (§ 60 Abs. 1 S. 2 SGB XI) verweisen jeweils auf den § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV. Daher haftet auch allein die Arbeitgeberin für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge mit ihrem ganzen Vermögen.⁸⁸ Von diesem Grundsatz gibt es jedoch auch Ausnahmen.

(1) Lohnansprüche

Eine wichtige Ausnahme besteht im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung. Dabei werden der Entleiherin Arbeitnehmerinnen der Verleiherin aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zur Verfügung gestellt. Die Entleiherin setzt sie nach ihren Vorstellungen und Zielen in ihrem Betrieb wie eigene Arbeitnehmerinnen ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb der Entleiherin eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach deren Weisungen, oder den Weisungen einer Repräsentantin aus (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 AÜG).⁸⁹ Die Verleiherin bleibt jedoch weiterhin die Arbeitgeberin der Leiharbeiterin.⁹⁰ Der Entleiherin stehen zwar Arbeitgeberrechte – insbesondere das Weisungsrecht – zu, sie ist aber nicht die Vertragspartnerin der Leiharbeiterin.⁹¹ Damit haftet die Verleiherin auch weiterhin für die Lohnforderungen der Arbeitnehmerin und die damit verbundenen Sozialversicherungsabgaben.

⁸² Echeverría Tortello (Fn. 4), S. 20.

⁸³ Vgl. zB. die Redebeiträge in Historia de la Ley No. 20.123, S. 305 f., abrufbar unter http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5747/HLD_5747_37a6259c0c1dae299a7866489dff0bd.pdf (14.6.2017).

⁸⁴ Im Jahr 1984 gab es in Chile nur drei Verleihunternehmen. 2006 waren es mehr als 150, die ca. 200.000 Personen vermittelten (Echeverría/Solis/Ugarte/Uribe-Echeverría, El Otro Trabajo, Cuaderno de Investigación 7, Dirección del Trabajo, abrufbar unter <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-62877.html> [14.6.2017]).

⁸⁵ So auch BAG, 25.5.2016 – 5 AZR 135/16 – NZA 2016, 1327, 1329; BAG, 29.6.2016 – 5 AZR 716/15 – NZA 2016, 1332, 1333.

⁸⁶ Vgl. allgemein zur Relativität der Schuldverhältnisse Ernst, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., München 2016 (im Folgenden: MüKoBGB), Bd. 2, Einl. Rn. 18 ff.

⁸⁷ Ausnahme: § 28m SGB IV; kassenindividueller Zusatzbeitrag gem. § 242 SGB V.

⁸⁸ Wagner, in: Rolfs et al. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, München Stand: 1.6.2017 (im Folgenden: BeckOK SozR), § 28e SGB IV Rn. 9; Roßbach, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Sozialrecht SGB, 5. Aufl., München 2017 (im Folgenden: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann), § 28e SGB IV Rn. 3.

⁸⁹ BAG, 3.12.1997 – 7 AZR 764/96 – BAGE 87, 186, 190; BAG, 6.8.2003 – 7 AZR 180/03 – AP Nr. 6 zu § 9 AÜG; BAG, 18.1.2012 – 7 AZR 723/10 – AP Nr. 10 zu § 9 AÜG.

⁹⁰ Hamann, in: Schüren (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl., München 2010 (im Folgenden: Schüren), § 1 AÜG Rn. 71 ff.

⁹¹ BeckOK ArbR-Kock (Fn. 51), § 1 AÜG Rn. 7; Koch, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl., München 2015, § 120 Rn. 65; Schüren-Hamann (Fn. 90), § 1 AÜG Rn. 81;

Verstößt die Entleiherin jedoch gegen die gesetzlichen Regelungen, insbesondere die Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG und die Offenlegungspflicht gem. § 1 Abs. 1 S. 5 und S. 6 AÜG, oder überlässt sie die Arbeitnehmerin länger als die in § 1 Abs. 1b AÜG festgelegte Überlassungshöchstdauer, ist der Vertrag zwischen der Verleiherin und der Arbeitnehmerin gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b AÜG unwirksam. Nach § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG gilt dann die Entleiherin als Arbeitgeberin der Leiharbeiterin und haftet dementsprechend für den Lohn.

Wird das gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b AÜG unwirksame Leiharbeitsverhältnis dennoch vollzogen, entsteht zwischen der Verleiherin und der Arbeitnehmerin ein fehlerhaftes (»faktisches«) Leiharbeitsverhältnis,⁹² woraus sich die gleichen gegenseitigen Leistungspflichten wie in einem vollwirksamen Arbeitsverhältnis ergeben.⁹³ Demnach erlangt die Leiharbeiterin auf Grund des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses einen durchsetzbaren Anspruch auf die Arbeitsvergütung gegen die Verleiherin. In der Folge sind Verleiherin und Entleiherin deshalb Gesamtschuldnerinnen hinsichtlich der Lohnforderungen der Arbeitnehmerin.⁹⁴ Der BGH lehnt diese Auffassung unter Verweis auf § 10 Abs. 2 und 3 AÜG ab.⁹⁵

(2) Sozialversicherungsabgaben

Die Haftung für die Sozialversicherungsabgaben ist in § 28e Abs. 2 SGB IV geregelt. Die Vorschrift unterscheidet zwischen der legalen und illegalen Arbeitnehmerüberlassung und legt unterschiedliche Rechtsfolgen fest. Für die Einordnung sind die Regelungen des AÜG maßgeblich.⁹⁶

Nach § 28e Abs. 2 S. 1 SGB IV haftet die Entleiherin bei der legalen Arbeitnehmerüberlassung wie eine selbstschuldnerische Bürgin für die Erfüllung der Zahlungspflicht der Arbeitgeberin, soweit ihr Arbeitnehmerinnen gegen Vergütung zur Arbeitsleistung überlassen worden sind. Die selbstschuldnerische Bürgenhaftung bedeutet, dass die Bürgin die ihr an sich nach § 771 BGB zustehende Einrede der Vorausklage nicht mehr inne hat, und die Gläubigerin ohne weiteres die Bürgin in Anspruch nehmen kann.⁹⁷ Aufgrund der akzessorischen Haftung der Bürgin ist jedoch immer das Bestehen der Hauptschuld festzustellen und sind insbesondere tarifliche Ausschlussfristen zu beachten.⁹⁸ Die selbstschuldnerische Bürgenschaft unterscheidet sich von der Gesamtschuld dadurch, dass weiterhin die strenge Akzessorität der Bürgenhaftung besteht, und dadurch der Bürgin weiterhin die Vorschriften der

§§ 767, 768, 770, 774 BGB zugutekommen.⁹⁹ Besteht die Hauptschuld jedoch, wirkt die Regelung im Ergebnis wie eine Gesamtschuld, weil die Arbeitnehmerin faktisch die Wahl hat, ob sie für noch nicht erfüllte Mindestlohnansprüche die Arbeitgeberin, oder deren Auftraggeberin in Anspruch nimmt.¹⁰⁰

Nach S. 2 kann die Entleiherin die Zahlung jedoch verweigern, solange die Einzugsstelle die Arbeitgeberin nicht gemahnt hat und die Mahnfrist nicht abgelaufen ist. Die Entleiherin trifft also nur eine subsidiäre Haftung für die nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge.¹⁰¹ Dogmatisch handelt es sich bei dieser Haftung um eine Quasi-Bürgenhaftung.¹⁰² Ein Vergleich der Vorschrift mit § 28e Abs. 3b SGB IV zeigt, dass die Haftung verschuldensunabhängig ist.¹⁰³ Die Haftung der Entleiherin ist auf den Zeitraum beschränkt, für den ihr die Arbeitnehmerin gegen Vergütung zur Arbeitsleistung überlassen worden ist.¹⁰⁴ Die Haftung der Entleiherin für die Sozialversicherungsbeiträge geht im Ergebnis weiter als die für die Lohnzahlungen.

Bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung gilt das Entleihunternehmen als Arbeitgeberin und haftet folglich für die Sozialversicherungsabgaben nach § 28e Abs. 1 SGB IV.¹⁰⁵ Zahlt die Verleiherin jedoch, zB. aus Unwissenheit über die Rechtsfolgen des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG, weiterhin das vereinbarte Arbeitsentgelt oder Teile des Arbeitsentgelts

92 ErfK-Wank (Fn. 60), § 9 AÜG Rn. 5; Schüren-Schüren (Fn. 90), Einl. Rn. 790.

93 ErfK-Preis (Fn. 60), § 611 BGB Rn. 147; Schüren-Schüren (Fn. 90), Einl. Rn. 790.

94 Schüren-Schüren (Fn. 90), Einl. Rn. 793.

95 BGH, 18.7.2000 – X ZR 62/98 – NJW 2000, 3492, 3495.

96 Vgl. Wehrhahn, in: Körner/Leitherer/Mutschler (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 94. EL, München, Mai 2017 (im Folgenden: KassKomm), § 28e SGB IV Rn. 19.

97 MüKoBGB-Habersack (Fn. 86), Bd. 6, § 765 Rn. 123.

98 BeckOK ArbR-Gussen (Fn. 51), § 14 AEntG Rn. 8; BAG, 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 – NZA 2005, 627, 629; Deckers, NZA 2008, 321; ErfK-Schlachter (Fn. 60), § 14 AEntG Rn. 6.

99 Vgl. nur BGH, 8.12.2009 – XI ZR 181/08 – NJW 2010, 1284, 1285; MüKoBGB-Habersack (Fn. 86), Bd. 6, § 773 Rn. 2.

100 BeckOK ArbR-Gussen (Fn. 51), § 14 AEntG Rn. 4.

101 Schüren-Schüren (Fn. 90), Einl. Rn. 727.

102 Schlegel, in: Röller (Hrsg.), Küttner Personalbuch, 24. Aufl., München 2017 (im Folgenden: Küttner, Personalbuch), Arbeitgeberhaftung Rn. 25.

103 BeckOK SozR-Wagner (Fn. 88), § 28e SGB IV Rn. 10; Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann-Rofsbach (Fn. 88), § 28e SGB IV Rn. 8.

104 So auch BeckOK SozR-Wagner (Fn. 88), § 28e SGB IV Rn. 10.

105 BeckOK SozR-Wagner (Fn. 88), § 28e SGB IV Rn. 11.

an die Leiharbeiterin, hat sie nach § 28e Abs. 2 S. 3 SGB IV den darauf entfallenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen. Nach § 28e Abs. 2 S. 4 SGB IV gelten in diesem Fall sowohl die Ver- als auch die Entleiherin als Arbeitgeberinnen und haften als Gesamtschuldnerinnen.¹⁰⁶ Nach den §§ 421 bis 426 BGB kann die Einzugsstelle damit die Leistung nach ihrem Belieben von jeder der Schuldnerinnen ganz oder zu einem Teil fordern und beide bleiben bis zur Bewirkung der ganzen Leistung verpflichtet. Ein Leistungsverweigerungsrecht einer der Schuldnerinnen wie bei § 28e Abs. 2 S. 2 SGB IV besteht nicht.¹⁰⁷ Damit setzt die Vorschrift die Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG fort.¹⁰⁸

Eine vergleichbare Regelung gibt es mit § 10 Abs. 3 auch im AÜG selbst. Geregelt ist derselbe Fall wie bei § 28e Abs. 2 S. 3 SGB IV – also die Zahlung des vereinbarten Arbeitsentgelts oder Teile des Arbeitsentgelts an die Leiharbeiterin durch die Verleiherin trotz Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zwischen ihr und der Leiharbeiterin. Der § 10 Abs. 3 AÜG fingiert dann ebenfalls eine erneute Arbeitgeberstellung der Verleiherin neben der Entleiherin und ordnet gleichzeitig eine gesamtschuldnerische Haftung an. Die Haftung der Verleiherin ist dabei weder verschuldens- noch kenntnisabhängig.¹⁰⁹ Eine Zahlung iSd. § 10 Abs. 3 AÜG liegt vor, wenn die Verleiherin eine Leistung an die Leiharbeiterin erbringt.¹¹⁰ Ein bloßes Auftreten der Verleiherin als Arbeitgeberin wird dafür nicht genügen.¹¹¹ Die Haftung betrifft vor allem Entgeltnebenkosten. Dazu zählt auch die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen. Diesbezüglich hat die Vorschrift aber lediglich klarstellende Funktion, da sich dies bereits aus § 28e Abs. 2 SGB IV ergibt. Darüber hinaus sind aber auch sonstige Zahlungen an Dritte, wie die Auszahlung von Lohnpfändungen, vermögenswirksamer Leistungen oder an das bAV-Versorgungswerk erfasst.¹¹²

Sowohl im Falle des § 10 Abs. 3 AÜG, als auch im Falle des § 28e Abs. 2 S. 3 und 4 SGB IV kommt es also zu einer Fiktion der Arbeitgeberstellung der Verleiherin. Es wird demnach eine Person verpflichtet, die nicht (mehr) Vertragspartnerin ist, und die mit der Vertragspartnerin gesamtschuldnerisch haftet.

b) Brasilien

Das im März in Kraft getretene Gesetz stellt eine modifizierte Fassung des früheren Gesetzes 6.019/74 dar, das die

Leiharbeit regelte. Definiert wird die Leiharbeit als Arbeit, die »von einer natürlichen Person erbracht wird, die bei einer Zeitarbeitsfirma beschäftigt ist, und von dieser einem Entleihunternehmen zur Verfügung gestellt wird, um den Bedarf nach vorübergehendem Ersatz dauerhafter Beschäftigter oder einem zusätzlichen Bedarf nach Arbeitskräften zu begegnen.«¹¹³

(1) Voraussetzungen der Leiharbeit

Eine Reihe der bisherigen Regelungen der Leiharbeit werden durch das neue Gesetz geändert. Dabei ist eine Tendenz zur Liberalisierung erkennbar: Die Möglichkeit zur Leiharbeit wird auf einen Zeitraum von bis zu 180 Tagen ausgeweitet; eine Verlängerung um 90 Tage ist möglich, wenn der Grund für die Leiharbeit weiter besteht. Zuvor war Leiharbeit nur bis zu maximal 3 Monaten möglich, wenn keine Ausnahmegenehmigung vorlag. Eine Weiterbeschäftigung derselben Arbeitnehmerin ist nur nach einer Pause von weiteren 90 Tagen möglich. Wie bereits zuvor ist Leiharbeit nur möglich, wenn ein vorübergehender Bedarf besteht, eigene Beschäftigte zu ersetzen oder ein vorübergehender Bedarf nach zusätzlichen Arbeitskräften. Letzteres liegt dann vor, wenn der Bedarf aufgrund unvorhersehbarer Umstände eingetreten ist oder, im Falle vorhersehbarer Umstände, wenn diese nur vorübergehend oder saisonal eintreten. Die Formulierung »vorübergehender Bedarf nach zusätzlichen Arbeitskräften« mildert dabei den früheren Begriff »außergewöhnliche Zunahme an Dienstleistungen«¹¹⁴ ab. Es ist mit bestimmten Ausnahmen verboten, streikende Beschäftigte zu ersetzen.

106 BSG, 18.3.1987 – 9b RU 16/85 – NZA 1987, 500, 501; Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann-Roßbach (Fn. 88), § 28e SGB IV Rn. 9.

107 Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann-Roßbach (Fn. 88), § 28e SGB IV Rn. 9.

108 KassKomm/Wehrhahn (Fn. 96), § 28e SGB IV Rn. 22.

109 BeckOK ArbR-Motz (Fn. 51), § 10 AÜG Rn. 28; Mengel, in: Thüsing (Hrsg.), AÜG, 3. Aufl., München 2012 (im Folgenden: Thüsing, AÜG), § 10 Rn. 64.

110 BeckOK ArbR-Motz (Fn. 51), § 10 AÜG Rn. 28.

111 BeckOK ArbR-Motz (Fn. 51), § 10 AÜG Rn. 28; ErfK-Wank (Fn. 60), § 10 AÜG Rn. 26; Thüsing, AÜG-Mengel (Fn. 109), § 10 Rn. 63; aA. Schüren-Schüren (Fn. 90), Einl. Rn. 222 ff.

112 BeckOK ArbR-Kock (Fn. 51), § 10 AÜG Rn. 50.

113 »Aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços«.

114 »Acréscimo extraordinário de serviços«.

Art. 9, § 3 erklärt die Leiharbeit auch im Kernbereich des Unternehmens für zulässig. Dies war allerdings bereits zuvor nach allgemeiner Ansicht zulässig¹¹⁵ und ergibt sich bereits daraus, dass es als zulässig betrachtet wurde, (jegliche) Arbeitnehmerinnen unter bestimmten Voraussetzungen durch Leiharbeiterinnen zu ersetzen.

(2) Arbeitgeberverantwortung

Art. 16 sieht wie bereits zuvor eine gesamtschuldnerische Haftung von Ent- und Verleiherin für Lohn und Sozialversicherungsabgaben im Falle der Insolvenz der Verleiherin vor.

Werden die Höchstüberlassungsgrenzen missachtet, so führt dies zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleihunternehmen und Arbeitnehmerin.

Art. 10, § 7 sieht eine subsidiäre Haftung des Entleihunternehmens für die Lohnzahlung während des Zeitraums des Einsatzes der Arbeitnehmerinnen im Entleihunternehmen vor. Nach Art. 9, § 2 ist das Entleihunternehmen verpflichtet, die medizinische Versorgung und Mahlzeiten, die es seiner Stammebelegschaft zur Verfügung stellt, auch den Leiharbeiterinnen anzubieten.

Für die Zahlung von Sozialversicherungsabgaben verweist Art. 10, § 7 auf Art. 31 des Gesetzes No. 8.212 vom 24. Juli 1991. Danach soll das Entleihunternehmen jeweils 11 % des Bruttowertes des von ihm geschuldeten Honorars bis zum 20. des nachfolgenden Monats zurückbehalten.

c) Chile

Das Gesetz No. 20.123 von 2006 enthielt erstmals eine Regelung der Leiharbeit. Die dauerhafte Leiharbeit wurde verboten und allein vorübergehende Zurverfügungstellung von Personal wurde zugelassen. Mit der Regelung sollte auch eine Formalisierung der tatsächlich stattfindenden Leiharbeit erreicht werden.¹¹⁶

(1) Voraussetzungen der Leiharbeit

Die Leiharbeiterin bleibt Arbeitnehmerin des Verleihunternehmens, aber das Entleihunternehmen darf ihr Weisungen erteilen, solange diese sich im Rahmen der Tätigkeit bewegen, zu deren Erfüllung die Überlassung erfolgt (Art. 183-X).

Die 2006 eingeführten Art. 183-Ñ und O des Código del Trabajo sehen vor, dass die Leiharbeit nur unter gewissen Umständen zulässig ist und nur für bestimmte Fristen. Zulässige Voraussetzungen sind etwa der vorübergehende

Ausfall von Beschäftigten aufgrund von Krankheit, Mutterschutz oder Urlaub. Die maximale Frist für die Leiharbeit entspricht der Zeit der Abwesenheit der Beschäftigten. Andere Fälle, in denen Leiharbeit zulässig ist, sind außergewöhnliche Umstände (Organisation von Konferenzen, Kongressen etc.). Hier besteht eine Frist von 90 Tagen. Daneben ist Leiharbeit zulässig im Fall neuer Projekte (Frist von 180 Tagen), der Anfangszeit eines Unternehmens (180 Tage), eines vorübergehend erhöhten Arbeitsanfalls (90 Tage) und dringender Tätigkeiten (keine bestimmte Frist).

Leiharbeit ist verboten in folgenden Fällen: Tätigkeiten, die die Befugnis zur Vertretung des Entleihunternehmens voraussetzen, Ersatz von Beschäftigten, die sich in legalem Streik befinden, Zurverfügungstellung von Beschäftigten eines Leihunternehmens an ein anderes Leihunternehmen (Art. 183-P).

(2) Arbeitgeberverantwortung

Bei Missachtung der durch das Gesetz vorgegebenen Grenzen zulässiger Leiharbeit wird ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleihunternehmen fingiert (Art. 183-U). Bei Überschreiten der Fristen zulässiger Leiharbeit entsteht rückwirkend ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmerin und Entleihunternehmen (Art. 183-T).

Das Entleihunternehmen ist subsidiär für die Verpflichtungen des Verleihunternehmens gegenüber den entliehenen Arbeitskräften verantwortlich (Art. 183-AB Abs. 1). Dabei geht es um die Verpflichtung zur Lohnzahlung sowie zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen. Anders als im Falle des Einsatzes von Subunternehmen bestehen hier keine Informations- und Kontrollrechte des Entleihunternehmens. Die dogmatische Einordnung der subsidiären Haftung ist in der chilenischen Rechtswissenschaft und Praxis umstritten.¹¹⁷ Das Vorgehen gegen das auftraggebende Unternehmen ist jedoch dann erst möglich, wenn eine Vollstreckung gegen das Subunternehmen erfolglos geblieben ist.¹¹⁸

¹¹⁵ *Sousa Pinto*, JUS.COM.BR, April 2017, abrufbar unter: <https://jus.com.br/artigos/57102/a-lei-da-terceirizacao-e-exemplo-de-legislacao-simbolica> (14.6.2017).

¹¹⁶ Ein Großteil der Leiharbeiterinnen besaß keinen schriftlichen Arbeitsvertrag und es wurden keine Sozialversicherungsabgaben abgeführt (Historia de la Ley No. 20.123 (Fn. 83), S. 20).

¹¹⁷ Vgl. *Romero Seguel*, Revista Chilena de Derecho 2000, 155.

¹¹⁸ Vgl. zu den Unklarheiten *Romero Seguel*, Revista Chilena de Derecho 2000, 155, 161 f.

d) Vergleichende Betrachtung

In Chile und Brasilien werden zur Verhinderung der Ersetzung der Stammebelegschaft durch Leiharbeiterinnen anders als in Deutschland zusätzlich zu festen Fristen auch Sachgründe benannt.

Die strukturelle Konzeption der Leiharbeit ist in allen drei Ländern gleich: Die Verleiherin ist Arbeitgeberin der Leiharbeiterin, auch wenn der Entleiherin ein Weisungsrecht zukommt. Erst im Fall der illegalen Arbeitnehmerüberlassung wird zum Schutz der Leiharbeiterinnen und zur Durchsetzung der gesetzlich vorgegebenen Grenzen in allen drei Ländern eine Arbeitgeberstellung der Entleiherin fingiert. In Deutschland wird hinsichtlich der Sozialversicherungsabgaben und zum Teil hinsichtlich des Lohns zudem eine weiter bestehende Verpflichtung der Verleiherin angenommen, wenn trotz des unwirksamen Arbeitsverhältnisses weiter Lohn gezahlt wird.¹¹⁹

Aber auch im Fall der zulässigen Arbeitnehmerüberlassung kommen der Entleiherin neben dem Weisungsrecht auch arbeitgeberähnliche Pflichten zu: Sowohl in Chile als auch in Brasilien besteht eine verschuldensunabhängige subsidiäre Haftung der Entleiherin für die von der Verleiherin geschuldeten Lohnzahlungen während der Zeit der Beschäftigung der Leiharbeiterinnen in ihrem Betrieb. In Deutschland haftet die Entleiherin bei Einhaltung der Vorschriften hingegen nicht für die Lohnzahlungen. Allerdings besteht eine selbstschuldnerische Quasi-Bürgenhaftung für die Sozialversicherungsabgaben, die kein Verschulden voraussetzt. Diese ist subsidiär in dem Sinne, dass das Entleihunternehmen zunächst erfolglos gemahnt worden sein muss.

2. Werk-/dienstvertragliche Auftragsvergabe

a) Deutschland

(1) Lohnansprüche

Nach § 14 AEntG haftet eine Unternehmerin, die eine andere Unternehmerin mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, für die Verpflichtungen dieser Unternehmerin, einer Nachunternehmerin oder einer von der Unternehmerin oder einer Nachunternehmerin beauftragten Verleiherin zur Zahlung des Mindestentgelts an Arbeitnehmerinnen wie eine Bürgin, die auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.¹²⁰

Nach S. 2 umfasst das Mindestentgelt nur das Nettoentgelt. Damit sind zB. die Sozialversicherungsbeiträge

nicht von der Haftung erfasst. Die Haftung beginnt, wenn ein Unternehmen den Auftrag erteilt hat und die nach dem AEntG geschaffenen Mindestnormen nicht eingehalten werden¹²¹ und ist verschuldensunabhängig.¹²² Die Generalunternehmerin soll deshalb für die Lohnforderungen haften, weil ihr der wirtschaftliche Vorteil der Beauftragung der Nachunternehmerin zugute kommt. Diese erfüllt nämlich eine Verbindlichkeit der Generalunternehmerin und wird für diese tätig.¹²³

Ziel der Regelung ist es daneben, dass die Unternehmerin veranlasst wird, verstärkt darauf zu achten, dass ihre Subunternehmerinnen die nach dem AEntG zwingenden Arbeitsbedingungen einhalten.¹²⁴ Damit soll sie die wirksame Durchsetzung des AEntG bewirken und Schwarzarbeit verhindern, sowie die Generalunternehmerinnen verstärkt dazu zu bringen, dass sie Aufträge an zuverlässige kleine und mittlere Unternehmen vergeben, von denen sie wissen, dass sie die gesetzlichen Bestimmungen einhalten.¹²⁵

Der Begriff »Unternehmer« ist an § 14 BGB angelegt, wird jedoch vom BAG eng ausgelegt (»eingeschränkter Unternehmerbegriff«).¹²⁶ Daher ist die reine Bauherrin als Unternehmerin iSd. § 14 BGB nicht erfasst, wenn sie allein für eigene Zwecke Bauleistungen in Auftrag gibt.¹²⁷ Hinsichtlich der Vorgängernorm des § 14 AEntG, die sich nur auf Bauleistungen bezog, entschied das BAG, dass der Begriff des »Unternehmers« sich lediglich auf die Generalunternehmerin bezog, also auf ein Unternehmen, das ande-

119 S. oben 1.a)(1) und (2).

120 Zur Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 12 GG vgl. BAG, 28.3.2007 – 10 AZR 76/06 – NZA 2007, 613, 614; BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609, 610 ff.; Zur Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 AEUV vgl. BAG, 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 – NZA 2005, 627, 634.

121 BeckOK ArbR-Gussen (Fn. 51), § 14 AEntG Rn. 7.

122 Vgl. nur BAG, 6.11.2002 – 5 AZR 617/01 (A) – NZA 2003, 490, 494; BeckOK ArbR-Gussen (Fn. 51), § 14 AEntG Rn. 1; ErfK-Schlachter (Fn. 60), § 14 AEntG Rn. 1.

123 BAG, 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 – NZA 2005, 627, 633.

124 BT-Drs. 14/45, S. 17; ErfK-Schlachter (Fn. 60), § 14 AEntG Rn. 1; Rieble/Lessner, ZfA 2002, 29, 32.

125 Plenarprotokoll 14/14, S. 868 D zu AEntG aF.; vgl. auch BAG, 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 – NZA 2005, 627, 630; BAG, 28.3.2007 – 10 AZR 76/06 – NZA 2007, 613, 613 f.

126 BAG, 6.11.2002 – 5 AZR 617/01 (A) – NZA 2003, 490, 493.

127 BAG, 16.5.2012 – 10 AZR 190/11 – NZA 2012, 980, 981 f.; BAG, 28.3.2007 – 10 AZR 76/06 – NZA 2007, 613, 614; BAG, 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 – NZA 2005, 627, 630; BAG, 6.11.2002 – 5 AZR 617/01 (A) – NZA 2003, 490, 493; BeckOK ArbR-Gussen (Fn. 51), § 14 AEntG Rn. 5a; ErfK-Schlachter (Fn. 60), § 14 AEntG Rn. 3.

re Unternehmen zur Erfüllung seiner Aufträge einsetzt.¹²⁸ Nachdem vom AEntG nun alle Branchen erfasst werden, ist umstritten, ob die einschränkende Auslegung des Unternehmerbegriffs auf andere Bereiche zu übertragen ist, ob es sich also weiterhin um eine Generalunternehmerhaftung und nicht vielmehr um eine Auftraggeberhaftung handelt.¹²⁹ In vielen Branchen hat nämlich die für den Bausektor typische Generalunternehmerkonstellation keine Bedeutung.¹³⁰

Subunternehmerinnen, die ihrerseits Nachunternehmerinnen beauftragen, fallen unter die Vorschrift.¹³¹ Die Haftung der Generalunternehmerin erstreckt sich nicht nur auf die Subunternehmen, sondern auch auf weitere Nachunternehmerinnen, für die aber auch das Subunternehmen haftet (Haftung in der »Nachunternehmerkette«).¹³²

Nach § 13 MiLoG, der auf den § 14 AEntG verweist, wird die Haftung auch auf den gesetzlichen Mindestlohn nach § 1 Abs. 1 MiLoG erweitert. Die Auftraggeberin haftet demnach auch für den Fall, dass ein Sub- oder Nachunternehmen seinen Arbeitnehmerinnen nicht den Mindestlohn zahlt.¹³³ Die Ausdehnung der Haftung dient dazu, die tatsächliche Wirksamkeit des Mindestlohns verstärken.¹³⁴ Auch diese Haftung erstreckt sich parallel zu § 14 AEntG auf die gesamte Nachunternehmerkette.¹³⁵ Sehr umstritten ist auch hier, ob die vom BAG in Bezug auf die Auftraggeberhaftung des AEntG vorgenommene Einschränkung des Unternehmerbegriffs zu übertragen ist.¹³⁶

Gegen eine Beschränkung des Unternehmerbegriffs auf Generalunternehmerinnen auch außerhalb der Baubranche und in § 13 MiLoG spricht neben dem Wortlaut des § 14 AEntG, der eine solche Einschränkung nicht erkennen lässt, dass die Regelung dann vielfach leerlaufen würde, weil Generalunternehmerkonstellationen in anderen Branchen nicht auftreten. Das Problem der Externalisierung von Risiken mag zwar in Generalunternehmerkonstellationen besonders bedeutsam sein – die Auftragsvergabe an wirtschaftlich unterlegene Subunternehmerinnen bei gleichzeitigem Versuch, möglichst günstige Preise zu erreichen, birgt aber gleichfalls Missbrauchsfahren.¹³⁷ Es erscheint daher zutreffend, von einer Auftraggeberhaftung auszugehen. Damit aber nicht jede Form der Auftragsvergabe erfasst wird, wird ein besonderer Verantwortungszusammenhang zwischen Auftraggeberin und betroffener Arbeitnehmerin verlangt.¹³⁸ Für die Abgrenzung soll es darauf ankommen, ob der Arbeits-

einsetz in unmittelbarem Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens¹³⁹ oder dem Unternehmenszweck¹⁴⁰ steht. Ein Kriterium ist dann, ob das Unternehmen in der Lage ist, die ausgegliederten Tätigkeiten selbst zu erledigen, ob also die entsprechende Qualifikation überhaupt vorhanden ist.¹⁴¹

(2) Sozialversicherungsabgaben

Die Haftung nach § 14 AEntG erstreckt sich zwar nicht auf die Sozialversicherungsabgaben, dies regelt jedoch § 28e Abs. 3a S. 1 SGB IV. Danach haftet eine Unternehmerin des Baugewerbes, die eine andere Unternehmerin mit der Erbringung von Bauleistungen im Sinne des § 101 Abs. 2 SGB III beauftragt, für die Erfüllung der Zahlungspflicht dieser Unternehmerin oder einer von dieser Unternehmerin beauftragten Verleiherin wie eine selbstschuldnerischer Bürgin (sog. Generalunternehmerhaftung). Damit ordnet die Vor-

128 BAG, 16.5.2012 – 10 AZR 190/11 – NZA 2012, 980; BAG, 28.3.2007 – 10 AZR 76/06 – NZA 2007, 613, 614; BAG, 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 – NZA 2005, 627, 630.

129 Gegen eine Einschränkung *Lakies* in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 14 AEntG Rn. 16; Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-Fechtner (Fn. 59), § 13 MiLoG Rn. 8; ErfK-Franzen (Fn. 60), § 13 MiLoG Rn. 2; für eine Generalunternehmerhaftung *Bayreuther*, NZA 2015, 961, 962; BeckOK ArbR-Gussen (Fn. 51), § 14 AEntG Rn. 4; *Sittard*, RdA 2015, 99, 107.

130 *Reinfelder*, in: Düwell/Schubert (Hrsg.), Mindestlohngesetz, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, § 13 Rn. 12 (im Folgenden: Düwell/Schubert).

131 BeckOK ArbR-Gussen (Fn. 51), § 14 AEntG Rn. 4.

132 BAG, 6.11.2002 – 5 AZR 617/01 (A) – NZA 2003, 490, 496; BAG, 17.8.2011 – 5 AZR 490/10 – NZA 2012, 563, 565; BeckOK ArbR-Gussen (Fn. 51), § 14 AEntG Rn. 10; ErfK-Schlachter (Fn. 60), § 14 AEntG Rn. 4.

133 ErfK-Franzen (Fn. 60), § 13 MiLoG Rn. 1.

134 BT-Drs. 18/1558, S. 40.

135 ErfK-Franzen (Fn. 60), § 13 MiLoG Rn. 1; Allgemein zur Übertragbarkeit der Haftung nach § 14 AEntG auf § 13 MiLoG vgl. BT-Drs. 18/2010, S. 23.

136 Für eine Auftraggeberhaftung Düwell/Schubert-Reinfelder (Fn. 130), § 13 MiLoG Rn. 12; Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-Fechtner (Fn. 59), § 13 MiLoG Rn. 8; ErfK-Franzen (Fn. 60), § 13 MiLoG Rn. 2; für eine Generalunternehmerhaftung *Bayreuther*, NZA 2015, 961, 962; vgl. auch Stellungnahme des BMAS: http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/2015/bestandsaufnahme-mindestlohn.pdf?__blob=publicationFile (1.8.2017); BeckOK ArbR-Gussen (Fn. 51), § 14 AEntG § 14 Rn. 4; *Sittard*, RdA 2015, 99, 107; *Insam/Hinrichs/Tacou*, NZA-RR 2014, 569.

137 So auch Düwell/Schubert-Reinfelder (Fn. 136), § 13 MiLoG Rn. 12

138 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-Fechtner (Fn. 59), § 13 MiLoG Rn. 8; Düwell/Schubert-Reinfelder (Fn. 136), § 13 MiLoG Rn. 13; *Heuschmid/Hlava* NJW 2015, 1719, 1720; in Anknüpfung an BVerfG 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05, NZA 2007, 609 Rn. 54.

139 Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath-Fechtner (Fn. 59), § 13 MiLoG Rn. 8; *Heuschmid/Hlava* NJW 2015, 1719, 1720.

140 Düwell/Schubert-Reinfelder (Fn. 136), § 13 MiLoG Rn. 14.

141 Düwell/Schubert-Reinfelder (Fn. 136), § 13 MiLoG Rn. 13 f.

schrift wie § 28e Abs. 2 SGB IV eine Quasi-Bürgenhaftung an.¹⁴² Der Generalunternehmerin steht ebenfalls das Leistungsverweigerungsrecht des § 28e Abs. 2 S. 2 SGB IV zu. Ziel der Regelung ist es, die Bauunternehmerinnen zu veranlassen, »bei der Auswahl ihrer Nachunternehmer zu prüfen, ob diese sich illegaler Praktiken bedienen, anstatt wie bisher oftmals trotz eindeutiger Indizien für das Vorliegen von illegaler Beschäftigung, zB. unrealistischer Preiskalkulation, die Augen zu verschließen.«¹⁴³ Dadurch soll die Hauptunternehmerin veranlasst werden, »dafür zu sorgen, dass der Nachunternehmer seinen sozialversicherungsrechtlichen Zahlungspflichten nachkommt.«¹⁴⁴ Damit schlägt die Regelung in dieselbe Kerbe wie § 14 AEntG. Die Zahlungspflicht entsteht – wie im Falle des Arbeitslohns – nur für ein anderes Unternehmen, jedoch nicht, wenn die Bauherrin Letztbestellerin des Werkes ist.¹⁴⁵ In § 3 Abs. 1 GSA Fleisch werden die entsprechenden Vorschriften des § 28e SGB IV auf die Fleischwirtschaft übertragen. Danach haftet eine Unternehmerin der Fleischwirtschaft, die eine andere Unternehmerin mit Tätigkeiten des Schlachtens oder der Fleischverarbeitung iSd. § 6 Abs. 10 S. 2 bis 4 des AEntG beauftragt, für die Sozialversicherungsbeiträge wie eine selbstschuldnerische Bürgin.

Anders als § 14 AEntG ist die Haftung nach § 28e Abs. 3a S. 1 SGB IV verschuldensabhängig, wie § 28e Abs. 3b SGB IV zeigt. Danach entfällt sie, wenn die Unternehmerin nachweist, dass sie ohne eigenes Verschulden davon ausgehen konnte, dass die Nachunternehmerin oder eine von ihr beauftragte Verleiherin ihre Zahlungspflicht erfüllt. Ein Verschulden fehlt, wenn sie »bei der Auswahl des Nachunternehmers die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmannes angewandt« hat und zB. daraufhin geprüft hat, ob bei den Lohnkosten die Sozialversicherungsbeiträge mit einkalkuliert sind.¹⁴⁶ Bei der Hinzuziehung weiterer Nachunternehmerinnen verringern sich zwar die Möglichkeiten der Hauptunternehmerin, sie hat dennoch »alle Anstrengungen zu unternehmen, um die Erfüllung der weiteren Zahlungspflichten sicherzustellen« wie zB. die Nachunternehmerinnen nachweisbar zu verpflichten, ihrerseits die Erfüllung der Zahlungspflicht der weiteren Nachunternehmerinnen zu prüfen und sich entsprechende Nachweise stichprobenartig und regelmäßig vorlegen zu lassen.¹⁴⁷ Um sich zu exkulpieren hat die Generalunternehmerin zusätzlich die Möglichkeit nach § 28a Abs. 3a S. 2 und Abs. 3f S. 1 SGB IV.

Nach § 28e Abs. 3e S. 1 SGB IV kann sich die Generalunternehmerin ihrer Haftung auch dann nicht entziehen, wenn sie ein weiteres Unternehmen »zwischenschaltet«.

Die Vorschrift soll Umgehungsgeschäfte durch einen sog. Strohhalm verhindern.¹⁴⁸

Dieses Haftungssystem findet auch für die Beitragshaftung in der gesetzlichen Unfallversicherung entsprechende Anwendung.¹⁴⁹

Sonderregelungen gibt es jedoch auch in anderen Bereichen. Im Rahmen der Heimarbeit haftet die Auftraggeberin gem. § 21 Abs. 2 HAG für die in der Entgeltregelung festgelegten Entgelte neben einer Zwischenmeisterin, wenn sie an die Zwischenmeisterin ein Entgelt zahlt, von dem sie weiß oder den Umständen nach wissen muss, dass es zur Bezahlung der Beschäftigten nicht ausreicht, oder an eine Zwischenmeisterin zahlt, deren Unzuverlässigkeit sie kennt oder kennen muss. Für die Sozialversicherungsabgaben gibt es ebenfalls Sonderkonstellationen. Nach § 28e Abs. 2a SGB IV haftet die Betreiberin eines Bergwerks, mit dem Arbeiten räumlich und betrieblich zusammenhängen, für die Erfüllung der Zahlungspflicht, die sich für die Arbeitgeberin knappschaftlicher Arbeiten im Sinne von § 134 Abs. 4 SGB VI ergibt, wie eine selbstschuldnerische Bürgin. Nach § 28e Abs. 3 SGB IV haften Arbeitgeberin und Reederin für die Erfüllung der Zahlungspflicht der Arbeitgeberin von Seeleuten nach § 13 Abs. 1 S. 2 SGB IV als Gesamtschuldnerinnen.

b) Brasilien

(1) Auftragsvergabe nach dem neuen Gesetz

Das frühere Gesetz zur Leiharbeit 6.019/74 war beschränkt auf Leiharbeitsunternehmen. Der Anwendungsbereich des neuen Gesetzes ist weiter, weil erstmals Regelungen zu den arbeitsrechtlichen Folgen der Auftragsvergabe an andere Unternehmen enthalten sind.¹⁵⁰

(2) Voraussetzungen der Auftragsvergabe

Die Gesetzesänderung führt die Begriffe »empresa prestadora de serviços a terceiros« und »contratante« ein.

142 Küttner, Personalbuch-Schlegel (Fn. 102), Arbeitgeberhaftung Rn. 26.

143 BT-Drs. 14/8221, S. 11.

144 BT-Drs. 14/8221, S. 15.

145 Ebd.

146 Ebd.

147 Ebd.

148 KassKomm/Wehrhahn (Fn. 96), § 28e SGB IV Rn. 37.

149 BSG, 28.05.2008 – B 2 U 11/07 R – BSGE 100, 243.

150 Sousa Pinto, JUS.COM.BR (Fn. 115).

Dabei wird ersteres definiert als juristische Person des Privatrechts, die es zum Ziel hat, dem »Auftraggeber« bestimmte und spezifische Dienstleistungen zu erbringen (Art. 4-A)¹⁵¹. Der »Auftraggeber« wird definiert als eine natürliche oder juristische Person, die einen Vertrag mit der Dienstleistungsfirma geschlossen hat (Art. 5-A)¹⁵². Dies warf die Frage auf, inwieweit es sich hier um ein anderes Phänomen als das oben behandelte der »Leiharbeit« handelt.

Auch im Falle von Leiharbeit kommt es zu einer Dreiecksbeziehung zwischen Arbeitnehmerin, Entleihunternehmen und Zeitarbeitsunternehmen. Leiharbeit zeichnet sich jedoch im Verhältnis zu Outsourcing im engen Sinne (Auftragsvergabe an ein anderes Unternehmen) durch eine Reihe von Besonderheiten aus. Der Unterschied wurde als Zurverfügungstellung von Arbeitskräften gegenüber der Zurverfügungstellung von Dienstleistungen beschrieben. Während das Entleihunternehmen im ersten Fall mit einem anderen Unternehmen einen Vertrag über die Arbeitskraft individueller Arbeitnehmerinnen abschließt, ist der Vertrag im zweiten Fall über die Erbringung spezieller Dienstleistungen, sodass sich das auftraggebende Unternehmen auf seine Hauptaktivität konzentrieren kann.¹⁵³ Daraus wurde geschlossen, dass das neue Gesetz eine Differenzierung vornimmt und beide Typen von Outsourcing behandelt.¹⁵⁴

Zwischen den Beschäftigten des Subunternehmens und der Auftraggeberin entsteht kein Arbeitsverhältnis (Art. 4-A, § 2). Die Arbeitnehmerinnen sind beim Subunternehmen angestellt und erhalten von diesem ihren Arbeitslohn und die Weisungen (Art. 4-A, § 1). Die vertraglich vereinbarten Arbeiten dürfen im Betrieb der Auftraggeberin oder an einem anderen Ort durchgeführt werden (Art. 5-A, § 2). Für Beschäftigte von auftragnehmenden Unternehmen stellt Art. 5-A § 4 es in das Ermessen der Arbeitgeberin, Mahlzeiten und medizinische Versorgung ebenfalls anzubieten. Zuvor konnte derartige Verhalten als Indiz für Missbrauch gesehen werden und zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses führen.

Art. 4-A, § 1 erlaubt es der Dienstleistungsfirma, ihrerseits weitere Subunternehmen mit der Erledigung der übernommenen Aufgaben zu betrauen.¹⁵⁵

Eine Differenzierung zwischen Aufgaben, die selbst übernommen wurden und dann weiter vergeben werden und originären Aufgaben, die ausgegliedert werden, wird nicht gemacht. Nach dem Wortlaut sind beide Fälle erfasst. Es handelt sich also um eine Auftraggeberhaftung.

(3) Besonderer Streitpunkt: Ausgliederung der Kernfunktionen des Unternehmens

Art. 9, § 3 erklärt zwar ausdrücklich die Leiharbeit auch im Kernbereich des Unternehmens für zulässig. Dabei wird hier allerdings nur die Leiharbeit erwähnt, nicht aber die Auftragsvergabe an Auftragnehmerinnen. Eine entsprechende Regelung findet sich für letzteren Fall nicht. Das Fehlen einer solchen Regelung mutet sehr erstaunlich an, weil die mediale und politische Debatte von der Ankündigung der Regierung bestimmt war, die vorherige Beschränkung der Auftragsvergabe auf Randaktivitäten aufzuheben. Erste Einschätzungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, wie dieses Fehlen zu bewerten ist:

In den Medien wird häufig behauptet, dass es durch das Gesetz zu einer Aufhebung der Beschränkung auf Randaktivitäten gekommen sei.¹⁵⁶ Die Kommentatorinnen, die sich bisher zu der Gesetzesänderung geäußert haben, weisen jedoch durchweg auf das Problem hin, dass es jedenfalls zu keiner ausdrücklichen Aufhebung der Beschränkung gekommen ist. Teilweise wird argumentiert, Kernaktivitäten müssten sich nun dennoch ausgliedern lassen. Dies wird mit einer historischen und teleologischen Auslegung begründet: Dem Gesetzgeber sei es gerade darum gegangen, die Möglichkeiten der Externalisierung zu erweitern, um auf die Krise der brasilianischen Wirtschaft zu reagieren. Daher müsse das Gesetz so ausgelegt werden, dass Kernaktivitäten ausgegliedert werden dürfen. Zudem müsse Art. 4-A, der das Outsourcing im engeren Sinne definiert, so verstanden werden, als erstrecke er sich auf beides, weil er nicht zwischen Kern- und Randaktivitäten differenziert.¹⁵⁷

Überzeugender ist jedoch die Gegenansicht: Diese verweist darauf, dass das neue Gesetz zwischen Leiharbeit und Ausgliederung von Dienstleistungen begrifflich unterscheidet aber nur die Leiharbeit ausdrücklich im Kernbereich des

151 Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

152 Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

153 Miziara, Os Trabalhistas, 25.3.2017, <http://ostrabalhistas.com.br/diferenca-entre-terceirizacao-de-servicos-e-trabalho-temporario-e-seu-tratamento-conferido-pelo-pl-no-4-30208/> (14.6.2017).

154 Ebd.

155 Dies wird als »quarteirização« bezeichnet.

156 ZB. Trindade, AMATRA4 (Fn. 75); Pizzoti/Soares Mello, Fausto Macedo (Fn. 75).

157 Sousa Pinto, JUS.COM.BR (Fn. 115).

Unternehmens für zulässig erklärt. Es handele sich daher um ein bewusstes Schweigen des Gesetzgebers. Weil die Rechte von Arbeitnehmerinnen betroffen seien, sei eine ausdrückliche Regelung erforderlich.¹⁵⁸ Art. 4-A, § 1, nach dem die Beschäftigten dem auftragnehmenden Unternehmen gegenüber weisungsgebunden sind, stehe zudem der Ausgliederung von Kernaktivitäten entgegen. Denn wenn die Beschäftigten der Auftragnehmerin gegenüber weisungsgebunden seien, so erscheine eine Ausgliederung und Übertragung von Kernaktivitäten des auftraggebenden Unternehmens auf die Auftragnehmerin und deren Beschäftigte kaum denkbar. Kernaufgaben müssten vom auftraggebenden Unternehmen selbst überwacht werden.¹⁵⁹

Angesichts dessen stellt sich die Frage wie das neue Gesetz zu bewerten ist. Neben einigen Ausweitungen im Bereich der Zeitarbeit stellt sich der Bereich der Ausgliederung in Form der Vergabe an Auftragnehmerinnen im Vergleich zu der Rechtslage vor Erlass des Gesetzes und unter Geltung der Súmula 331 als kaum verändert dar. Folgt man der unter Kommentatorinnen wohl vorherrschenden Auslegung, nach der es durch die Reform nicht zu einer Aufhebung der Beschränkung von ausgliederungsfähigen Aktivitäten auf die Randtätigkeiten des Unternehmens gekommen ist¹⁶⁰, so ist es zu dem in der Öffentlichkeit viel diskutierten Paradigmenwechsel nicht gekommen. Vielmehr lässt sich die Gesetzesänderung als Bekräftigung und legislative Umsetzung der in der Súmula 331 zusammengefassten Rechtsprechung verstehen. Die Abweichung zwischen politischer Rhetorik und gesetzgeberischem Ergebnis wurde überzeugend damit erklärt, dass es sich um eine Form symbolischer Regulierung handele, die dem Zweck folge, den politischen Willen zu Reformen angesichts der herrschenden wirtschaftlichen Krise unter Beweis zu stellen.¹⁶¹ Dafür sprechen auch der überhastete Umsetzungsprozess und die Tatsache, dass ein 19 Jahre alter Gesetzesvorschlag unter Umgehung des aktuellen Senats verabschiedet wurde.¹⁶²

Der Gesetzesentwurf No. 4330/04,¹⁶³ dessen Verabschiedung noch als möglich erachtet wird, geht insofern weiter als das jetzige Gesetz, als Art. 4, § 2 des Entwurfs eine Liberalisierung aller Aktivitäten vorsieht, die ausgegliedert werden können, also eine ausdrückliche Abkehr von der bisherigen Rechtslage.

(4) Arbeitgeberverantwortung

Art. 4-A, § 2 stellt klar, dass es nicht zu einem Arbeitsverhältnis zwischen Beschäftigten des Subunternehmens und

Auftraggeberin kommt. Dies ändert aber nichts an der vorherigen Regelung durch die Súmula 331, nach der es bei Missbrauch und Umgehung der Regelungen zu einem Arbeitsverhältnis kommt.

Art. 5-A § 5 sieht eine subsidiäre Haftung des auftraggebenden Unternehmens für die Lohnzahlung während des Zeitraums des Einsatzes der Arbeitnehmerinnen vor. Dies galt bereits zuvor nach der Súmula 331 für die Fälle, in denen Externalisierung zulässig war.

Der Entwurf No. 4330/04 sieht in seinem Art. 10 vor, dass das auftraggebende Unternehmen subsidiär für die Arbeitgeberverpflichtungen haftet. Eine gesamtschuldnerische Haftung soll nur bestehen, wenn ein Subunternehmen seinerseits ein Subunternehmen einschaltet.

Für die Zahlung von Sozialversicherungsabgaben gilt Art. 5-A, § 5 Art. 31 des Gesetzes No. 8.212 vom 24. Juli 1991. Danach soll das auftraggebende Unternehmen jeweils 11 % des Bruttowertes des von ihm geschuldeten Honorars bis zum 20. des nachfolgenden Monats zurückbehalten.

c) Chile

(1) Voraussetzungen für die werk-/dienstvertragliche Auftragsvergabe

Die Voraussetzungen für den zulässigen Einsatz von Subunternehmen sind nach dem Art. 183-A des Código del Trabajo, der durch das Gesetz von 2006 eingeführt wurde: ein tatsächlich bestehender Vertrag zwischen einem auftragnehmenden Unternehmen (empresa contratista oder subcontratista) und der Auftraggeberin (empresa principal),

158 *De Mello*, Força Sindical v. 4.4.2017, <http://www.fsindical.org.br/artigos/o-novo-texto-da-lei-no-6-01974-aprovado-pela-lei-13-4292017-nao-autoriza-a-terceirizacao-em-atividade-fim> (14.6.2017); *Toledo Filho*, Justificando v. 5.4.2017, <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/05/nova-lei-impede-terceirizacao-permanente-da-atividade-fim/> (14.6.2017); *Maciel*, Consultor Jurídico v. 29.03.2017, <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita- apenas-trabalho-temporario> (14.6.2017).

159 *Sousa Pinto*, JUS.COM.BR (Fn. 115).

160 So zB. *Miziara*, Os Trabalhistas v. 25.03.2017, <http://ostrabalhistas.com.br/o-que-o-pl-da-terceirizacao-4-30298-quis-dizer-com-servicos-determinados-e-especificos/> (14.6.2017); *De Marco*, Jusbrasil, <http://carolinsk.jusbrasil.com.br/artigos/445398795/lei-13429-2017> (14.6.2017); *De Mello*, Força Sindical (Fn. 158); *Sousa Pinto* (Fn. 115); *Maciel*, Consultor Jurídico (Fn. 158); *Toledo Filho*, Justificando (Fn. 158); *Spagnol*, Jusbrasil, <http://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes> (14.6.2017).

161 *Sousa Pinto*, JUS.COM.BR (Fn. 115).

162 *Sousa Pinto*, JUS.COM.BR (Fn. 115).

163 Abrufbar unter: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=30E69F06E0309AC63963E51401217B31.proposicoesWeb1?codteor=246979&filename=PL+4330/2004 (14.6.2017).

die eine natürliche oder juristische Person sein kann, über die Erbringung einer Dienstleistung oder Herstellung eines Werkes im Unternehmen der Auftraggeberin. Von der Leiharbeit unterscheidet sich dies dadurch, dass es nicht um die Überlassung von Arbeitskräften geht.¹⁶⁴ Ob die Regelung nur den Einsatz von anderen Unternehmen in den physischen Einrichtungen des auftraggebenden Unternehmens erfasst¹⁶⁵ oder ob diese weiter zu verstehen ist, ist umstritten. Durchzusetzen scheint sich die Ansicht, nach der Tätigkeiten, die in die Organisation des auftraggebenden Unternehmens eingegliedert sind und unter dessen Aufsicht durchgeführt werden, ebenfalls erfasst sind.¹⁶⁶ Nach der weiteren Ansicht sind allein Unternehmen ausgeschlossen, die eine eigene Organisation aufweisen – etwa Logistikanbieterinnen, die für eine Versandhändlerin tätig werden.

Die Dienstleistung oder Herstellung des Werkes erbringt das Subunternehmen auf eigene Rechnung und eigenes Risiko und unter Einsatz von Beschäftigten unter seiner Aufsicht. Damit sollen Scheinausgliederungen verhindert werden. Wird gegen die Voraussetzungen des Art. 183-A verstoßen, so bestimmt dieser, dass die Eigentümerin des Werkes, Betriebs oder Gebäudes, an dem die Dienst-/Werkleistungen zu erbringen sind, als Arbeitgeberin der Beschäftigten des Subunternehmens zu behandeln sind. Eine Differenzierung zwischen Aufgaben, die selbst übernommen wurden und dann weiter vergeben werden und originären Aufgaben, die ausgegliedert werden, wird nicht gemacht. Allerdings ergibt sich aus dem Verweis auf die Eigentümerin des Werkes, Betriebs oder Gebäudes zum einen, dass originäre Auftragsvergabe erfasst sein sollte (denn die Generalunternehmerin ist nicht Eigentümerin des Werks).

Ein Vorschlag dahingehend, die Ausgliederung von Kernaktivitäten eines Unternehmens zu untersagen, scheiterte im Gesetzgebungsverfahren.¹⁶⁷

Ein Urteil des Obersten Gerichtshofs (Corte Suprema) von 2008 entschied, dass die Arbeitsdirektion nicht die Kompetenz hat, zu entscheiden, ob es sich um zulässige Ausgliederung handelt oder ob ein Arbeitsverhältnis zu fingieren ist. Dies obliege allein den Gerichten. Dies bedeutete für den konkreten Fall, der entschieden wurde, dass das staatliche Bergbauunternehmen Codelco 4.934 Beschäftigte nicht eingliedern musste.¹⁶⁸ Darüber hinaus bedeutete die Entscheidung, dass die Durchsetzung der rechtlichen Regelungen sich wesentlich verzögerte bzw. erschwert wurde.¹⁶⁹ Denn seitdem ist es erforderlich, dass die Beschäftigten selbst vor einem Gericht klagen müssen, um ihre Rechte durchzusetzen.

(2) Arbeitgeberverantwortung

Das auftraggebende Unternehmen haftet »solidarisch« für die Zahlung der »obligaciones laborales y previsionales de dar« für die Zeit der Tätigkeit der Arbeitnehmerin. »Obligaciones laborales« meint dabei die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnzahlung. »Obligaciones previsionales de dar« ist die Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen. Der Begriff »solidarische Verantwortlichkeit« verweist auf Art. 1511 Abs. 2 des Código Civil, nach dem die Gläubigerin von jeder Schuldnerin den vollen Betrag einfordern kann.¹⁷⁰ Dabei handelt es sich um eine Haftung, die der gesamtschuldnerischen Haftung des deutschen Rechts funktionell entspricht. Zu Recht wurde allerdings darauf hingewiesen, dass, um bestimmen zu können, ob einer Arbeitnehmerin eines auftragnehmenden Unternehmens gegen das auftraggebende Unternehmen ein Anspruch überhaupt zusteht, zunächst bestimmt werden muss, ob Verpflichtungen der Auftragnehmerin gegenüber der Arbeitnehmerin nicht erfüllt wurden.¹⁷¹ Daher müsse es sich bei der Haftung des auftraggebenden Unternehmens gegenüber der Arbeitnehmerin des Subunternehmens an sich um eine akzessorische Haftung handeln.¹⁷²

Die vertragliche Arbeitgeberstellung bleibt durch die Haftung unberührt und es kommt auch zu keiner fingierten Ko-Arbeitgeberposition.¹⁷³

Eine Ausnahme von der Haftung besteht für natürliche Personen, die Häuser zu einem festgelegten Preis errichten

164 Araya Osorio/Gallo Cordero/León Moreira, Análisis Ley de subcontratación chilena ley No. 20.123, Santiago de Chile 2006, S. 151 f.

165 So Palavecino, Subcontratación, régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal, Santiago de Chile 2010, S. 36 ff.

166 Vgl. Araya Osorio/Gallo Cordero/León Moreira (Fn. 164), S. 161 ff.; Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 0141/005 vom 10. Januar 2007; so auch Corte de Apelaciones de Concepción, 29.12.2009, No. 171/2009.

167 S. den Vorschlag des Senators Ruiz d'Giorgio, Historia de la Ley No. 20.123 (Fn. 83), S. 30.

168 Cooperativa.cl v. 13/05/2008, »Dirección del Trabajo: Fallo de la Suprema tendrá un impacto general« <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/empresas-del-estado/codelco/direccion-del-trabajo-fallo-de-la-suprema-tendra-un-impacto-general/2008-05-13/092820.html> (14.6.2017).

169 Vgl. Arellano, CIPER Chile v. 29.9.2015, »Reforma Laboral: »El proyecto es un retroceso para el mundo sindical««, <http://ciperchile.cl/2015/09/29/reforma-laboral-el-proyecto-es-un-retroceso-para-el-mundo-sindical/> (14.6.2017).

170 Kritisch dazu Cáceres, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2016, 17.

171 Cáceres, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2016, 17, 22.

172 Ebd.

173 Cáceres, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2016, 17, 21.

lassen (Art. 183-B aE.).¹⁷⁴ Zudem sind vorübergehende, sporadische Tätigkeiten für eine Auftraggeberin ausgenommen.

Art. 183-C ordnet an, dass sich die Verantwortlichkeit in eine »subsidiäre« wandelt, wenn die dort vorgesehenen Informations- und Zurückbehaltungsrechte genutzt werden. Dies bedeutet, dass das auftraggebende Unternehmen erst haftet, nachdem die Auftragnehmerin erfolglos in Anspruch genommen wurde. Art. 183-C sieht das Recht der Auftraggeberin vor, Informationen über den Betrag und die Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen der Auftragnehmerin einzuholen. Diese Informationen werden durch ein Zertifikat der Arbeitsinspektion bescheinigt. Das auftraggebende Unternehmen kann den Betrag, den die Auftragnehmerin ihren Beschäftigten schuldet, zurückbehalten, wenn diese einen entsprechenden Nachweis der Arbeitsdirektion nicht vorlegen kann oder wenn sich aus dieser Bescheinigung ergibt, dass die Zahlungsverpflichtungen nicht eingehalten wurden.

Wenn das auftragnehmende Unternehmen seinerseits Subunternehmen einsetzt, so haften erstere und die Auftraggeberin solidarisch für die Verpflichtungen des »nächsten« Subunternehmens bzw. subsidiär, wenn sie die Informations- und Zurückbehaltungsrechte genutzt haben (Art. 183-D). Die Haftung setzt sich in der Kette fort, sodass jede weitere Ausgliederung das Risiko für die Auftraggeberin erhöht.

Für die Zwecke der neuen Gesetzgebung wurde ein Konzept des Unternehmens eingeführt, das sich von demjenigen des Art. 3 des Código del Trabajo unterschied. Die neue Definition erlaubte es, nicht nur die juristische Person, die das Werk/die Dienstleistung in Auftrag gegeben hatte, für die Verpflichtungen der Auftragnehmerin verantwortlich zu machen, sondern auch die Gruppe, zu der diese juristische Person gehörte.¹⁷⁵ Dies hätte für das Arbeitsrecht eine gruppeneinheitliche Betrachtungsweise bedeutet,¹⁷⁶ wie sie auf Basis einiger wissenschaftlicher Ansätze entwickelt wurde (vgl. I.2.).

Diese Änderung löste einen heftigen Streit im Nationalkongress, unter Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden sowie in der Wissenschaft aus. Aus Sicht konservativer Senatorinnen war die Regelung verfassungswidrig; es liege ein Verstoß gegen die unternehmerische Freiheit vor, weil es unter Missachtung getrennter Rechtspersönlichkeiten zu Verantwortungszuweisungen komme.¹⁷⁷ Im August 2006 entschied das Verfassungsgericht (Tribunal Constitucional), dass die entsprechende Regelung formell verfassungswidrig sei.¹⁷⁸ Die Neufassung des Código del Trabajo trat daher ohne die entsprechende Regelung in Kraft.

Allerdings hat das Gesetz No. 20.760 von 2014 es ermöglicht, das von der Neudefinition bezweckte Ziel zu erreichen¹⁷⁹: Danach können, um Missbrauch zu vermeiden, mehrere Unternehmen hinsichtlich der Zahlungen von Lohn und Sozialversicherungsabgaben gemeinsam als Arbeitgeberin behandelt werden, wenn diese gemeinsam Weisungen an die Beschäftigten ausüben und weitere Umstände vorliegen wie etwa die Herstellung gleicher Produkte oder eine gemeinsame Aufsicht (Art. 3 Abs. 4 Código del Trabajo). Die reine Beteiligung am anderen Unternehmen reicht dabei nicht aus (Art. 3 Abs. 5). Die Entscheidung erfolgt durch ein Arbeitsgericht und hat die gesamtschuldnerische Haftung zur Folge (Art. 3 Abs. 6, 7). Ein Erklärungsversuch für den zu beobachtenden Rückgang der Externalisierung durch Auftragsvergabe¹⁸⁰ macht das Gesetz von 2014 dafür verantwortlich.¹⁸¹

d) Zusammenfassung und vergleichende Betrachtung

In allen drei Rechtsordnungen wird es als Umgehung gewertet, wenn arbeitsrechtliche Weisungen vom auftraggebenden Unternehmen an die Arbeitnehmerin der Auftragnehmerin erteilt werden. Auf diese wird mit der Annahme eines Arbeitsverhältnisses reagiert.

Für den Fall der zulässigen Einschaltung von Auftragnehmerinnen wird in der einen oder anderen Form in jeder Rechtsordnung eine gewisse Verantwortlichkeit des auftraggebenden Unternehmens für Lohn- und Sozialversicherungsbeiträge konstruiert. In Deutschland geschieht dies in Bezug auf den Lohn in Form einer verschuldensunabhängigen selbstschuldnerischen Quasi-Bürgenhaftung der Auftraggeberin. Die derzeitige Gesetzesfassung in Brasilien sieht

¹⁷⁴ Zum Teil wird vertreten, dass sich dieser Ausschluss auf alle natürlichen Personen, die als Auftraggeberinnen fungieren, nicht nur Bauherrinnen, beziehen müsse, *Palavecino* (Fn. 165), S. 40.

¹⁷⁵ *Walker Errazuriz/Arellano Ortiz*, *Derecho de las relaciones laborales*, Un derecho vivo, Santiago de Chile 2014, S. 498.

¹⁷⁶ In Brasilien besteht eine derartige Regelung bereits. Danach haften alle Unternehmenseinheiten für die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen aller anderen Einheiten gesamtschuldnerisch (Art. 2 CLT).

¹⁷⁷ Vgl. *Sentencia del Tribunal Constitucional*, 21 de agosto de 2006. *Cuenta en Sesión* 45, *Legislatura* 354, in *Historia de la Ley No. 20.123* (Fn. 83), S. 704.

¹⁷⁸ Begründet wurde dies damit, dass die Regelung nicht vom Parlament, sondern von der Präsidentin hätte eingebracht werden müssen, wie es die Verfassung für das System der sozialen Sicherheit berührende Fragen verlange.

¹⁷⁹ Vgl. zur Begründung *Historia de la Ley No. 20.760* (Fn. 83), S. 3

¹⁸⁰ S. dazu oben II.3.

¹⁸¹ *Dirección del Trabajo*, *Encla* 2014. *Informe de Resultados Octava Encuesta Laboral*, S. 69. Als andere Hypothese wird die bessere Kenntnis der rechtlichen Regelungen infolge der intensiven Debatte vor und nach Erlass des Gesetzes aus dem Jahr 2006 genannt.

hinsichtlich des Lohns eine subsidiäre Haftung der Auftraggeberin und hinsichtlich der Sozialversicherungsabgaben eine Zurückbehaltungspflicht vor. In Chile besteht eine gesamtschuldnerische Haftung der Auftraggeberin für Lohn und Sozialversicherungsabgaben, die sich bei Nutzung der Kontroll- und Zurückbehaltungsrechte in eine subsidiäre umwandelt. Hinsichtlich der Sozialversicherungsabgaben besteht im deutschen Recht eine subsidiäre, verschuldensabhängige Quasi-Bürgenhaftung, die allerdings auf die Bau- und Fleischindustrie beschränkt ist. Im deutschen wie im chilenischen Recht ist eine Kettenhaftung vorgesehen; im brasilianischen Recht sieht dies lediglich der (bislang) nicht verabschiedete Alternativvorschlag vor.

Ob es sich bei der Haftung für das Mindestentgelt nach § 14 AEntG bzw. für den Mindestlohn nach § 13 MiLoG iVm. § 14 AEntG um eine Generalunternehmerhaftung oder eine Auftraggeberhaftung handelt, ist umstritten.¹⁸² Überzeugend ist es, von einer Auftraggeberhaftung auszugehen, die allerdings ihrerseits wieder einzuschränken ist. Der Unterschied zur Ansicht, die von einer Generalunternehmerhaftung ausgeht, besteht dann in der Art des Differenzierungskriteriums. So verlangt erstere Ansicht einen unmittelbaren Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Tätigkeiten des Unternehmens; für letztere Ansicht ist entscheidend, ob die fraglichen Tätigkeiten vom Unternehmen seinerseits einem Dritten geschuldet werden.

Die Haftung von Bauträgerinnen für die Verpflichtungen von Auftragnehmerinnen im brasilianischen Recht (Art. 455 CLT) stellt eine Generalunternehmerhaftung dar. Dies ergibt sich aber schon daraus, dass Bauunternehmerinnen in der Regel nur ihnen aufgetragene Arbeiten weitergeben, es sich also regelmäßig um Generalunternehmerinnen handelt. Die allgemeine Regelung zur Haftung von Auftraggeberinnen im neuen brasilianischen Gesetz enthält keine derartige Einschränkung. Es handelt sich also um eine Auftraggeberhaftung. Die Haftung reicht aber weniger weit als in Chile und Deutschland, weil keine Kettenhaftung und keine gesamtschuldnerische Haftung vorgesehen sind. Allerdings bedeutet das Verbot der Auftragsvergabe im Kernbereich des Unternehmens, dass die Externalisierungsmöglichkeit von vornherein stärker eingeschränkt ist.

Das chilenische Recht ist nicht auf Generalunternehmerinnen beschränkt; es handelt sich um eine Auftraggeberhaftung. Eine Beschränkung wird aber dadurch erreicht, dass die Werk- oder Dienstleistungen vor Ort oder nach aA. als Teil der Organisation des auftraggebenden Unter-

nehmens und unter dessen Aufsicht erbracht werden müssen, um vom Gesetz erfasst zu werden. So entschied ein Gericht, dass Fälle nicht erfasst sind, in denen das auftragnehmende Unternehmen eigene Einrichtungen und eine eigene Organisation aufweist.¹⁸³ Zudem ist eine dauerhafte Beziehung zwischen Auftraggeberin und Auftragnehmerin erforderlich. Im Ergebnis wird vom chilenischen Recht ein etwas anderer Ausschnitt an Fallkonstellationen erfasst als vom deutschen: Hier kommt es auf die organisatorische Eigenständigkeit nicht an, es muss sich aber um vom Unternehmen selbst geschuldete Verpflichtungen bzw. um Aufgaben handeln, die mit den wirtschaftlichen Tätigkeiten des Unternehmens in unmittelbarem Zusammenhang stehen, dort fallen alle auftraggebenden Unternehmen unter die Regelung, solange eine organisatorische Einbindung stattfindet.

V. Arbeitsschutz

1. Deutschland

Die Verantwortlichkeit für den Arbeitsschutz ist ebenfalls von der Arbeitgebereigenschaft abhängig, wie die § 618 BGB, § 1 ArbSchG zeigen.¹⁸⁴ In der Praxis ist der Rückgriff auf § 618 BGB nur selten erforderlich, weil die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers aus den Normen des staatlichen Arbeitsschutzes sie überlagern.¹⁸⁵

Der § 8 Abs. 2 ArbSchG regelt den Fall des Einsatzes von Fremdfirmenbeschäftigten anderer Arbeitgeberinnen zB. für Wartungs-, Reparatur- oder Reinigungsarbeiten. Die Arbeitgeberin hat die Verpflichtung, sich zu vergewissern, dass die Fremdfirmenbeschäftigten hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit während ihres Einsatzes im Beschäftigungsbetrieb angemessene Anweisungen erhalten haben.¹⁸⁶

Der § 618 BGB erfasst zwar auch die Arbeitnehmerüberlassung, jedoch unter der Maßgabe, dass die Entleiherin

¹⁸² Siehe die Nachweise in Fn. 129 und 136.

¹⁸³ Berufungsgericht Concepción (Corte de Apelaciones de Concepción) 29.12.2009 – No. 171/2009.

¹⁸⁴ Vgl. ErFK-Wank (Fn. 60), § 1 ArbSchG Rn. 3.

¹⁸⁵ MüKoBGB-Henssler (Fn. 86), Bd. 4, § 618 Rn. 6.

¹⁸⁶ Otto, A., in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016, § 8 ArbSchG Rn. 4.

insoweit Erfüllungsgehilfin der Verleiherin ist.¹⁸⁷ Damit haftet die Entleiherin nicht nach § 618 BGB, ihr Verhalten wird der Verleiherin jedoch zugerechnet. Die Regelung des § 8 Abs. 2 ArbSchG wird durch § 12 Abs. 2 ArbSchG ergänzt. Danach trifft die Pflicht zur Unterweisung bzgl. des Arbeitsschutzes nicht die Verleiherin als Arbeitgeberin, sondern die Entleiherin. Gleiches ergibt sich aus § 11 Abs. 6 S. 2 AÜG. Doch auch die übrigen Verpflichtungen der Arbeitgeberin treffen nach § 11 Abs. 6 S. 1 AÜG die Entleiherin. In erster Linie obliegt die praktische Durchführung der Arbeitsschutzmaßnahmen also nicht der Arbeitgeberin, sondern der Entleiherin, die eine ungleich größere Kontrollmöglichkeit hat.¹⁸⁸ Dies befreit die Verleiherin als Arbeitgeberin jedoch nicht von ihrer Verpflichtung. Die Entleiherin ist nicht statt, sondern neben der Verleiherin für die Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften verantwortlich.¹⁸⁹

2. Brasilien

Das Entleihunternehmen ist für den Arbeitsschutz (Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene) der Leiharbeiterinnen zuständig (Art. 9, § 1).

Nach Art. 5-A, § 3 ist es die Aufgabe der Auftraggeberin für die Sicherheit, Hygiene und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten des auftragnehmenden Unternehmens zu sorgen, wenn diese auf ihrem Betriebsgelände oder an einem zuvor vertraglich vereinbarten Ort tätig sind. Im Fall von Arbeitsunfällen gelten die allgemeinen Regeln des *Codigo Civil* (Art. 927, 932, 942), nach denen die Haftung sich nach der Verantwortlichkeit richtet, sodass ggfs. eine gesamtschuldnerische Haftung in Betracht kommt.

3. Chile

Hinsichtlich des Arbeitsschutzes sieht Art. 184 des *Código del Trabajo* vor, dass jede Arbeitgeberin alle notwendigen Mittel ergreifen muss, um das Leben und die Gesundheit ihrer Beschäftigten effektiv zu schützen und zu diesem Zwecke für angemessene Hygiene und Sicherheit am Arbeitsplatz sorgen muss. Art. 183-E sieht vor, dass das auftraggebende Unternehmen alle notwendigen Mittel ergreifen muss, um die Beschäftigten, die in seinem Unternehmen, Werk oder Betrieb arbeiten, zu schützen, unabhängig davon, wem gegenüber sie weisungsgebunden sind.¹⁹⁰ Auftragnehmerin wie auftraggebendes Unternehmen sind also nebeneinander für den Arbeitsschutz verantwortlich.¹⁹¹

Im Fall der Leiharbeit gilt ebenfalls, dass das Entleihunternehmen für Hygiene und Arbeitsschutz verantwortlich ist (Art. 183-AB Abs. 2).

Sowohl für die Leiharbeit als auch für den Einsatz von Subunternehmen wird auf Art. 66-Bis des Gesetzes No. 16.744 verwiesen. Darin wird ein Unternehmen, das Beschäftigte anderer Unternehmen in seinem Betrieb einsetzt, dazu verpflichtet, ein System zum Schutz der Gesundheit aller Beschäftigten unabhängig von ihrer vertraglichen Beziehung einzurichten, sobald mehr als 50 Beschäftigte in einem Betrieb tätig sind. Dieses System muss eine Koordination zwischen den beteiligten Unternehmen vorsehen und Maßnahmen zur Kontrolle der Subunternehmen durch das auftraggebende Unternehmen vorsehen.

4. Vergleichende Betrachtung

Hinsichtlich des Arbeitsschutzes wird in allen drei Rechtsordnungen dem Entleihunternehmen bzw. dem auftraggebenden Unternehmen eine Verantwortung für die Arbeitnehmerinnen des fremden Unternehmens auferlegt. Dabei bleibt die Vertragsarbeitgeberin idR. neben dem Dritten verantwortlich.

VI. Schlussfolgerungen und Ausblick

Der Einsatz von Subunternehmen (im Bausektor) wurde in Chile und Brasilien schon sehr früh, nämlich in den 1930er und 40er Jahren, als Problem erkannt und entsprechend geregelt. In Deutschland kam es hingegen erst 1998 in Folge der Anpassung¹⁹² des AEntG zu einer Regelung von Lohnansprüchen gegen Generalunternehmen. Umgekehrt beschäftigt die Leiharbeit die deutsche Gesetzgebung bereits seit den 1950er Jahren, während es in Chile erst 2006 zu einer erstmaligen Regelung kam. Dies könnte auf einen

¹⁸⁷ MüKoBGB-Hensler (Fn. 86), Bd. 4, § 618 Rn. 25.

¹⁸⁸ ErfK-Wank (Fn. 60), § 11 AÜG Rn. 21.

¹⁸⁹ BeckOK ArbR-Motz (Fn. 51), § 11 AÜG Rn. 42.

¹⁹⁰ Vgl. dazu Vergara, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 2015, 32. Zur Verantwortlichkeit bei der Verletzung von Grundrechten siehe Torres, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 2015, 186.

¹⁹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 16.03.2010, N° 807/2011.

¹⁹² BT-Drs. 14/45, S. 17 f.

unterschiedlichen Regelungsbedarf im Bereich der werkvertraglichen Auftragsvergabe zurückzuführen sein; mit anderen Worten: die Externalisierung durch Auftragsvergabe mag in Deutschland ein kleineres Problem dargestellt haben als in Chile oder Brasilien, weil die Arbeitsbedingungen in auftragnehmenden Unternehmen möglicherweise nicht in dem Maße abwichen wie in Lateinamerika, wo informelle Beschäftigungsverhältnisse sehr häufig auftraten und -treten.

Die Regelungsansätze in Deutschland, Brasilien und Chile wählen ähnliche Lösungen, um bestimmten Problemen zu begegnen: So sollen auf verschiedenen Wegen Risiken wieder internalisiert werden, die vertraglich oder durch eine bestimmte Organisation des Unternehmens verlagert werden sollten. Dadurch wird eine Geltung des Arbeitsrechts erreicht, wo eine Arbeitsbeziehung nicht (mehr) besteht. Dies geschieht durch die Anordnung einer fingierten Arbeitgeberstellung oder der Zuweisung von Haftung. Letzteres befindet sich in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Grundsatz, dass Verträge Dritte nicht ohne ihren Willen verpflichten dürfen. Dies gilt insbesondere für die Nachunternehmerkette, weil hier ein Unternehmen ggfs. für Lohn oder Sozialversicherungsabgaben von Arbeitnehmerinnen haftet, deren Existenz nicht bekannt war.

In allen drei Rechtsordnungen zeigt die Übertragung von Prüf- und Zurückhaltungspflichten auf die auftraggebenden Unternehmen in Bezug auf Auftragnehmerinnen, dass erstere zu »Gesetzeshütern« gemacht werden.¹⁹³ Die Auftraggeberinnen sollen also selbst für die Einhaltung des Gesetzes durch ihre Auftragnehmerinnen sorgen. Dies deckt sich mit einem Trend zur Verlagerung von Rechtsdurchsetzung auf Private.¹⁹⁴ Diese Verantwortungsübertragung gründet zum einen darauf, dass das auftraggeben-

de Unternehmen idR. den Vorteil aus der Übertragung von Aufgaben auf das Subunternehmen zieht, zum anderen befindet es sich meist im Verhältnis zum Subunternehmen in einer wirtschaftlichen Machtposition. Letztlich geht es also auch darum, zu verhindern, dass das auftraggebende Unternehmen durch Ausnutzung seiner Marktmacht zum Gesetzesbruch beiträgt, etwa indem es Subunternehmen auswählt, deren Preiskalkulation unrealistisch ist oder Subunternehmen zu allzu niedrigen Preiskalkulationen drängt. Auch aus Sicht einer ökonomischen Analyse überzeugt eine derartige Verantwortungszuschreibung, weil die Auftraggeberin diejenige Akteurin darstellt, die mit dem geringsten Einsatz in der Lage ist, gesetzestreu Verhalten der Subunternehmen sicherzustellen.

Ein Unterschied hat sich hinsichtlich des Anwendungsbereichs der jeweiligen Haftungsregelungen in Bezug auf Löhne gezeigt: In den beiden lateinamerikanischen Rechtsordnungen besteht jeweils eine Auftraggeberhaftung. Im deutschen Recht ist derzeit hingegen noch umstritten, ob es sich bei der in § 14 AEntG (iVm. § 13 MiLoG) vorgesehenen Haftung um eine Generalunternehmer- oder eine Auftraggeberhaftung handelt und wie letztere ggfs. einzuschränken wäre. Für die weitere Diskussion können hier Anregungen aus der Beschäftigung mit den Systemen der Auftraggeberhaftung im chilenischen und brasilianischen Recht gewonnen werden.

¹⁹³ Anders sieht dies bei Verleihunternehmen aus, die in allen drei Rechtsordnungen Registrierungspflichten unterworfen sind, deren Zuverlässigkeit also durch staatliche Kontrolle gesichert werden soll.

¹⁹⁴ Vgl. im Überblick *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, Heidelberg 2012.

Zusammenfassungen

Schwarze: Der unfallversicherungsrechtliche Regress (§ 110 SGB VII) im Spiegel aktueller Rechtsprechung

SR SR 4/2017, S. 129–142

Der Autor arbeitet die vielfältigen dogmatischen Schwierigkeiten des unfallversicherungsrechtlichen Regresses aus § 110 SGB VII im Grenzbereich zwischen zivilrechtlicher Haftung und sozialrechtlich ausgestalteter Versicherung heraus und unterzieht die aktuelle Rechtsprechung der Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit einer kritischen Überprüfung.

Welti: Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht

SR SR 4/2017, S. 143–150

Die Untersuchung von Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht bietet zahlreiche Forschungsansätze, die Rechtsfragen mit empirischer Forschung verknüpfen. Der Beitrag zeigt auf, wo aus Sicht des Autors die drängendsten Fragen liegen, aber auch wo bereits auf bestehende Forschungsergebnisse aufgesetzt werden kann.

Heinen/Petri: Arbeitgeberverantwortung in Dreiecksverhältnissen – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen, brasilianischen und chilenischen Rechts

SR SR 4/2017, S. 151–171

Der Beitrag vergleicht die Arbeitgeberverantwortung in Dreiecksverhältnissen – insbesondere bei Leiharbeit und der Auftragsvergabe durch Dienst- und Werkverträge – im deutschen, brasilianischen und chilenischen Recht. Im Ergebnis zeigen sich ähnliche regulatorische Lösungen aber auch Unterschiede, bspw. bei den Haftungsregelungen.

Abstracts

Schwarze: Recourse in the context of the accident insurance (§ 110 SGB VII) in the light of recent case law

SR SR 4/2017, pp. 129–142

The author elaborates on the various legal dogmatic difficulties of the recourse in the context of the accident insurance according to § 110 SGB VII on the borderline between civil liability and social security law and critically analyses recent case law of civil and labour law courts.

Welti: Accessibility and enforcement of social security law

SR SR 4/2017, pp. 143–150

Research on the accessibility and enforcement of social security law offers a variety of approaches, that combine legal questions with empirical research. The article points at the most important open questions and shows where existing research results can be taken as a starting point.

Heinen/Petri: Employer-responsibility in triangular relationships – A comparative analysis of the German, Brazilian and Chilean law

SR SR 4/2017, pp. 151–171

The article compares the employer-responsibility in triangular relationships – especially with regard to temporary agency work, service contracts and contracts for work and labour – in German, Brazilian and Chilean law. As a result, comparable regulatory solutions can be detected but also differences especially regarding liability rules.

Vorschau | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Gregor Thüsing: Kollektive Interessenvertretung in einer individualisierten Gesellschaft*
- *Gregor Asshoff: Tarifautonomie und Gesetzgeber – kommunizierende Röhren im deutschen Arbeitsrecht*
- *Karl-Josef Laumann: Arbeits- und Sozialrecht im christlich-sozialen Geiste*
- *Wilfried Oellers: Nicht-arbeitsrechtliche Sanktionen im Arbeitsrecht*