



Richtige Ausgestaltung von Subunternehmerverträgen

Velden, 17. September 2024

Dr. Christoph Wiesinger

Dimensionen einer richtigen Ausgestaltung

Verhältnis zum Vertragspartner

- Umfang des Werks
- Entgelt(ermittlung)
- Rechtswahl möglich



iaR ius dispositivum

Verhältnis zu Dritten

- Zivilrechtlich
 - Haftung für Ansprüche Dritter
 - Sicherungsmittel bei Inanspruchnahme
- Verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung



iaR ius cogens

Subunternehmer und IPR

- Rechtswahl ist
 - zulässig (Art 3 Abs 1 Rom I-VO)
 - und kann auch schlüssig erfolgen.
- Mangels Rechtswahl
 - ist das Recht jenes Staates, in dem der Werkunternehmer („Dienstleister“) seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, anzuwenden (Art 4 Abs 1 lit b Rom I-VO).
 - Gewöhnlicher Aufenthalt ist bei juristischen Personen
 - Sitz der Hauptverwaltung (Art 19 Abs 1 Rom I-VO).
 - Ausnahme: Wird der Vertrag von einer Niederlassung abgeschlossen, ist das Recht dieses Staats anzuwenden (Art 19 Abs 2 Rom I-VO).
- Eingriffsnormen (Art 9 Rom I-VO) sind zu beachten (wichtig für Haftungen).

Schnittstellenprobleme

- Rechtliche Aspekte:
 - Überbindung von Vertragsbedingungen
 - ÖNORM B 2110, AGB.
 - Aber: Weitergabe oft 1:1 nicht möglich (zB Begrenzung des Pönales mit der Auftragssumme - andere Basis beachten)
 - Allgemeine Geschäftsbedingungen: Kollisionsprobleme beachten.
- Faktische Aspekte:
 - Vollständigkeitsrisiko liegt beim GU.

Fälligkeit und Einbringlichkeitsrisiko

- Sofern nicht anders vereinbart, besteht der Entgeltanspruch des SU unabhängig vom Anspruch des GU ggü dem Werkbesteller.
- Insolvenzrisiko
 - Voller Entgeltanspruch des SU ggü dem GU auch bei Insolvenz des Werkbestellers.
 - Bei Insolvenz des GU muss der Werkbesteller an die Masse in voller Höhe leisten, der SU hat aber lediglich eine Insolvenzforderung (OGH 25.2.1999, 6 Ob 324/98k).
- Überwälzung des Einbringlichkeitsrisikos ist *nicht* dem Grunde nach sittenwidrig.

Subunternehmer und Gewerbeberecht

- Der Subunternehmer benötigt eine Gewerbeberechtigung für seinen Subauftrag; sie kann nicht durch eine des Generalunternehmers ersetzt werden (§ 1 GewO 1994).
- Hingegen: Die Gewerbeberechtigung des Subunternehmers „erweitert“ die des Generalunternehmers, weil dieser nach § 32 Abs 1 Z 9 GewO 1994 Gesamtleistungen erbringen darf, wenn er entsprechend qualifizierte Subunternehmer einsetzt.
 - Dem Generalunternehmer muss ein wesentlicher Anteil an der Gesamtleistung zukommen (nach hM heißt das *nicht* mind 50 % Eigenleistungsanteil).
 - Eine Prozentgrenze gibt es - anders als bei Ergänzungsarbeiten - allerdings nicht.

Vertragstypen des 26. Hauptstücks des ABGB

	Dienstvertrag	Werkvertrag
Inhalt	Arbeitsleistung	Werk (Erfolg)
Erbringung der Leistung	höchstpersönlich	Einsatz Dritter ist zulässig
Gewährleistung	nein	ja
Rechtsfolgen in anderen Rechtsgebieten	<ul style="list-style-type: none">• Lohnsteuer• Sozialversicherung	<ul style="list-style-type: none">• Gewerbeberechtigung• Umsatzsteuer• Sondergesetzliche Haftungsbestimmungen

Bedeutung des wahren wirtschaftlichen Gehalts

- Für die Subsumtion unter einen Vertragstypus
 - ist die von den Parteien gewählte Bezeichnung nur von nachrangiger Bedeutung.
 - Entscheidend ist die Parteienvereinbarung.
- Außerhalb des eigentlichen Vertragsrechts
 - ist faktisch nicht einmal entscheidend, was die Parteien „vereinbart“ haben,
 - sondern die Vereinbarung ist nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen.
 - Entscheidend ist also nicht die Vereinbarung, sondern die Umsetzung.
 - Rechtsquellen: § 4 AÜG, § 2 LSD-BG, § 2 AuslBG, § 1 BUAG.

Daraus folgt: Selbst die beste Vertragsurkunde garantiert keine sorgenlose Tätigkeit!

Überblick zu Haftungen im Bereich der Sozialbetrugsbekämpfung

		Voraussetzung	Umfang	Art
Entgelthaftung	§ 9 SBBG	Scheinunternehmer	Mindestentgelt	Bürge und Zahler
Beschäftiger-Bürgschaft	§ 14 AÜG	Arbeitskräfteüberlassung	Entgelt, SV, BUAG	Bürge (Ausfallsbürge)
Auftraggeberhaftung	§§ 67a ff ASVG, § 82a EStG	Bauleistung	25% der Zahlung	Haftung sui generis
Generalunternehmerhaftung	§ 10 LSD-BG	Unzulässige Weitergabe an Subunternehmer	Mindestentgelt	Bürge und Zahler
Haftung des Auftraggebers	§ 29a AuslBG	Duldung illegaler Ausländerbeschäftigung	Entgelt	Ausfallsbürge
Haftung im Baubereich	§ 9 LSD-BG	Entsendung	Mindestentgelt	Bürge und Zahler

Sicherungsmittel

Gibt es ein Zurückbehaltungsrecht in Bezug auf die Haftung?

- Gesetzliches Zurückbehaltungsrecht
 - Analoge Anwendung des § 1052 ABGB (Unsicherheitseinrede)
 - OGH 24.9.2008, 2 Ob 261/07g
 - Anlassfall: Beschäftiger-Bürgschaft (§ 14 AÜG)
 - Unsicherheitseinrede folgt aus dem Zug-um-Zug-Prinzip.
 - Überlasser hat seine Leistung bereits vollständig erbracht, daher ist Unsicherheitseinrede nicht zulässig.
- Anspruch des Bürgen auf eine Sicherstellung (§ 1364 ABGB)
 - Besteht nur, wenn der Bürge die Bürgschaft im Einverständnis mit dem Schuldner eingeht.
 - Das ist bei gesetzlichen Bürgschaften gerade nicht der Fall.

Sicherungsmittel

- Vertraglich vereinbartes Zurückbehaltungsrecht
 - An sich zulässig,
 - Versagt aber in der Praxis iaR, weil die Insolvenz als Bedingung für das Zurückbehaltungsrecht nicht wirksam vereinbart werden kann (§ 25b Abs 2 IO).

Fehler 1: Ignorieren der Mitwirkungspflicht nach § 26 AuslBG

§ 26 Abs 6 AuslBG:

„Ein Unternehmen, welches die Erbringung einer Leistung an ein anderes Unternehmen ganz oder teilweise weitergibt, hat das beauftragte Unternehmen vor Beginn der Beschäftigung aufzufordern, binnen einer Woche die nach diesem Bundesgesetz erforderlichen Berechtigungen für die beschäftigten Ausländer nachzuweisen.

Kommt das beauftragte Unternehmen dieser Aufforderung nicht fristgerecht nach, hat das Auftrag gebende Unternehmen umgehend die Zentrale Koordinationsstelle zu verständigen.“

Fehler 1: Ignorieren der Mitwirkungspflicht nach § 26 AuslBG

- Mitwirkungspflicht besteht in der gesamten SU-Kette jeweils ggü dem eigenen SU.
- Eine Verpflichtung zur Überprüfung der Dokumente ist aus § 26 Abs 6 AuslBG nicht abzuleiten.
- Eine Verwaltungsstrafe droht aber nur bei tatsächlicher illegaler Ausländerbeschäftigung durch den SU.
- Eine Bestrafung des SU ist allerdings nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit des GU (VwGH 12.5.2020, Ro 2019/09/0007).

Fehler 2: Duldung der illegalen Ausländerbeschäftigung

- Strafbarkeit des GU bei Duldung der illegalen Ausländerbeschäftigung
 - durch Zurechnung als eigenen Arbeitnehmer (§ 28 Abs 7 AuslBG);
 - bei tatsächlicher Kenntnis und Duldung (§ 28 Abs 6 Z 1 AuslBG);
 - Bei Verletzung der Mitwirkungspflicht (§ 28 Abs 6 Z 2 AuslBG) [= Fehler 1].
- Illegale Ausländerbeschäftigung kann nur bei Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen vorliegen.

Fehler 3: Abzugsteuer und grenzüberschreitende Überlassung

- Bei Überlassern ohne Sitz in Österreich muss der Beschäftigte eine Abzugsteuer in Höhe von 20 % an das FA abführen (§ 99 Abs 1 Z 5 EStG).
- Diese Abzugsteuer hat mit der AGH nichts zu tun (das kann daher insgesamt zu einem Abzug von 45 % der Rechnungssumme führen).
- Allfällige Bescheide einer Steuerbehörde haben keine Bindungswirkung für den ausländischer Werkunternehmer/Überlasser:
OGH 21.11.2018, 3 Ob 88/18i: GU entrichtete zunächst die Abzugsteuer nicht, wurde aber später durch Bescheid dazu verpflichtet und bekämpfte diesen nicht. Das Zivilgericht hat bei einer „Rückforderung der Abzugsteuer“ vom SU zu prüfen, ob ein Werkvertrag oder Arbeitskräfteüberlassung vorlag.

Fehler 4: Fehlende Subunternehmer- nennung bei öffentl. Auftraggebern

- Gesetzliche Regelung
 - Bieter muss im Angebot sämtliche SU nennen (§ 98 Abs 2 BVergG 2018).
 - Alle nicht genannten SU sind spätestens vor ihrem Einsatz zu nennen und vom öff AG zu prüfen (§ 363 BVergG 2018).
 - GU haftet für Entgelt der Arbeitnehmer der SU
 - sofern vom öff AG nicht genehmigt (§ 10 Abs 1 LSD-BG);
 - Auskunftsrecht des Arbeitnehmers ggü öff AG über dieses Faktum (§ 10 Abs 2 LSD-BG).
- Pönale
 - Wird öfters in Ausschreibungsbedingungen vorgesehen.
 - Rechtliche Zulässigkeit wurde bisher weder in der Lit noch in der Rsp aufgegriffen.

Fehler 5: Auftraggeberhaftung (AGH)

- Vorfrage 1: Grundzüge der AGH (§ 67a ASVG, § 82a EStG)
 - AG haftet für SV-Beiträge und lohnabhängige Abgaben des Subunternehmers
 - Haftung ist abstrakt,
 - setzt aber das Bestehen eines Rückstands des SU voraus.
 - Haftungsbefreiung bei
 - Führung des SU auf der HFU-Gesamtliste
 - Abfuhr des Haftungsbetrags von 25 % an das DLZ AGH.
- Vorfrage 2: Internationales SV-Recht
 - Grundregel: Entsandter Dienstnehmer bleibt bis zu 24 Monaten im Herkunftsstaat versichert (Art 12 Koordinierungs-VO).
 - Nachweis der Zuständigkeit (und nur dieser Tatsache!) erfolgt durch eine Bestätigung des (ausländischen) SV-Trägers (A1).

Fehler 5: Auftraggeberhaftung (AGH)

- Die Tatsache, dass ein SU seinen Sitz im Ausland hat,
 - führt nicht per se dazu, dass dessen AN im Ausland sozialversichert sein müssen (und damit nicht im Inland).
 - Nur in Österreich tätige ungemeldete Beschäftigte unterliegen österreichischem SV-Recht, was die AGH begründen kann (OGH 30.10.2018, 2 Ob 143/17v).
- Das A1 gilt auch wenn es inhaltlich nicht richtig ist („Bindungswirkung“).
 - Dies gilt auch dann, wenn es für einen Selbständigen ausgestellt wurde, er im Inland aber als Unselbständiger qualifiziert wird (VwGH 9.12.2019, Ra 2016/08/0118),
 - nicht aber wenn es betrügerisch erlangt wurde (EuGH 6.2.2018, C-359/16 Altun).
 - Aber Vorsicht: Schwarzbeschäftigung kann auch auf anderen Baustellen des SU vorliegen (und damit die AGH begründen).

Fehler 6: (Kein) Vorhalten von Lohnunterlagen

- **Verpflichtung**
 - zum Vorhalten
 - von Meldeunterlagen (§ 21 LSD-BG)
 - und Lohnunterlagen (§ 22 LSD-BG).
 - trifft
 - Arbeitgeber (§ 21 Abs 1 und 2, § 22 Abs 1 und 2 LSD-BG);
 - Beschäftigter (§ 21 Abs 3, § 22 Abs 3 LSD-BG).
- **Problem (aus Sicht des GU):**
 - Umdeutung eines Werkvertrags (mit dem SU) in Arbeitskräfteüberlassung.
 - Das ergibt sich aber nicht aus dem zugrundeliegenden Vertrag, sondern aus der faktischen Vertragsabwicklung („wahrer wirtschaftlicher Gehalt“).

Fehler 6: (Kein) Vorhalten von Lohnunterlagen

- Rechtsfolgen
 - Verwaltungsstrafe für das Nichtvorhalten der Unterlagen (§ 28 LSD-BG):
 - 20.000 € (insgesamt, nicht je Arbeitnehmer)
 - 40.000 € im Wiederholungsfall.
 - Keine Strafbarkeit für materielle Unterentlohnung der Arbeitnehmer des Subunternehmers oder überlassener Arbeitnehmer (zur Vorgängerbestimmung [§ 7i Abs 3 AVRAG]: VwGH 8.9.2016, Ra 2014/11/0083).

Scheinunternehmerproblematik

Der Scheinunternehmerbegriff hat zwei Aspekte:

- Scheinunternehmer nach dem SBBG
 - Scheinunternehmereigenschaft wird in einem förmlichen Verfahren nach § 8 SBBG festgestellt; Liste ist öffentlich: <https://service.bmf.gv.at/service/allg/lsu/>
 - Haftung für Entgelt (§ 9 SBBG) und SV-Beiträge (§ 35a ASVG).
- Empfängerbenennung nach § 162 BAO
 - Nichtanerkennung der Zahlungen an den SU als Betriebsausgabe.
 - Argument: Scheinunternehmer ist nicht wahrer Empfänger der Zahlung, der wahre Empfänger kann nicht benannt werden.
 - Frage der Intensität von Prüfpflichten des GU im Hinblick auf den SU vor Vertragsabschluss.

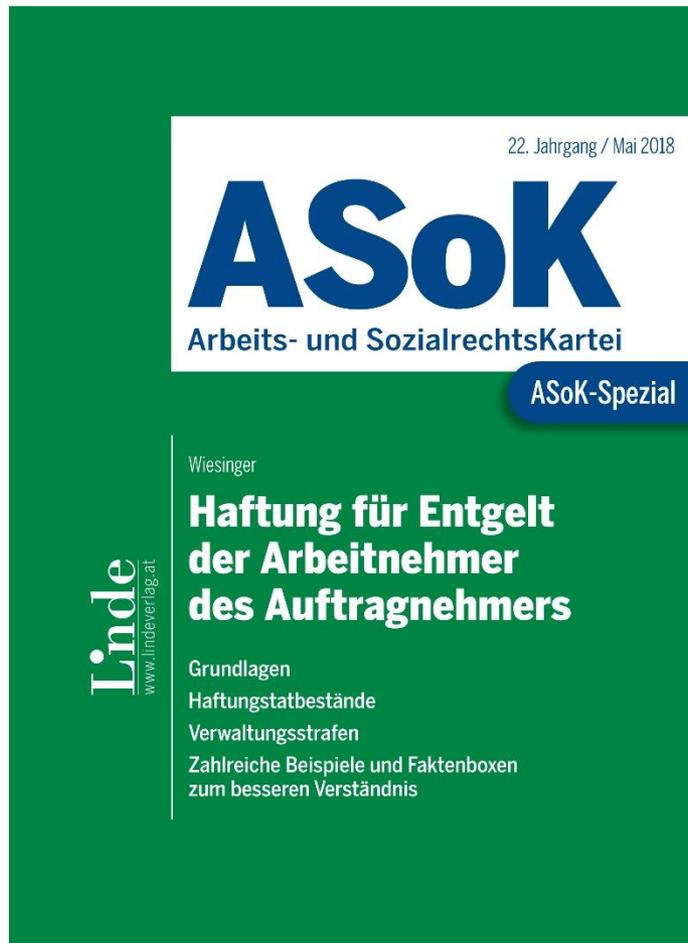
Literaturempfehlungen



Rechtsfragen zur Beziehung
zwischen GU und SU, ua
Zivilrecht, Vergaberecht,
Gewerberecht, Haftungen, ...

- 274 Seiten
- Preis 74 €
- ISBN: 978-3-85402-381-4
- 4. Auflage 2019
- Verlag: Austrian Standards plus

Literaturempfehlungen



Systematische Darstellung der Haftungsbestimmungen für Entgelt, SV-Beiträge, BUAG-Zuschläge von Arbeitnehmern des Subunternehmers (Überlassers)

- 112 Seiten
- Preis 29 €
- ISBN: 9783707339123
- 2018 erschienen, aber nach wie vor aktuell
- Lindeverlag



Danke für die Aufmerksamkeit!

Richtige Ausgestaltung von Subunternehmerverträgen
Dr. Christoph Wiesinger - Folie 25