



ISSUE 29 / Juni 2010

# Newsletter



## Praxis

### Gestaltung von Subunternehmerverträgen

Gemäß § 1165 ABGB ist der Auftragnehmer verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen, wobei das Ausführen auch durch Subunternehmer erfolgen kann. Die Beschäftigung von Subunternehmern ist regelmäßig sinnvoll, wenn Auftragnehmer nicht über ausreichend Ressourcen, Know how oder spezielle Gewerbeberechtigungen zur Ausführung eines konkreten Projekts verfügen. Der Subunternehmer handelt als Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers, der für die Leistung des Subunternehmers im Verhältnis zum eigenen Kunden einzustehen hat. Die ÖNORM B 2110 weist in Punkt 7.2.2 die Subunternehmer konsequenterweise der Risikosphäre des Auftragnehmers zu.

Rechtlich stellen konkret die Insolvenz oder die mangelhafte Vertragserfüllung durch den Subunternehmer ein erhebliches Risiko für den Auftragnehmer gegenüber seinem eigenen Auftraggeber dar. Der Subunternehmervertrag muss daher so gestaltet sein, dass die Pflichten des Auftragnehmers gegenüber dem eigenen Auftraggeber vertraglich weitestgehend auf den Subunternehmer überbunden werden. Dies betrifft insbesondere die vertraglich geschuldete Leistung, Gewährleistungs- und Schadenersatzpflichten, aber auch Hinweis- und Anmeldepflichten in Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen und Leistungsabweichungen. Die optimale Gestaltung des Subunternehmervertrages ist daher eine wesentliche Voraussetzung der ordentlichen Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer gegenüber dem eigenen Auftraggeber. Die Insolvenzproblematik kann nur durch einen leistungsabhängigen Zahlungsplan und die Übergabe von Bankgarantien entschärft werden.

Der Vertrag des Auftragnehmers mit dem eigenen Kunden und der Subunternehmervertrag stellen rechtlich zwei völlig getrennte Einheiten sind. In der Praxis empfiehlt es sich, die Verträge vertraglich zu verknüpfen, etwa durch Verknüpfung der Zahlung an den Subunternehmer mit den Zahlungen des Bauherrn sowie Abstimmung von Gewährleistungs- und Schadenersatzfristen.

**Katharina Müller, Willheim/Müller RAe**

**NEWS +++** Am 30.06.2010 findet der 3. JOUR FIXE dieses Jahres bei Willheim Müller RAe statt. Katharina Müller und Bernhard Kall tragen zum Thema "Der Subunternehmer als Risikofaktor" vor. +++ **Anmeldung und Info über [office@wmlaw.at](mailto:office@wmlaw.at)** +++ Achtung: beschränkte Teilnehmerzahl von 60 Personen.

## Praxis

### Unterscheidung Subunternehmer und Arbeitskräfteüberlasser

Die Frage, ob ein Subunternehmervertrag oder ein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag vorliegt, ist eine oft schwierige zu lösende Frage. Gleichzeitig sind aber die Rechtsfolgen, die mit den jeweiligen Verträgen verbunden sind, in einigen Bereichen sehr unterschiedlich. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass für die Beurteilung, ob eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt oder nicht, nicht die Bezeichnung, sondern der wahre wirtschaftliche Gehalt der getroffenen Vereinbarung ausschlaggebend ist. Für die Abgrenzung sind mehrere Kriterien gegeneinander abzuwägen: Für eine Arbeitskräfteüberlassung spricht etwa, wenn die überlassene Arbeitskraft organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert ist und dessen Dienst- und Fachaufsicht (Kontrolle der Arbeitszeit, fachliche Weisungen etc.) untersteht und wenn die Arbeit vorwiegend mit Material und Werkzeug des Bestellers ausgeführt wird. Entscheidend ist auch, wer für Werkmängel haftet und wer das Risiko des Untergangs des Werks bis zur Übernahme trägt. Trägt dies der Unternehmer, ist von einem Subunternehmer auszugehen, anderenfalls von einer Arbeitskräfteüberlassung.

Die Frage, ob ein Subunternehmer- oder Arbeitskräfteüberlasservertrag vorliegt, ist insbesondere für die Frage der Haftung für das Entgelt der Arbeitskräfte und nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz von Relevanz. Bei Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung macht sich auch der Auftraggeber verwaltungsrechtlich strafbar, wenn der Arbeitskräfteüberlasser ausländische Arbeitskräfte ohne aufrechte Beschäftigungsbewilligung beschäftigt. Der Auftraggeber haftet auch für den Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskraft und alle zu leistenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge als Bürge (bzw. als Ausfallsbürge, wenn er seine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Überlasser bereits erfüllt hat). Lediglich im Insolvenzfall besteht eine Haftungseinschränkung für Ansprüche des Arbeitnehmers nach dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz.

Werden Arbeitskräfteüberlasser beschäftigt, sollten Unternehmer daher vor Vertragsabschluss und danach jedenfalls monatlich Unbedenklichkeitsbescheinigungen und Lohnzahlungsbestätigungen vom Arbeitskräfteüberlasser einfordern.

**Dr. Bernhard Kall, Willheim/Müller RAe**

