

„Pay when paid“ – Überwälzungsklausel in Subunternehmerverträgen

Zahlt der Auftraggeber nicht den vollen Werklohn, bedeutet dies nicht automatisch, dass auch der Auftragnehmer den Subunternehmer nicht zahlen muss.

TEXT: MATHIAS ILG



MPLAW

ZUM AUTOR

**MAG. MATHIAS ILG,
MSC**

ist Junior Partner bei Müller
Partner Rechtsanwälte GmbH,
Rockhgasse 6,
A-1010 Wien.
www.mplaw.at

In der Praxis bedienen sich Auftragnehmer (AN) zur Erfüllung ihrer Leistungspflichten regelmäßig einer oder mehrerer Subunternehmer. Das Vertragsverhältnis des AN zum Subunternehmer ist von jenem zum Auftraggeber (AG) zu unterscheiden. Zahlt der AG nicht den vollen Werklohn, bedeutet dies nicht automatisch, dass auch der AN den Subunternehmer nicht zahlen muss. In Subunternehmerverträgen findet sich daher regelmäßig eine Überwälzungsklausel nach dem Prinzip „pay when paid“.

Grundlagen und Regelungszweck

Nach dem Gesetz wird der Werklohn grundsätzlich nach vollendetem Werk fällig (§ 1170 ABGB). Dies tritt regelmäßig mit Übergabe des Werks ein. Sofern der Werklohn nicht im Vorhinein fix vereinbart ist, wird er erst mit der Rechnungslegung fällig. Dabei handelt es sich um dispositives Recht; es kann also davon abgewichen werden. In Subunternehmerverträgen wird in der Praxis regelmäßig vereinbart, dass der Subunternehmer nur dann Zahlung erhalten soll, wenn auch der AG an den AN Zahlung geleistet hat. Zweck der Bestimmung ist, das Risiko der Einbringlichkeit des Werklohns auf den Subunternehmer zu überwälzen. Der Werklohn des Subunternehmers wird erst fällig, wenn der AN vom AG Zahlung erhalten hat.

Zulässigkeit der Überwälzungsklausel

Wie alle vertraglichen Bestimmungen unterliegt auch die Überwälzungsklausel der Geltungskontrolle nach zivilrechtlichen Grundsätzen. Zu beachten ist insbesondere, dass Bestimmungen in AGB und Vertragsformblättern, welche sowohl nachteilig als auch ungewöhnlich sind, unzulässig sind, wenn nicht gesondert auf sie hingewiesen wird (§ 864a ABGB). Der OGH bejaht aber grundsätzlich die Zulässigkeit einer individualvertraglich vereinbarten Überwälzungsklausel. Unzulässig ist aber eine dahingehende Auslegung, dass der AN überhaupt nichts tun müsste, um den Subunternehmer entlohnen zu können. Ihn trifft vielmehr die vertragliche Nebenpflicht, zur Wahrung der Rechte und Interessen des Subunter-

nehmens die Werklohnforderung beim AG ohne unnötigen Verzug zu betreiben und alle zur Einbringlichmachung gebotenen Schritte zu unternehmen, wie dies ein vernünftiger Geschäftsmann in seinen eigenen Angelegenheiten tut. Den AN treffen also einem Treuhandverhältnis nahekommende Pflichten in der Eintreibung des Werklohns.

Überdies darf sich das Einbringlichkeitsrisiko nur auf den der Werkleistung des Subunternehmers entsprechenden Anteil erstrecken, nicht aber beide Parteien im Verhältnis der von ihnen wirtschaftlich dem AG erbrachten Werkleistungen treffen. Der Subunternehmer muss also nur für die Einbringlichkeit des auf seinen Leistungsteil entfallenden Werklohns einstehen, nicht aber für die Einbringlichkeit des auf Leistungsteile anderer Subunternehmer oder des AN selbst entfallenden Werklohns. Das bedeutet insbesondere, dass dem Subunternehmer Einbehalte des AG wegen Mängeln, die nicht Leistungen des Subunternehmers betreffen, nicht weitergegeben werden dürfen. Im Einzelfall können sich komplexe Abgrenzungsfragen stellen, wenn der Grund für die eingeschränkte Zahlung des AG unklar ist oder Leistungen unterschiedlicher Subunternehmer und Eigenleistungen des AN stark ineinandergreifen.

Fazit

Mit einer „Pay when paid“-Klausel wird das Risiko der Einbringlichkeit des Werklohns an den Subunternehmer weitergegeben; der Werklohn wird in diesem Teil nicht fällig. Eine individualvertraglich vereinbarte Überwälzung ist grundsätzlich zulässig. Den AN trifft jedoch die Nebenpflicht, den Werklohn unverzüglich derart zu betreiben, wie er dies in eigener Angelegenheit tun würde. Dies geht bis zur gerichtlichen Durchsetzung. Überdies muss der Subunternehmer nur für die Einbringlichkeit des auf seine Leistungen entfallenden Werklohns einstehen. Zur Schaffung von Klarheit empfiehlt sich für den AN, an Subunternehmer durchgestellte Leistungsteile vertraglich und in der Abrechnung abzugrenzen und sich darum zu bemühen, vom AG eine eindeutige Begründung für die Zahlungen und Nichtzahlungen zu erhalten. ■