



Abs.: Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Abt.: A&B
 Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien

Bundesministerium
 für Arbeit, Soziales
 und Konsumentenschutz
 Stubenring 1
 1010 Wien

Per Mail: vii9@sozialministerium.at
 Per Mail: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 11.04.2016

GZ: BMASK-462.203/0008-VII/B/9/2016
Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping- (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG) geschaffen wird und das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das Arbeitsinspektionsgesetz 1993, das Heimarbeitsgesetz 1960, das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz und das Betriebspensionsgesetz geändert werden

Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf

01/08

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) erlaubt sich, zum gegenständlichen Entwurf nachfolgende Stellungnahme abzugeben – diese wird unter einem auch dem Präsidium des Nationalrates im Wege der elektronischen Post übermittelt.

Als öffentlicher Auftraggeber, insbesondere im Baubereich, begrüßt die BIG den vorliegenden Gesetzesentwurf im Hinblick auf die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping sowie diesbezügliche Regelungen zur verbesserten internationalen Zusammenarbeit.

Dennoch muss erwähnt werden, dass auch mit diesem Gesetzesentwurf dem (öffentlichen) Auftraggeber Verpflichtungen übertragen werden, die im Zusammenhang mit der praktischen Umsetzung nicht seriös abgeschätzt werden können und insbesondere zu vermehrten Prüftätigkeiten, Auskunftspflichten, Dokumentationspflichten sowie Haftungen des (öffentlichen) Auftraggebers führen - dies unter Beachtung der Besonderheiten in der Abwicklung von (großen) längeren und langjährigen Bauvorhaben.

Der vorliegende Gesetzesentwurf lässt in diesem Zusammenhang viele Fragen im Hinblick auf die praktische Umsetzung im Unklaren, insbesondere durch welche Handlungen der Auftraggeber im Einzelfall Vorsorge treffen kann, um nicht für rechtswidriges Verhalten anderer Unternehmer herangezogen zu werden.

Einleitend erlaubt sich die BIG in diesem Zusammenhang die Art und Weise ihrer Bauvorhaben zur besseren Übersicht der nachfolgenden Anmerkungen in ihrem Grundsatz darzustellen, insbesondere auch um die praxisrelevanten Ansätze leicht nachvollziehbar darzulegen:

Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.
 1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 1
 T +43 5 0244 - 0, F +43 5 0244 - 2211
 E office@big.at, W www.big.at

Handelsgericht Wien
 FN 34897w
 DVR 0737372
 UID ATU38270401

BANK RLB NÖ Wien
 1020 Wien, F.-W.-Raiffeisen-Platz 1
 IBAN AT79 3200 0000 0046 2903
 BIC RLNWATWW



Die BIG wickelt nach den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes (BVergG) im Ober- und Unterschwellenbereich unzählige Bauvorhaben ab (zB Errichtungen/Sanierungen/Zubauten von Schulen/Universitäten/Gerichten/Justizanstalten/Polizeidirektionen/etc.), welche regelmäßig in jedem einzelnen Bauvorhaben aus vielerlei Gewerken bestehen. Als durchschnittlicher Ansatz kann hierbei bei jedem einzelnen Bauvorhaben von der Vergabe von ca. 25 und mehr Einzel-Gewerken (zB Baumeisterleistungen, Leistungen Haustechnik, Leistungen Elektrotechnik, Leistungen Fassade, Leistungen Außenanlagen sowie Leistungen der üblichen Baunebengewerke, wie Bauschlosser, Maler, Bodenleger, Tischler, etc.) ausgegangen werden. In großem Umfang beschäftigen als diese Auftragnehmer für bestimmte von ihnen zu erbringende Leistungen Subunternehmer im eigenen Verantwortungsbe- reich. Alle diese Einzel-Gewerkeunternehmer tragen mit ihren Leistungen zur Fertigstellung des Gesamtprojektes teil. Diese Vorgehensweise entspricht der jahrzehntelangen österreichischen Tradition, insbesondere unter Beachtung der in Österreich bestehenden Landschaft der Klein- und Mittel- unternehmen. Die BIG schließt daher in jedem einzelnen Bauvorhaben unzählige Vertragsverhältnis- se mit den einzelnen Auftragnehmern dieses jeweiligen Bauvorhabens.

Die Beauftragung eines "klassischen" Generalunternehmers wie dieser in der Baubranche verstan- den wird, d.h. eines Auftragnehmers, der für die gesamten Leistungen eines Bauvorhabens verant- wortlich ist und eine großen Teil dieser Leistungen selbst an Subunternehmer vertraglich "weitergibt", stellt in diesem Bereich die Ausnahme dar. Wir regen daher an, den Begriff des Generalunterneh- mers, wie er im Gesetzentwurf offensichtlich verstanden wird, zu überdenken.

02/08

Im Einzelnen hat die BIG nachstehende Anmerkungen zum vorliegenden Gesetzesentwurf:

Begriffsbestimmungen

Dem Ziel dieses Entwurfes – dem Rechtsanwender ein leichteres Verständnis der komplexen Rechtsmaterie zu ermöglichen – entsprechend und weil mit diesem Entwurf auch formal ein neues Gesetz geschaffen wird, regen wir an, am Beginn die wesentlichen Begriffe iS dieses Gesetzes zu erläutern/definieren, insbesondere folgende in einem eigenen Paragraphen zu definieren: "Auftrag- geber" (zB direkter Auftraggeber, sämtliche Auftraggeber innerhalb einer Auftragskette), " Arbeitge- ber", "Überlassung/Überlasser", "Beschäftiger", "Entsendung/Entsender", Generalunternehmer, ...

In diesem Zusammenhang wird auch angeregt, jene getroffenen Definitionen, welche sich in den Erläuternden Bemerkungen finden (ua "Entsendung"), in die Begriffsbestimmungen, jedenfalls in den Gesetzestext aufzunehmen.

Zu § 2 Wahrer wirtschaftlicher Gehalt - Beurteilungsmaßstab

In welchem Zusammenhang steht die Einstufung in "Arbeitsverhältnis", "grenzüberschreitende Ent- sendung" oder "Überlassung" nach dem „wahren wirtschaftlichen Gehalt“ zu den übrigen Bestim- mungen in diesem Gesetz? Wer hat diese Einstufung zu treffen/prüfen? Gibt es bei einer „falschen“ Einstufung Auswirkungen im Hinblick auf Prüfpflichten, Dokumentationspflichten oder Haftpflichten des (öffentlichen) Auftraggebers?



Zudem ist eine Begriffsbestimmung im Gesetzesentwurf bzw. sind erläuternde Bemerkungen zur Begrifflichkeit „wahrer wirtschaftlicher Gehalt“ ausständig und regen wir diesbezügliche Ergänzungen an.

Zu § 8 Haftung für Entgeltansprüche gegen Arbeitgeber mit Sitz in einem Drittstaat

Gemäß dieser Bestimmung haftet der "Auftraggeber als Unternehmer" mit dem Arbeitgeber im Drittstaat als Gesamtschuldner. Welcher "Auftraggeber" ist hier angesprochen?

Zu dieser Bestimmung im Gesetzesentwurf findet sich in den Erläuternden Bemerkungen eine wesentliche Ergänzung betreffend die Haftungsvoraussetzung und regen wir an, den Satz „*Die Haftung des inländischen Unternehmer-Auftraggebers setzt voraus, dass der Auftrag für das Unternehmen des Auftraggebers durchgeführt wird*“ in den Gesetzestext aufzunehmen. Zudem ist eine Erläuterung dieses Satzes, insbesondere der Formulierung "*dass der Auftrag für das Unternehmen des Auftraggebers durchgeführt wird*" erforderlich und regen wir an, eine solche aufzunehmen.

In Abs 2 wird für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung auf den § 14 AÜG bzw auf "vergleichbare österreichische Rechtsvorschriften" verwiesen. Im Hinblick auf eine klare Regelung regen wir an diese "vergleichbaren Rechtsvorschriften" zumindest in den Erläuterungen zu nennen.

Zu § 9 Besondere Haftungsbestimmungen für den Baubereich

03/08

Zu Beginn darf zur gewählten innerstaatlichen Haftungsregelung des § 9 in Umsetzung der Vorgabe von Artikel 12 ("Haftung bei Unteraufträgen") auf die diesbezüglichen Vorgaben und Möglichkeiten in der Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen hingewiesen werden:

Der Artikel 12 (5) "Haftung bei Unteraufträgen" der Richtlinie sieht dazu vor, dass die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass ein Auftragnehmer, der "*seine im nationalen Recht festgelegten Sorgfaltspflichten nachgekommen ist, nicht haftbar gemacht wird*". Zudem können die Mitgliedstaaten nach Artikel 12 (6) dieser Richtlinie anstelle der Haftungsregel, dass in "*Unterauftragsketten die entsandten Arbeitnehmer den Auftragnehmer, dessen direkter Unterauftragnehmer der Arbeitgeber ist, neben dem oder an Stelle des Arbeitgeber(s) für die Wahrung der Rechte der entsandten Arbeitnehmer haftbar machen können*" andere angemessene Durchsetzungsmöglichkeiten ergreifen.

Im Hinblick auf die derzeit schon bestehenden Abfrageverpflichtungen des (öffentlichen) Auftraggebers betreffend Ausländerbeschäftigung und Lohn- und Sozialdumping ist die Verlagerung von weiteren Prüfpflichten und Haftungen für fremdes Verhalten auf den "Auftraggeber" (wobei der Begriff "Auftraggeber" in der Richtlinie nicht erwähnt ist) zu überdenken, zumal öffentliche Auftraggeber aufgrund der Vorgaben des Bundesvergabegesetzes keine Wahlmöglichkeit haben, welches Unternehmen den Auftrag bekommen soll.

In den Erläuternden Bemerkungen wird ausgeführt, dass "die aufgrund der Haftung zu erwartende Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, wie insbesondere die Zahlung des Werklohns erst nach bestimmten Fristen (wenn die Bauleistung schon erbracht wurde und die Fristen der Arbeitnehmer zur Geltendmachung der Haftung abgelaufen sind) die Interessen aller beteiligten Personen sichert. In diesem Zusammenhang sind die Bestimmungen des



Bundesvergabegesetzes, Zahlungsverzugsgesetzes sowie ÖNORMEN (insbesondere B 2110 und in dieser insbesondere Pkt. 8.3 "Rechnungslegung" iZm Pkt. 8.3.2 "Abschlagszahlungen, Abschlagsrechnungen, Zahlungsplan") und damit einhergehende Zahlungsfristen zu berücksichtigen, da diese nur eine eingeschränkte Gestaltungsmöglichkeit hinsichtlich der Zahlungsfristen zulassen. Vor allem bei (großen) längeren und langjährigen Bauvorhaben ist eine Zahlung des Werklohns nach Fertigstellung unrealistisch. Da § 9 besondere Haftungsbestimmungen für eben diese Baubranche schafft, ist die Begründung betreffend die Ausgestaltung von Rechtsverhältnissen – insbesondere in Bezug auf die Zahlung des Werklohns – zu überdenken.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere nachstehender Satz in den Erläuternden Bemerkungen kritisch zu hinterfragen: *"In dieser Möglichkeit zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses liegt auch die Möglichkeit den Auftraggeber wirtschaftlich im Ergebnis so zu stellen, dass er keinen höheren Betrag als den Werklohn zu bezahlen hat, sodass er in seiner Entscheidungsfreiheit zur Beauftragung eines Auftragnehmers, deren Arbeitnehmer grenzüberschreitend eingesetzt werden, nicht wesentlich beschränkt ist"*.

Darüberhinaus darf auch an dieser Stelle angemerkt werden, dass Öffentliche Auftraggeber bei Auftragsvergaben im Oberschwellenbereich EU-weite Ausschreibungen verpflichtend durchzuführen haben, um die Vorgaben im Bundesvergabegesetz einzuhalten. Die Entscheidungsfreiheit bezieht sich sohin nicht gleichermaßen auf alle Auftraggeber.

Nach **Abs 1** haftet der "Auftraggeber" für Entgeltsansprüche von Arbeitnehmern seines "Auftragnehmers". Eine Definition dieser Begrifflichkeiten ist ausständig und für ein klares Verständnis jedenfalls erforderlich, weshalb wir die Aufnahme einer Definition in Begriffsbestimmungen zu diesem Gesetz nachdrücklich anregen. In welcher Form und Intensität ist der öffentliche Auftraggeber aufgrund der "speziellen" Norm für öffentliche Auftraggeber in § 10 von den Bestimmungen des § 9 überhaupt erfasst?

04/08

Die in Abs 1 2. Satz vorgesehene Einschränkung des Erstauftraggebers bedarf einer Konkretisierung im Hinblick auf die Formulierung "der Auftraggeber, der selbst nicht Auftragnehmer der beauftragten Bauarbeiten ist". Dazu regen wir eine klare Formulierung sowie Erläuterungen zur Konstellation in der Praxis an. Zudem ist der Begriff „auf Grund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste“ unbestimmt und bedarf ebenfalls einer Konkretisierung. Zudem geht der Entwurf davon aus, dass vor Beauftragung schon Wissen über eine Nichtzahlung des Entgelts für Arbeitnehmer besteht. Welches praktische Exempel liegt dieser Regelung zu Grunde? Woher kann ein sorgfältig handelnder Auftraggeber und insbesondere öffentlicher Auftraggeber, der die erforderlichen Leistungen in einem europaweiten offenen Verfahren gemäß Bundesvergabegesetz (BVergG) ausschreibt, Informationen über die mangelnde Bezahlung von Arbeitnehmern seines künftigen Auftragnehmers erhalten? Und: Was kann ein sorgfältig handelnder Auftraggeber aus Sicht des Gesetzgebers zur „Vermeidung“ der Haftung oder für ein ausreichendes Wissen vor Beauftragung tun?

Abs 2 sieht als Voraussetzung für die Haftung nach Abs 1 kumulativ vier Erfordernisse vor, ua, dass der Arbeitnehmer die BUAK innerhalb von 8 Wochen ab Fälligkeit des Entgelts informiert. Wie ist in diesem Zusammenhang der Satz *"Die Haftung endet neun Monate nach der Fälligkeit des jeweiligen Entgelts, es sei denn, der Arbeitnehmer macht seine Forderung gegenüber dem Auftraggeber innerhalb dieses Zeitraums gerichtlich geltend"* zu verstehen? Präkludiert der Anspruch gegen den Auftraggeber, wenn der Arbeitnehmer nicht innerhalb von 8 Wochen die BUAK informiert hat?



In den Erläuternden Bemerkungen wird zur Haftung erwähnt, dass „die Haftung grundsätzlich nur zugunsten der Arbeitnehmer des direkten Auftragnehmers des Auftraggebers“ besteht. Was bedeutet in diesem Zusammenhang das Wort „grundsätzlich“? Im Gesetzestext ist normiert, dass der Auftraggeber betreffend Arbeitnehmer seines Auftragnehmers haftet. Auch diesbezüglich regen wir eine Klarstellung an.

Abs 4 nimmt hinsichtlich des Zeitpunkts der Begründung der Haftung des Auftraggebers Bezug auf Abs 1, obwohl die Voraussetzung der Begründung der Haftung in Abs 2 geregelt werden. Diesbezüglich bedarf es einer Klarstellung. Zur Begrifflichkeit „Mutwillen des Auftraggebers“ in Abs 4 findet sich in den Erläuternden Bemerkungen, dass darunter ein mutwilliges Anerkenntnis fallen könnte. Der Auftraggeber wird sohin in die Lage versetzt, dass er sich hinsichtlich des Anspruches, der Höhe des vom Arbeitnehmer eingeforderten Betrages gegenüber dem Auftragnehmer rechtfertigen muss, damit er Anspruch auf Ersatz hat? Ist die Höhe und das Bestehen des Anspruches nicht bereits von der BUAK „festgestellt“ worden? Wenn nicht, hat der Auftraggeber die Ansprüche des Arbeitnehmers festzustellen? „Was sind ordnungsgemäße oder zumutbare Schritte zur Einbindung des Auftragnehmers“? Der Auftragnehmer bekommt nur „angemessenen Betrag für allfällige Kosten eines gerichtlichen Verfahrens“ – der tatsächlich entstandene Kostenaufwand ist nicht zu ersetzen? Zu all diesen Fragen ist eine Klarstellung erforderlich.

Wenn der Auftraggeber den Werklohn schon geleistet hat, kommt der Auftraggeber in die missliche Lage, für die von ihm bereits geleistete Schuld vom Auftragnehmer Ersatz einzufordern (**Abs 5**). Voraussetzung ist jedoch, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer über den Rechtsstreit benachrichtigt oder die ihm zumutbaren Schritte für eine solche Benachrichtigung gesetzt haben muss. – was bedeutet das konkret? Des Weiteren steht der Ersatzbetrag dem Auftraggeber nicht zu, wenn der in der gerichtlichen Entscheidung angeführte Betrag auf einen „Mutwillen des Auftraggebers zurückzuführen“ ist. Auch für diesen Fall ist eine Begriffserklärung erforderlich, zumal in dieser Konstellation dem Auftraggeber unverhältnismäßig hoher Aufwand überwältigt würde.

05/08

Im Falle des Abs 5 trägt der Auftraggeber zudem das Risiko, dass der Auftragnehmer insolvent wird. Welchen Anspruch hat der Auftraggeber im Falle einer Insolvenz des Auftragnehmers? (Hat der Auftraggeber dann ein Absonderungsrecht? Oder besteht gar nur eine Insolvenzforderung und sohin Anspruch auf eine Quote?)

Nach **Abs 6** haben „sämtliche Auftraggeber“ der BUAK Auskunft über die von ihnen „beauftragten Unternehmen und über die Weitergabe der Bauleistungen“ zu erteilen. Welche Angaben sind vom Auftraggeber hier zu machen? Ist hier der Datenschutz gewährleistet, wenn die BUAK in weiterer Folge diese Auskünfte (dh alle Angaben?) und die "im Zusammenhang mit der unterbliebenen Auskunft stehenden Daten" zum Zweck der Geltendmachung der Ansprüche an den Arbeitnehmer übermittelt. Was ist mit dieser Formulierung gemeint?

In **Abs 7** wird die „auskunftspflichtige Person“ zur Auskunftserteilung verpflichtet. Welcher Personenkreis wird hier angesprochen? Was umfasst "die erforderliche Auskunft"? Was sind „sonstige Beauftragungen“ iZm der gegenständlichen Haftung?

Zu diesen Begrifflichkeiten ist eine Klarstellung erforderlich.

Abs 8 bezieht sich auf die Erstreckung der Haftung des "Auftraggebers" unter Verweis auf Abs 1. Welcher Auftraggeber ist hier gemeint? Was kann der Auftraggeber „aufgrund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten“?



Betreffend Abs 8 ist jedenfalls eine Konkretisierung des "Auftraggebers" im Gesetzestext erforderlich und zudem nähere Erläuterungen zu "auf Grund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand".

Zudem ist die vorgesehene Erstreckung der Haftung "des Erstauftraggebers" nach dem Abs 1 für Arbeitnehmer jedes weiteren Auftragnehmers überschießend und im Hinblick auf die praktische Umsetzung zu überdenken. In der Praxis hat der Erstauftraggeber keine Kenntnis davon, ob der/die Sub(sub)unternehmer seines Auftragnehmers seine/n Arbeitnehmer entsprechend entlohnt und die "Auftragserteilung" (welche ist hier konkret gemeint?) ein "Umgebungsgeschäft" ist. Wie könnte ein Erstauftraggeber von einem Umgebungsgeschäft des Sub(sub)auftragnehmers seines Auftragnehmers Kenntnis erlangen? Eine Definition bzw. erläuternde Bemerkungen zum Begriff "Umgebungsgeschäft" sind jedenfalls erforderlich.

In **Abs 10** wird der "Auftraggeber" auch für Zuschläge nach 33d BUAG haftbar gemacht. Welche Zuschläge sind hier konkret gemeint - zumal diese gemäß § 25 BUAG erst am 15. des auf den Zuschlagszeitraum zweitfolgenden Monats fällig werden? Dies führt sohin zu einem Auseinanderfallen der Fälligkeit betreffend Entgelt und Zuschlag – hat dies Auswirkungen auf die Regelungen betreffend die Begründung der Haftung in Abs 2?

Zu § 10 Haftung des Generalunternehmers für Entgeltansprüche gegen Auftragnehmer mit Sitz in einem EU- oder EWR-Vertragsstaat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

06/08

Eingangs stellt sich die Frage, weshalb diese Regelung – in Abweichung zum bisherigen § 7c AVRAG – (nur) auf den öffentlichen Auftraggeber ausgedehnt wurde. Diesbezügliche Erläuterungen sind insbesondere auf die weitreichenden Konsequenzen dieser Haftungsbestimmung wünschenswert.

Aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers ist es nicht zumutbar, dass dieser für ein vergabe- bzw. vertragswidriges Verhalten des Generalunternehmers (bzw. möglicher weiterer Subauftragnehmer) haften soll, das im Regelfall der Auftragnehmer gegen den Willen und auch ohne Wissen des öffentlichen Auftraggebers gesetzt hat. Soweit der öffentliche Auftraggeber selbst keine Verhaltenspflichten verletzt, würde dies zu einer **verfassungswidrigen Haftung** für fremdes Verhalten führen. Was wären nach Ansicht des Gesetzgebers die Obliegenheiten des öffentlichen Auftraggebers die dieser zu erfüllen hat, damit er nicht unter die Haftung des § 10 fällt?

Die Bestimmung in **Abs 1** bezieht sich auf "Generalunternehmer", die Auftragnehmer eines öffentlichen Auftraggebers sind und die Erbringung zumindest eines Teils der Leistung an einen Subunternehmer weitergeben. Nach unserem Verständnis kommt es sohin zu keiner Haftung des öffentlichen Auftraggebers für das Entgelt der Arbeitnehmer, wenn ein Subunternehmer aus einem Drittstaat mit der Ausführung beauftragt wird.

In den Erläuterungen wird dem Verständnis des Generalunternehmers im Gesetzesentwurf (siehe hierzu einleitende Zusammenfassung auf Seite 2 dieser Stellungnahme) folgend auf einen "Werkvertrag" (vgl. Erläuterungen, Seite 9, 2. Absatz von unten) abgestellt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Haftungsbestimmung des § 10 auch sonstige Aufträge, zB Dienstleistungsaufträge erfasst, denen nicht immer ein "klassischer" Werkvertrag zu Grunde liegt.

Der öffentliche Auftraggeber haftet dann, wenn der Generalunternehmer einen Auftrag oder einen Teil eines Auftrages in einer nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes, oder anderen



gleichartigen Rechtsvorschriften unzulässigen Weise oder gegen vertragliche Vereinbarungen weitergegeben hat.

Diesbezüglich fehlen Erklärungen bzw. Erläuterungen zur Definition „unzulässiger Weise“. Zudem ist der Verweis auf "anderer gleichartiger Rechtsvorschriften" unkonkret und unbestimmt. Welche Rechtsvorschriften sind hier angesprochen, die zu einer Haftung führen können? Zu diesen Begriffen sind Ergänzungen bzw. Erläuterungen des Gesetzes erforderlich und regen wir an, solche aufzunehmen.

Betreffend den letzten Satz in Abs 1 "*Gleiches gilt für einen Subunternehmer, wenn dieser einen Auftrag oder einen Teil eines Auftrages in unzulässiger Weise weitergibt*" stellt sich die Frage, wie dieser grundsätzlich und im Konnex des Abs 1 und Abs 3 zu verstehen ist. Ist hier gemeint, dass der öffentliche Auftraggeber nur auf der "1. Ebene" haftet und der jeweilige Subunternehmer für die Unterauftragsketten, wenn dieser einen Auftrag oder einen Teil eines Auftrages in unzulässiger Weise weitergibt? Dazu regen wir jedenfalls eine Klarstellung im Gesetzestext an.

Abs 2 bezieht sich zum einen auf „sämtliche Auftraggeber“ im Anwendungsbereich des Abs 1. So wie wir den ersten Satz in Abs 2 verstehen, sind der Generalunternehmer und Subunternehmer gemeint, die den Arbeitnehmern Auskunft über die von ihnen beauftragten Unternehmen und über die Weitergabe der Beauftragung zu erteilen haben.

Im letzten Satz des Abs 2 wird wiederum auf den "öffentlichen Auftraggeber" Bezug genommen, der den Arbeitnehmer über die „Zulässigkeit“ der Weitergabe Auskunft zu geben hat. Dies kann in weiterer Folge zu einem Widerspruch der arbeitsrechtlichen Treuepflicht des Arbeitnehmers führen und einen schweren Interessenkonflikt darstellen, wenn dieser zur Unzulässigkeit der Weitergabe des Auftrages Auskunft zu erteilen hat und damit im Einzelfall eine Haftung seines Arbeitgebers begründet würde. Wie gestaltet sich die Auskunft des öffentlichen Auftraggebers über die „Zulässigkeit der Weitergabe des Auftrages“ an den Arbeitnehmer? Was ist hier mitzuteilen, damit die „erforderliche Auskunft“ erteilt wird, um nicht in die Haftung zu kommen? Unter Verweis auf Datenschutz und Betriebsgeheimnisse regen wir an konkret darzulegen, um welche Daten es sich dabei handelt, die der öffentliche Auftraggeber dem Arbeitnehmer bekanntzugeben hat.

07/08

Abs 3 bezieht sich auf die Erstreckung der Haftung des "Auftraggebers" unter Verweis auf Abs 1. Welcher Auftraggeber ist hier gemeint? Da in den Erläuternden Bemerkungen zu Abs 3 die Haftung des "General- oder Subunternehmers" erwähnt wird ist dazu eine Klarstellung erforderlich Die Erstreckung der Haftung in Abs 3 mit Verweis auf Abs 1 bezieht sich auf den Arbeitnehmer, jedes weiteren Auftragnehmers, wenn das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft darauf abzielt die Haftung zu umgehen und der "Auftraggeber" dies wusste oder auf Grund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand". Ist von der Haftungsbestimmung des Abs 3 auch der öffentliche Auftraggeber umfasst?

Betreffend Abs 3 ist jedenfalls eine Konkretisierung des "Auftraggebers" im Gesetzestext erforderlich und zudem nähere Erläuterungen zu "*auf Grund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand*". Im Übrigen verweisen wir dazu auf unsere Anmerkungen zu § 9 Abs 8.



Verhältnis § 9 Besondere Haftungsbestimmungen für den Baubereich zu § 10 Haftung des Generalunternehmers für Entgeltansprüche gegen Auftragnehmer mit Sitz in einem EU- oder EWR-Vertragsstaat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

Unklar ist, in welchem Verhältnis die Bestimmungen des § 9 und § 10 zueinander stehen. Ist § 10 lex specialis?

Davon ausgehend, dass üblicherweise Auftragnehmer des öffentlichen Auftraggebers aus der EU, dem EWR und der Schweiz kommen, versteht sich eine Haftung des öffentlichen Auftraggebers im Sinne des § 9 sohin nur bei Auftragnehmern aus einem Drittstaat?

Wenn § 10 lex specialis ist und der öffentliche Auftraggeber in seinen Vertragsbestimmungen den Generalunternehmer vertraglich verpflichtet hat, dass dieser ordnungsgemäß Aufträge weitergibt und der Generalunternehmer den Regelungen des BVergG und den vertraglichen Bestimmungen entsprechend handelt, kann es somit zu keiner Haftung – weder nach § 10 noch nach § 9 - des öffentlichen Auftraggebers kommen. Die Haftung trifft somit den Auftragnehmer des öffentlichen Auftraggebers als Auftraggeber (= Generalunternehmer) seines/r Subunternehmer/s, sollte in weiterer Folge in einer Unterauftragskette des Generalunternehmers ein Arbeitnehmer nicht entsprechend entlohnt werden.

Zu § 34 Zahlungsstopp - Sicherheitsleistung

Auch diese Bestimmung im Entwurf führt zu einem erhöhten Aufwand auf Seiten des Auftraggebers, da die Evidenzhaltung von Zahlungsstopps mit einem Mehraufwand an Prüf- und Verwaltungstätigkeit verbunden ist - zumal das Risiko besteht, dass, wenn der Auftraggeber entgegen dem Zahlungsstopp den Werklohn leistet, dieser nach § 34 Abs 2 als nicht geleistet gilt.

08/08

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'C. Weingrill', is written over the typed name and title of the signatory.

Mag. Claudius Weingrill
Leiter
Architektur & Bauvertragswesen

Mag. Barbara Trettl
Architektur & Bauvertragswesen, T +43 5 0244 - 4046, F +43 5 0244 - 4719,
M +43 664 807 45 - 4046, E barbara.trettl@big.at