



© Daniel Ernst - Fotolia.com

Die Haftung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und die Auftraggeberhaftung in der Bauwirtschaft

1. Grundsätzliches

Im österreichischen Recht ist es selbstverständlich, dass Gläubiger ihre Ansprüche gleichzeitig auf **verschiedene Rechtsgrundlagen** stützen können. Dies gilt nicht nur bei privaten Schuldverhältnissen, sondern auch im Sozialversicherungsrecht. In der Praxis wird z. B. bei Abschluss von Ratenvereinbarungen von Gebietskrankenkassen auch die Abgabe von Bürgschaftserklärungen zur Besicherung gefordert. Kommt es zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer GesmbH, werden die vertretungsbefugten Organe von den Kassen zivilrechtlich sowohl wegen der abgegebenen Bürgschaftserklärung als auch wegen schadenersatzrechtlicher Ansprüche bei Insolvenzverschleppung (§ 69 Abs. 2 Insolvenzordnung) in Anspruch genommen. Beide Haftungstatbestände bestehen par-

allel, wobei die Höhe der Ansprüche je nach Anspruchsgrundlage differieren kann.

Bei den verschiedenen nebeneinander bestehenden Tatbeständen muss es sich nicht immer um zwei oder mehrere zivilrechtliche Ansprüche handeln, es können auch im Verwaltungsweg geltend zu machende Forderungen mit zivilen Schadenersatzansprüchen zusammentreffen. Es ist z. B. nach ständiger Rechtsprechung des OGH (2Ob 268/98w, 19.11.1998) anerkannt, dass eine zivilrechtliche Geltendmachung eines auf § 159 Strafgesetzbuch gestützten Schadenersatzanspruches neben einer allfälligen Haftung nach § 67 Abs. 10 ASVG zulässig ist. Hat ein Geschäftsführer zu verantworten, dass er die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens grob fahrlässig herbeigeführt hat, muss er den sich dadurch ergebenden Schaden an



Dr. Beatrix Bartos
ist Leiterin der Abteilung
Beitragseinhebung der
Wiener Gebietskrankenkasse.



Im österreichischen Recht ist es selbstverständlich, dass Gläubiger ihre Ansprüche gleichzeitig auf verschiedene Rechtsgrundlagen stützen können. Dies gilt nicht nur bei privaten Schuldverhältnissen, sondern auch im Sozialversicherungsrecht.

Sozialversicherungsbeiträgen ersetzen. Die bescheidmäßig auszusprechende Haftung nach § 67 Abs. 10 ASVG kann bei sozialversicherungsrechtlichen Meldeverstößen und bei finanzieller Ungleichbehandlung von Sozialversicherungsforderungen mit sonstigen Gläubigerforderungen ausgesprochen werden. Die auf zwei unterschiedliche Rechtsgrundlagen gestützten – und auch betragsmäßig im Regelfall unterschiedlichen – Forderungen gegen denselben Verantwortlichen dürfen nur nicht dazu führen, dass ein Sozialversicherungsträger insgesamt mehr erhält, als Beiträge bei diesem Unternehmen offen waren.

Eine Ausnahme von nebeneinander bestehenden Rechtsgrundlagen ist dann gegeben, wenn ein **spezielles Gesetz** („*lex specialis*“) das allgemeine Gesetz verdrängt. Der Grund liegt darin, dass im Fall der weiteren Anwendbarkeit des allgemeinen Gesetzes das spezielle Gesetz keinen praktischen Anwendungsbereich hätte.

In der Praxis wird von Personen, die für Beitrags-schulden haftbar gemacht werden, immer wieder die Frage gestellt, in welchem Verhältnis die Haftung für Beschäftiger nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und die Haftung für Auftraggeber nach § 67a ASVG zueinander stehen. In der folgenden Gegenüberstellung der beiden Haftungen sollen die Anwendungsbereiche und Unterschiede verdeutlicht werden.

2. Die Haftung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz

Personalbereitstellungsunternehmen spielen schon seit längerer Zeit im Wirtschaftsleben eine wichtige Rolle. Einerseits lassen sich vorübergehende Personalengpässe durch den Einsatz von „Leiharbeitskräften“ überbrücken. Das Beschäftigerunternehmen erspart sich auf diese Weise entsprechende Personalreserven. Andererseits kann auch die Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers einfacher beendet werden als Dienstverhältnisse von eigenen Arbeitnehmern, weil z. B. keine Kündigungsschutzvorschriften zu beachten sind.

Mit dem im Jahr 1988 in Kraft getretenen **Arbeitskräfteüberlassungsgesetz** (AÜG) wurden gesetzliche Regelungen zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer in arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht getroffen und auch eine möglichst klare Rechtssituation geschaffen, um Streitigkeiten zwischen den Partnern des Dreiecksverhältnisses zu vermeiden. Vor dieser gesetzlichen Rege-

lung gab es zahlreiche Unklarheiten und damit auch die erhebliche Gefahr, dass unter Umgehung der zum Schutz der Arbeitnehmer bestehenden Gesetzesbestimmungen Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen wurden.

Eine der wichtigen Schutzbestimmungen für die Arbeitnehmer ist die Festlegung, dass der **Überlasser** ein angemessenes und ortsübliches Entgelt schuldet. Außerdem soll für die Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskraft nicht nur der Arbeitgeber haften, sondern auch der Beschäftiger, der aus der Arbeitsleistung des überlassenen Arbeitnehmers ebenfalls einen Nutzen zieht. Gemäß § 14 Abs. 1 AÜG haftet der Beschäftiger daher für die gesamten der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigung in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche und die entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung als **Bürge** (im Sinne des § 1355 ABGB).

Die Haftung ist auf jenes Entgelt beschränkt, das für die **Dauer der Beschäftigung** in seinem Betrieb zusteht. Wird daher in der Praxis eine derartige Bürgschaft geltend gemacht, müssen anhand von Zeitaufzeichnungen bei den einzelnen Arbeitnehmern die entsprechenden Entgeltsansprüche und Sozialversicherungsbeiträge genau errechnet werden. Da nur den Überlasser die Pflicht trifft, derartige Aufzeichnungen zu führen, können aufgrund von Beweisschwierigkeiten Haftungen für Sozialversicherungsbeiträge nur in seltenen Fällen tatsächlich geltend gemacht werden. Im Fall von Insolvenzeröffnungen über das Vermögen von Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen sind oft Firmenunterlagen nur bruchstückhaft vorhanden und auch der bestellte Insolvenzverwalter kann bei einer Vielzahl von Beschäftigerunternehmen nicht feststellen, welche Arbeitskräfte konkret an welchen Tagen wo eingesetzt waren.

Diese gesetzlich angeordnete Bürgschaft des Beschäftigers gegenüber der Arbeitskraft und den Gebietskrankenkassen ist insoweit eingeschränkt, als der Beschäftiger nur als Ausfallsbürge haftet, sofern er nachweist, dass er seine Verpflichtung aus der Überlassung bereits gegenüber dem Überlasser erfüllt hat. Bei Insolvenz des Überlassers reduziert sich die Bürgenhaftung auf jene Forderungen, auf die kein Anspruch gegenüber dem Insolvenzfonds besteht. Bei Sozialversicherungsbeiträgen entfällt daher in diesem Fall die Haftung für die Dienstnehmerbeitragsanteile zur Kranken- und Pensionsversicherung.

Beschäftiger haftet als Bürge für in seinem Betrieb beschäftigte Arbeitskräfte.

3. Die Auftraggeberhaftung

Im Hinblick auf die finanziellen Verluste an Sozialversicherungsbeiträgen durch Sozialbetrug, vor allem von dubiosen Bauunternehmen, hat der Gesetzgeber eine Auftraggeberhaftung beschlossen, die 2009 in Kraft getreten ist. Bei Schaffung der Regelung wurde in einer interministeriellen Arbeitsgruppe, bei der auch die Sozialpartner vertreten waren, versucht, eine Bestimmung zu schaffen, die auch in der Praxis vollziehbar ist. In Deutschland besteht nämlich schon seit längerer Zeit eine Auftraggeberhaftung, die von den deutschen Sozialversicherungsträgern kaum angewendet wird. Der Hauptgrund liegt darin, dass sich die Haftung – ähnlich wie jene nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – auf die Beiträge konkreter, namentlich bekannter versicherter Personen bezieht. Dubiose Bauunternehmen, die als Subfirmen an unterster Stelle einer Vergabekette stehen, verfügen oft weder über Betriebsmittel noch über einen wirklichen Firmensitz und auch der eingetragene Geschäftsführer ist nur ein „Strohmann“. Namentliche Aufzeichnungen darüber, welche Dienstnehmer zu welchen Zeitpunkten bei welchen Auftraggebern eingesetzt waren, existieren bei derartigen Unternehmen daher fast nie.

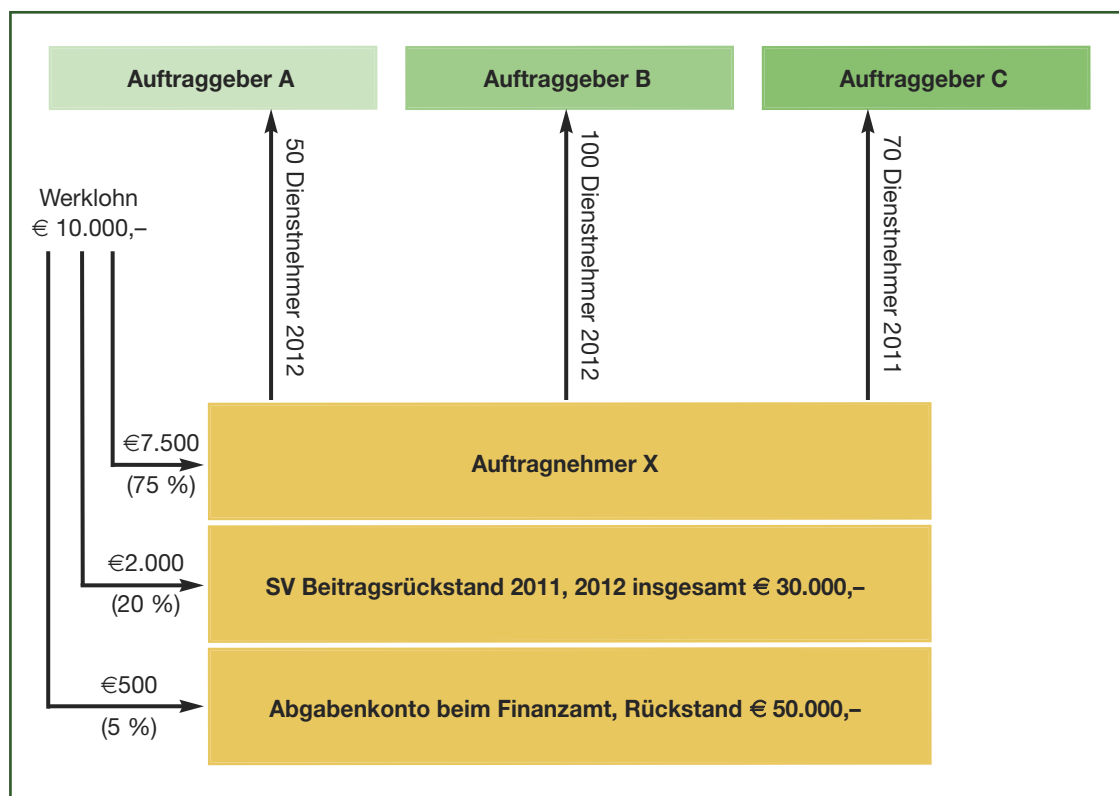
Von den einzelnen Versicherten „losgelöste“ Haftung.

Aufgrund dieser praktischen Überlegungen wurde eine von den einzelnen Versicherten und deren Beiträgen völlig losgelöste Haftung geschaffen, die sich bei der Höhe der Haftungssumme ausschließlich an der Höhe des Werklohns orientiert. Es ist da-

her auch keine Zuordnung von einlangenden Haftungsbeiträgen für konkrete Versicherte oder bestimmte Beitragszeiträume vorgesehen.

Als Ausgleich hat der Gesetzgeber zwei **Haftungsbefreiungsmöglichkeiten** eingeführt. Ein Auftraggeber hat die Möglichkeit, den Werklohn aufzusplitzen und nur 75 % an den Auftragnehmer zu überweisen. Die restlichen 25 % (20 % für die Sozialversicherung und 5 % für die Finanzbehörden) kann er mit schuld-befreiender Wirkung gegenüber seinem Auftragnehmer an das bei der Wr. Gebietskrankenkasse eingerichtete Dienstleistungszentrum überweisen, das diesen Betrag über die zuständige Kasse bzw. das Finanzamt auf das Sozialversicherungs- bzw. Abgabenkonto des Auftragnehmers weiterleitet. Die 20%ige Quote wurde bei der Gesetzgebung von den Sozialpartnern festgelegt, wobei berücksichtigt wurde, dass in den Werklöhen nicht nur Lohn-, sondern auch Materialkosten inkludiert sind. Auf den einzelnen konkreten Inhalt eines Werkvertrages wird daher nicht Bedacht genommen. Bei hohen Materialkosten wird der Prozentsatz daher sogar möglicherweise höher sein als die in den Lohnkosten enthaltenen Sozialversicherungsbeiträge. Auch das ist ein Aspekt der „losgelösten“ Auftraggeberhaftung.

Das Unternehmen X arbeitet 2012 für die Auftraggeber A und B. Bei A sind 50 Dienstnehmer von X eingesetzt und bei B 100. 2011 war das Unternehmen X zur Gänze für den Auftraggeber C tätig, damals waren aber insgesamt nur 70 Dienstnehmer bei





© PictureArt - Fotolia.com

Im Hinblick auf die finanziellen Verluste an Sozialversicherungsbeiträgen durch Sozialbetrug, vor allem von dubiosen Bauunternehmen, hat der Gesetzgeber eine Auftraggeberhaftung beschlossen, die 2009 in Kraft getreten ist.

konto verfügt, und die restlichen 5 % werden an die Finanzbehörden für das dortige Abgabekonto von X überwiesen.

Die von A geleistete Zahlung wird auf den ältesten Beitragsrückstand von X verbucht (auf die Rückstände für 2011 – und nicht für jene Zeiträume und Versicherte, die A betreffen). Vollständigkeitshalber wird auch darauf hingewiesen, dass die gleiche Zahlungswidmung auch dann erfolgen würde, wenn A aufgrund einer von der Gebietskrankenkasse beantragten Forderungsexekution an die Sozialversicherung bezahlt hätte. Auch dann würde die Zahlung auf den ältesten Rückstand verbucht werden.

Als **zweiter Haftungsbefreiungstatbestand** ist vorgesehen, dass keine Haftung eines Auftraggebers besteht, wenn sich sein Auftragnehmer im Zeitpunkt der Zahlung des Werklohnes in der **HFU-Gesamtliste** befindet, einem elektronischen System, das anstelle von schriftlichen Unbedenklichkeitsbescheinigungen von dem bei der Wr. Gebietskrankenkasse eingerichteten Dienstleistungszentrum österreichweit für alle Krankenkassen geführt wird.

Beim Anwendungsbereich der Auftraggeberhaftung hat der Gesetzgeber beim Begriff der **Bauleistung** auf § 19 Abs 1a Umsatzsteuergesetz verwiesen. Unter Bauleistungen sind alle Leistungen zu verstehen, die der Herstellung, Instandsetzung bzw. Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen. Ab 1.1.2011 wurde auch die Reinigung im Gesetz als Bauleistung definiert. Die **Arbeitskräfteüberlassung** ist dann umfasst, wenn die überlassenen Arbeitskräfte **Bauleistungen** erbringen. Es wurden daher folgende zwei Fallkonstruktionen vom Gesetzgeber gleichgestellt:

- Das Unternehmen A, das sich gegenüber einem Auftraggeber zu einer Bauleistung verpflichtet hat, erbringt einen Teil der Arbeiten durch eigene Arbeitskräfte und beauftragt das Unternehmen E mit den Elektroinstallationen.
- Das Unternehmen A besorgt sich zu seinem eigenen Personal noch einige Dienstnehmer eines Personalbereitstellungsunternehmens und diese Dienstnehmer verrichten Bauleistungen.

X angemeldet. Das Unternehmen X hat einen Beitragsrückstand von EUR 30.000 der bis 2011 zurückreicht. Will der Auftraggeber A vermeiden, für Beitragsrückstände von X haftbar gemacht zu werden, kann er den Werklohn aufteilen. Er bezahlt daher von seinem Werklohn von EUR 10.000 nur einen Teilbetrag von 75% an seinen Auftragnehmer X und überweist die restlichen 25 % an das bei der Wr. Gebietskrankenkasse befindliche Dienstleistungszentrum. Dieses leitet 20 % an jene Gebietskrankenkasse weiter, bei der X über ein Beitrags-

**Unterschiedliche
Berechnungsmethoden!**

4. Die Unterschiede bei der Berechnung der beiden Haftungen

Wie bereits erwähnt, umfasst die Bürgenhaftung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz nur die Beiträge jener Dienstnehmer, die während der Tätigkeit bei dem Beschäftiger aufgelaufen sind. Im Gegensatz dazu beträgt die Auftraggeberhaftung in der Sozialversicherung und bei den Finanzbehörden maximal 25 % des ausbezahlten Werklohnes, unabhängig davon, wie viel Personal- und Materialkosten im konkreten Werklohn enthalten sind und um welche Versicherte es sich gehandelt hat.

Beispiel:

A beauftragt B mit einer Bauleistung. B besorgt sich für die Ausführung der Bauleistung für 2 Monate 10 Arbeitnehmer vom Personalbereitstellungsunternehmen X zu einem Preis von EUR 26,- pro Stunde. X hat bei der Wr. Gebietskrankenkasse 20 Dienstnehmer angemeldet. Über das Vermögen von X wird in der Folge das Insolvenzverfahren eröffnet und die Wr. Gebietskrankenkasse macht dann zwei Haftungen gegen B geltend:

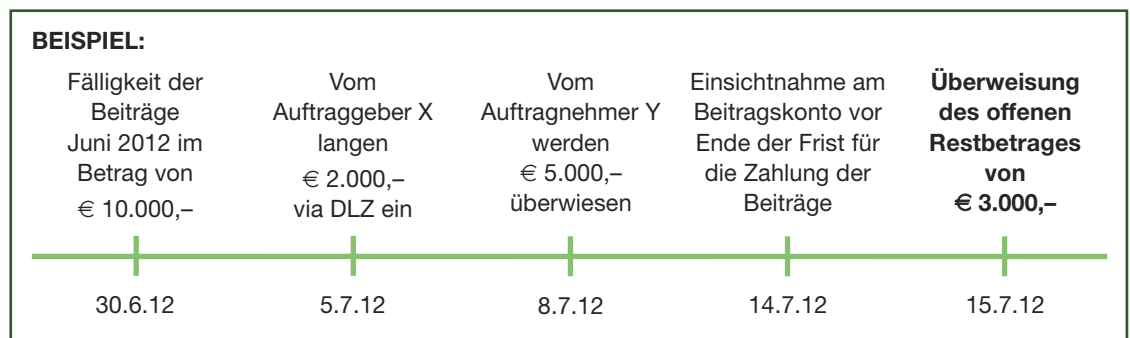
- **Bürgenhaftung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz:** Maßgebend ist die Höhe jener Beiträge der 10 Dienstnehmer, die auf jenen Zeitraum entfallen, in dem sie für B tätig waren, abzüglich jener Beiträge, die beim Insolvenz-Entgeltfonds geltend gemacht werden können. Monatslohn von z. B. rund EUR 1.750,- für einen angelesenen Bauarbeiter, davon Dienstnehmerbeiträge ca. EUR 330,- und Dienstgeberbeiträge ca. EUR 400,-. Unter Berücksichtigung der vom Fonds bezahlten Dienstnehmerbeiträge ergibt sich für 10 Dienstnehmer und der Beschäftigungsdauer von 2 Monaten ein AÜG-Haftungsbetrag in Höhe von **EUR 8.000,-** (400 x 10 x 2).
- **Auftraggeberhaftung:** Das Personalüberlassungsunternehmen verrechnet z. B. pro Stunde EUR 26,-, bei 169,5 Arbeitsstunden im Monat = EUR 4.407,- pro Person; 10 Dienstnehmer für 2 Monate = EUR 88.140,-. Auch der Beschäftiger selbst befindet sich in großen Liquiditätsproblemen und überweist von dieser Rechnung nur einen Teilbetrag von EUR 10.000 an X. Die Auftraggeberhaftung hängt nicht vom geschuldeten, sondern der tatsächlich geleisteten Zahlung ab. Haftungsbetrag: 20 % von EUR 10.000 = **EUR 2.000**.

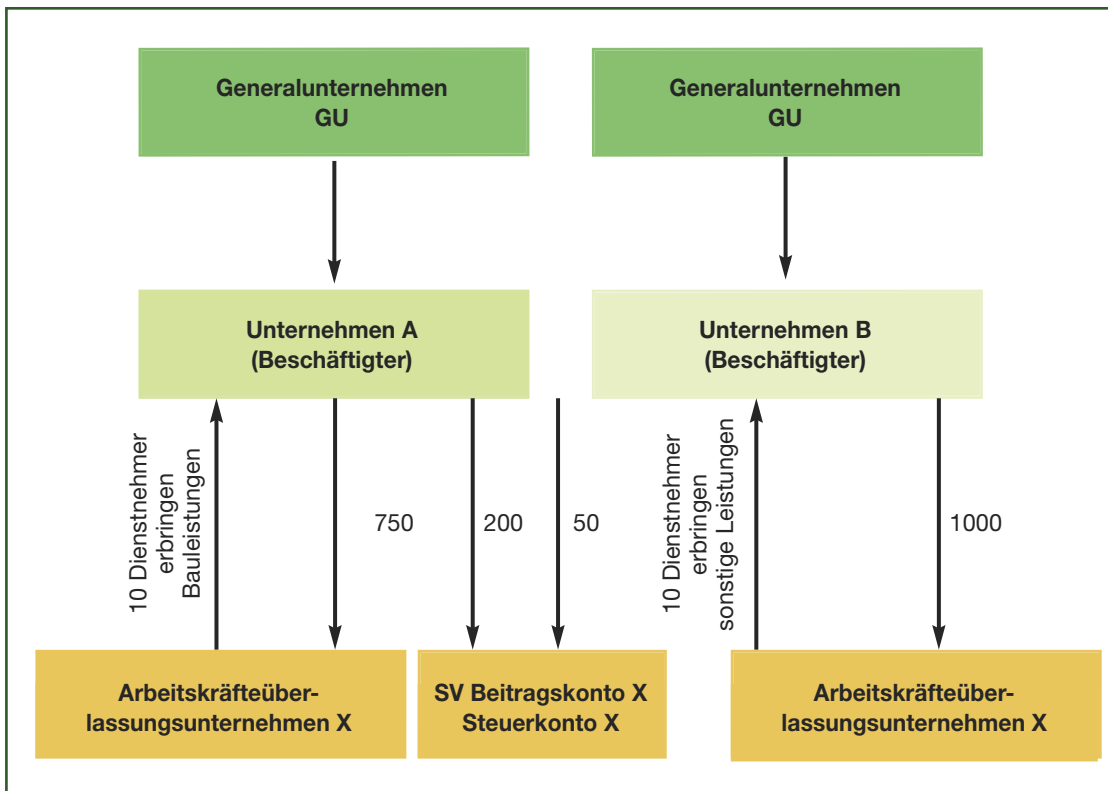
5. Keine Anrechnung von Auftraggeberzahlungen

Bei Diskussionen im Rahmen von Veranstaltungen wird immer wieder die Frage aufgeworfen, inwieweit Zahlungen, die Auftraggeber zur Vermeidung von Haftungen nach § 67a ASVG geleistet haben, bei einer späteren Geltendmachung ihrer Haftung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz anzurechnen wären. Dabei wird damit argumentiert, dass ja bereits 20 % des Werklohns an die Gebietskrankenkasse bezahlt worden seien. Tatsächlich haben diese Auftraggeber aber keine zusätzlichen Beträge an die Sozialversicherung abgeführt, sondern sie haben **nur ihren vertraglich zu leistenden Werklohn aufgeteilt**, indem sie 75 % direkt an den Vertragspartner überwiesen haben und 25 % auf das Beitrags- bzw. Steuerkonto des Vertragspartners weitergeleitet wurden. Die Sozialversicherungsträger und Finanzbehörden erhalten dadurch keine zusätzlichen Gelder, denn der Beitragsschuldner, auf dessen Beitragskonto diese Zahlungen verbucht wurden, kann diese auf seine Schuld anrechnen und erspart sich so ganz oder teilweise die Begleichung seiner laufenden Beiträge (siehe Abbildung unten).

Die Sozialversicherung erhält daher nur das, was ihr an Beiträgen ohnedies zusteht. Langen höhere Zahlungen von Auftraggebern ein, als Beiträge offen sind, kann der Dienstgeber die Auszahlung dieses Guthabens beantragen. Würde man die 25%igen Teilbeträge der Werklohnzahlung auf eine Bürgenhaftung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz anrechnen, käme es zu einer sachlich nicht gerechtfertigten **Ungleichbehandlung** von Unternehmen: Ein Beschäftiger, der sich Personal für Bauleistungen vertraglich beschafft, könnte seine Zahlung aufteilen und auf diese Weise gleichzeitig auch seine Haftung nach dem AÜG reduzieren. Der Beschäftiger, der das „geleaste“ Personal für eine andere Art von Tätigkeit, z. B. als Bürokräfte einsetzt und daher seine Zahlung nicht aufteilen kann, haftet trotz 100%iger Zahlung des Lohns weiterhin als Beschäftiger.

Das Unternehmen A hat die vom Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen X zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte für Bauleistungen verwendet. A bezahlt nur EUR 750,- an das Unternehmen X und





überweist den Rest an das Dienstleistungszentrum, das es auf das Beitragskonto und Steuerkonto von X weiterleitet. Das Unternehmen B verwendet dieselbe Anzahl von Leiharbeitskräften des Unternehmens X für Arbeiten, die nicht unter den Begriff „Bauleistung“ fallen. B kann nur den gesamten von ihm geschuldeten Betrag von EUR 1.000,- an das Unternehmen X bezahlen, weil mangels Erbringung von Bauleistungen keine Aufteilung und Überweisung an das Dienstleistungszentrum gesetzlich vorgesehen ist.

Im Fall der Anrechnung einer ans Dienstleistungszentrum überwiesenen Teilzahlung des Werklohns käme es auch dann zu einer groben Ungleichbehandlung, wenn sich der Auftragnehmer (Personalüberlasser) in der HFU-Liste befindet. Denn in diesem Fall ist eine Aufteilung des Werklohnes und eine Überweisung eines 25%igen Teilbetrages an das Dienstleistungszentrum nicht vorgesehen. Um in der HFU-Liste aufscheinen zu können, muss ein Bauunternehmen bereits drei Jahre am Markt bestehen und seinen Beitrags- und Meldepflichten nachgekommen sein. Ein Auftraggeber, der mit einem derartig „vertrauenswürdigen“ Auftragnehmer kontrahiert, müsste weiterhin die Haftung nach § 14 AÜG befürchten. Derjenige, der sich „irgendeinen“ Auftragnehmer aussucht, der nicht auf der Liste steht, und für diesen Auftragnehmer 25 % an das Dienstleistungszentrum abführt, wäre teilweise von der Haftung befreit. In der Praxis könnte es sogar dazu führen, dass Unternehmen in der HFU-Liste

Wettbewerbsnachteile haben. Dies würde der in den Materialien zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und ASVG dokumentierten Absicht des Gesetzgebers, unseriöse Personalleasingunternehmen zurückzudrängen, widersprechen.

6. Schlussfolgerung

Bei der Haftung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und jener für Auftraggeber handelt es sich um zwei verschieden konzipierte Systeme von Haftungen, die sich sowohl in den Voraussetzungen als auch bei der Berechnung unterscheiden. Eine Gebietskrankenkasse kann sich aussuchen, ob sie ihre Forderung auf einen oder beide Tatbestände stützt, insgesamt darf aber maximal jener Betrag gefordert werden, der an Sozialversicherungsbeiträgen auf dem Beitragskonto aushaftet.

Keine der Bestimmungen kann als „lex specialis“ zur anderen Norm angesehen werden, sondern beide **Haftungen bestehen nebeneinander** und überlappen sich nur teilweise. Man kann auch zum Schluss kommen, dass der Gesetzgeber die „doppelte“ Haftung hier ganz bewusst gewollt hat, weil sich im Überschneidungsbereich die beiden für die öffentliche Hand besonders riskanten Sachverhalte (Bauleistungen und Personalleasing) treffen. Eine „doppelte“ Gefahr rechtfertigt auch ein doppeltes Haftungsrisiko für diejenigen, die diese Gefahr schaffen oder davon profitieren, bzw. „doppelte“ Rechtsgrundlagen für jene, die besonders gefährdet sind.

Anrechnung von AGH-Zahlungen würde zu Ungleichbehandlung von Unternehmen führen.