

Haftungen für sozialbetrügerische Aktivitäten des Subunternehmers

von Dr. Christoph Wiesinger, WKÖ, GS Bau

A. Strafrechtliche Komponente von Sozialbetrug

Mit dem Sozialbetrugsgesetz, kurz SozBeG, (BGBl I 2004/152) führte der Gesetzgeber drei Straftatbestände in das StGB ein:

- Das **Vorenthalten von Dienstgeberbeiträgen zur SV (§ 153c StGB)** richtet sich gegen jenen Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer nur den Nettolohn ausbezahlt, die Dienstnehmer-Anteile der SV-Beiträge aber nicht abführt.
- Das **Betrügerisches Vorenthalten von SV-Beiträgen und Zuschlägen nach dem BUAG (§ 153d StGB)** stellt die Beschäftigung eines Arbeitnehmers, mit dem Vorsatz SV-Beiträge und/oder BUAG-Zuschläge tatsächlich nicht abzuführen, unter Strafe. Problematisch daran war, dass § 153d StGB idFd SozBeG so konstruiert war, dass er kaum praktische Bedeutung entfaltete. Im Strafverfahren musste nämlich unbedingt der Haupttäter, also die Person, die die Anmeldung vorgenommen hatte, feststehen und wenn dieser selbst nicht vorsätzlich gehandelt hatte, waren auch alle Beitragstäter straffrei. Der Gesetzgeber hat daher mit dem StrafrechtsänderungsG 2015 (BGBl I 2015/112) den Wortlaut der Bestimmung völlig neu gefasst.
- Der Tatbestand der **organisierten Schwarzarbeit (§ 153e StGB)** enthält drei Tatbestände, nämlich
 - das gewerbsmäßige Vermitteln von Schwarzarbeitern (§ 153e Abs 1 Z 1 StGB),
 - das Beschäftigen einer größeren Zahl von Schwarzarbeitern (§ 153e Abs 1 Z 2 StGB); darunter sind etwa zehn Personen zu verstehen, und
 - die führende Tätigkeit in einer Verbindung von Schwarzarbeitern (§ 153e Abs 1 Z 3 StGB).

Unter Schwarzarbeit iSd § 153e StGB ist „klassische“ Schwarzarbeit, dh die Nichtmeldung von Dienstnehmern beim Krankenversicherungsträger, zu verstehen.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Subunternehmers hat iaR keine strafrechtlichen Konsequenzen für den Generalunternehmer, da dieser in den seltensten Fällen Beitragstäter ist. Allerdings hat der Gesetzgeber ein ganzes Bündel von verschiedenen Haftungen geschaffen, die eine zivilrechtliche Ergänzung bei der Sozialbetrugsbekämpfung sind. Allerdings ist darauf zu verweisen, dass diese Haftungen insofern von den Tatbeständen des StGB unabhängig sind, weil die **Haftungen keine strafgerichtliche Verurteilung voraussetzen**.

B. Haftungen

1. Auftraggeberhaftung (§§ 67a-67e ASVG, § 82a EStG)

Die Auftraggeberhaftung (AGH) ist das haftungsrechtliche Pendant zu § 153d StGB. Sie ist eine Haftung sui generis, die als abstrakte Haftung – dafür aber mit einer gesetzlichen Grenze und einer Befreiungsmöglichkeit – konstruiert ist.

Anknüpfungspunkt für die AGH ist die „Weitergabe einer Bauleistung“ iSd § 19 Abs 1a UStG; in diesen Fällen haftet der Leistungsempfänger pauschal mit 25% der Zahlungssumme (davon 20% nach § 67a ASVG und 5% nach § 82a EStG) für nicht bezahlte SV-Beiträge und lohnabhängige Abgaben des die Bauleistung erbringenden Unternehmens. Die Haftung ist abstrakt und bezieht sich auf sämtliche SV-Beiträge und lohnabhängige Abgaben für Arbeitnehmer dieses Unternehmens, sodass eine konkrete Zuordnung auf die Tätigkeit bestimmter Arbeitnehmer nicht erforderlich ist. Die Haftung entfällt aber, wenn

- das beauftragte Unternehmen am Zahlungstag auf der HFU-Gesamtliste (§ 67b ASVG) geführt wird oder
- das Auftrag gebende Unternehmen den Haftungsbetrag (von 25%) an das Dienstleistungszentrum, das bei der WGKK eingerichtet ist, bezahlt.

Die AGH ist aber nur eine von mehreren Haftungen im Zusammenhang mit der Sozialbetrugsbekämpfung. Diese Haftungen stehen zueinander in Konkurrenz, sie können also nebeneinander geltend gemacht werden. Daraus folgt (was in der Praxis manchmal übersehen wird):

Die Führung auf der HFU-Liste befreit den Auftraggeber nur von der AGH, nicht aber von anderen Haftungen. Der Auftraggeber kann also auch zur Haftung herangezogen werden, wenn der Auftragnehmer auf der HFU-Liste geführt wurde. Dies zwar nicht aus dem Titel der AGH, wohl aber aus einem anderen Titel, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

2. Beschäftiger-Bürgschaft (§ 14 AÜG)

Die Beschäftiger-Bürgschaft kommt in den Fällen der reglementierten Überlassung zur Anwendung (§ 1 Abs 2-4 AÜG). Das ist dann der Fall, wenn der Überlasser eine Gewerbeberechtigung zum Überlassen von Arbeitskräften benötigt.

Der Beschäftiger haftet in der Form der einfachen Bürgschaft, die sich jedoch auf die Form der Ausfallsbürgschaft reduziert, wenn er das Überlassungsentgelt bereits entrichtet hat (§ 14 Abs 2 AÜG). Der Umfang der Bürgschaftshaftung ergibt sich direkt aus § 14 Abs 1 AÜG und umfasst

- die gesamten der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigung in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche (also keine Beschränkung auf das Mindestentgelt),
- die entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung und
- die Lohnzuschläge nach dem BUAG.

Bei Insolvenz des Überlassers entfällt die Bürgschaft hinsichtlich jener Ansprüche, die nach dem IESG gesichert sind (§ 14 Abs 3 AÜG), was die Haftung in vollem Umfang iAR auf Fälle der grenzüberschreitenden Überlassung reduziert (weil in diesem Fall das IESG nicht greift). Hinsichtlich des BUAG-Zuschlags sieht § 21a Abs 9 BUAG die Möglichkeit vor, dass der Beschäftiger den Zuschlag an die BUAK abführen kann, was ggü der BUAK haftungsbefreiend und ggü dem Überlasser schuldbefreiend wirkt.

Der IEF hat jedoch auch bei reinen Inlandsfällen nur den DN-Anteil der SV-Beiträge zu tragen, womit die Haftung für den DG-Anteil in jedem Fall besteht.

In der Praxis ist die größte Gefahr die versteckte Arbeitskräfteüberlassung. Da § 14 AÜG unabhängig von der AGH ist, kann der KV-Träger seine Ansprüche auf diese Bestimmung stützen, selbst wenn der Auftragnehmer auf der HFU-Liste geführt wurde.

3. Haftung bei Scheinunternehmen (§ 9 SBBG, § 35a ASVG)

Die Haftung für Scheinunternehmen ist hinsichtlich des Entgelts und hinsichtlich der SV-Beiträge unterschiedlich geregelt. Beiden Bestimmungen ist jedoch gemeinsam, dass sie die bescheidmäßige Feststellung der Subunternehmereigenschaft des Auftragnehmers voraussetzen.

Die Haftung nach § 9 SBBG ist an drei Voraussetzungen geknüpft:

- Der Auftraggeber muss ein Unternehmer iSd § 1 Abs 2 UGB sein.
- Die Scheinunternehmereigenschaft des Auftragnehmers (= Arbeitgebers) muss rechtskräftig festgestellt sein.
- Dem Auftrag gebenden Unternehmen muss bei Auftragserteilung erkennbar gewesen sein, dass es ein Scheinunternehmen beauftragt.

Das bedeutet, dass die Haftung zwar darauf abstellt, dass die Scheinunternehmereigenschaft im Zeitpunkt der Geltendmachung der Haftung zwar rechtskräftig festgestellt sein muss, sie sich aber auch auf Zeiträume vor der Führung in der Liste der Scheinunternehmen erstrecken kann. Das Auftrag gebende Unternehmen haftet als Bürge und Zahler für das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Mindestentgelt.

Für die SV-Beiträge hat sich der Gesetzgeber für eine andere Regelung entschieden; die entsprechenden Bestimmungen finden sich auch nicht im SBBG, sondern im ASVG. Anstelle

einer Haftung lässt er die sozialversicherungsrechtliche Dienstgebereigenschaft übergehen. Zunächst führt die Feststellung der Scheinunternehmereigenschaft zur Beendigung des sv-rechtlichen Dienstverhältnisses. Kann der Dienstnehmer seine Beschäftigung jedoch glaubhaft machen, lebt es rückwirkend wieder auf (§ 11 Abs 7, § 43 Abs 4 ASVG). Der Krankenversicherungsträger hat dann den wahren Dienstgeber zu ermitteln; gelingt dies nicht, haftet der Auftraggeber, wenn er die Scheinunternehmereigenschaft gekannt hat oder kennen musste (§ 35a Abs 3 ASVG). Unter Auftraggeber ist wohl jener nach § 9 SBBG zu verstehen, obwohl sich der Verweis im Gesetz nicht findet.

4. Erweiterte AGH bei Entsendungen (§ 9 LSD-BG)

Die Haftung nach § 9 LSD-BG betrifft jeden Auftraggeber hinsichtlich seines Auftragnehmers, ist aber auf Entsendungen und grenzüberschreitende Überlassungen beschränkt. Sie besteht zudem nur in Fällen, in denen der Arbeitnehmer Bauarbeiten erbringt.

Die Haftung umfasst das Mindestentgelt und die BUAG-Zuschläge. Bei der Geltendmachung der Haftung ist der Arbeitnehmer an ein relativ strenges Fristenregime gebunden:

- Der Arbeitnehmer muss innerhalb von acht Wochen der BUAK mitteilen, dass er unbefriedigte Entgeltansprüche hat. Die BUAK hat den Auftraggeber darüber zu informieren. Dieser hat ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht bezüglich noch offener Werklohnforderungen (Überlassungsentgeltforderungen).
- Der Arbeitnehmer muss die Ansprüche innerhalb von neun Monaten gerichtlich geltend machen.

An sich greift die Haftung nur, wenn der Auftraggeber bei der Beauftragung erkennen konnte, dass der Arbeitnehmer nicht korrekt entlohnen wird. Dazu gibt es aber eine wichtige Ausnahme: Ist der Auftraggeber seinerseits mit der Erbringung der Bauleistung beauftragt worden, kommt es auf die Erkennbarkeit nicht an. Der Generalunternehmer haftet also den Arbeitnehmern des (direkten) Subunternehmers auch, wenn er das drohende Lohn- und Sozialdumping gar nicht erkennen konnte.

5. Generalunternehmerhaftung bei öffentlichen Aufträgen (§ 10 LSD-BG)

Die Haftung nach § 10 LSD-BG besteht nur für Entgeltansprüche von Arbeitnehmern, die bei *nicht* dem Auftraggeber gemeldeten Subunternehmern beschäftigt sind, und bei der Erfüllung eines Auftrags, der nach dem BVergG 2006 vergeben wurde, beschäftigt sind. Mit anderen Worten: Bei korrekter (= vollständiger) Subunternehmerbekanntgabe besteht diese Haftung nicht.

Die Haftung umfasst Entgeltansprüche, ist ihrerseits aber auf das Mindestentgelt beschränkt (dh keine Haftung für über-kollv-liche Entgeltbestandteile); BUAG-Zuschläge sind von dieser Haftung nicht umfasst.

Eine wesentliche Änderung im Vergleich zu § 7c AVRAG ist die in § 10 Abs 2 LSD-BG vorgesehene Auskunftspflicht aller Auftraggeber über Subunternehmervergaben gegenüber jenem Arbeitnehmer, der die Haftung geltend machen will.

6. Haftung für illegal beschäftigte Ausländer (§ 29a AuslBG)

Neben Verwaltungsstrafen enthält das AuslBG auch eine zivilrechtliche Haftungsbestimmung. Anknüpfungspunkt ist alternativ die wissentliche Duldung der illegalen Ausländerbeschäftigung (§ 28 Abs 6 Z 1 AuslBG) sowie die Nichtaufforderung des Subunternehmers zur Übermittlung der entsprechenden Dokumente (§ 26 Abs 6 AuslBG).

Die Haftung ist eine Ausfallsbürgschaft und umfasst die Entgeltansprüche des illegal beschäftigten Ausländers (die Nichtigkeit seines Arbeitsvertrags spielt für diesen gem § 29 AuslBG keine Rolle) sowie die Kosten für eine Auslandsüberweisung.