

Zeitschrift für

VERGABERECHT UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber **Josef Aicher, Michael Holoubek, Johannes Schramm, Bernt Elsner,
Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak, Andreas Kropik**
Redaktion und Schriftleitung **Johannes Schramm, Josef Aicher**

Februar 2017

02

49 – 104

Vergaberecht

LSD-BG – ein Überblick aus vergaberechtlicher Perspektive

Georg Rihs und Wolfgang Schweinhammer ➤ 54

Drei Jahre Bundesverwaltungsgericht

Thomas Gruber und Georg Gruber ➤ 63

BVwG – Kalkulationsbasiertes Ausscheiden und Beweispräklusion

Reinhard Grasböck ➤ 66

Verwaltungsgericht Wien – Trotz Fleiß kein Preis ...

Beatrix Wagner ➤ 71

LVwG Oberösterreich – Mit zwei Alternativen befüllte

(echte) Bieterlücken *Albert Opperl* ➤ 77

LVwG Oberösterreich – Festgelegte Unterschriftserfordernisse

bei Teilnahmeanträgen *Albert Opperl* ➤ 81

Bauvertragsrecht

Einfluss der Bauzeit auf die Produktivität – Teil 2

Christian Hofstadler ➤ 84

OGH – Rückforderungsanspruch wegen zu Unrecht

gezogener Bankgarantie *Lisa-Marie Wagner* ➤ 101

LSD-BG – ein Überblick aus vergaberechtlicher Perspektive

Auswirkungen der konsolidierten Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping

ZVB 2017/14

LSD-BG;
BVergGAuftraggeber-
haftung;

Lohndumping;

Sozialdumping;
Subunternehmer

Seit 1. 1. 2017 gilt ein eigenes Bundesgesetz, das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl I 2016/44, mit dem die komplexen Bestimmungen an der Schnittstelle von Arbeits-, Verwaltungsstraf- und Sozialversicherungsrecht zusammengeführt werden sollen. Im Folgenden werden einige Rechtsfragen des LSD-BG mit Relevanz für AN und AG erörtert.

Von Georg Rihs und Wolfgang Schweinhammer

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
 - 1. Bedeutung der Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping
 - 2. Europarechtliche Grundlagen
 - 3. Vom LSDB-G zum LSD-BG
 - 4. Aufbau des Beitrags
- B. AN und LSD-BG
 - 1. Anwendungsbereich des LSD-BG
 - 2. Zivilrechtliche Haftungsbestimmungen
 - 3. Melde- und Dokumentationspflichten
 - 4. Sanktionen
 - 5. Relevanz im Vergabeverfahren
- C. AG und LSD-BG
 - 1. Für AG relevante verfahrensrechtliche Bestimmungen des BVergG
 - 2. Zivilrechtliche Haftung des AG bei Bauaufträgen
 - 3. Relevanz im Vergabeverfahren
 - 4. Relevanz in der Phase der Auftragsausführung
- D. Zusammenfassung

A. Einleitung

1. Bedeutung der Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping

Die Regelungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping bezwecken einen fairen Wettbewerb zwischen Unternehmen – ein Gedanke, der grundsätzlich auch dem Vergaberecht nicht fremd ist. Gleichzeitig sollen die Regelungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping das Sicherstellen gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für bestehende Arbeitsverhältnisse bewirken.

Soweit ersichtlich enthalten die österreichischen Arbeits- und Sozialgesetze keine Legaldefinition von Lohn- und Sozialdumping. Der Gesetzgeber traf Regelungen betreffend Lohn- und Sozialdumping zunächst im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Entsendung und Arbeitskräfteüberlassung. Anlass waren die sogenannte „Osterweiterung“ der Europäischen Union und der Ablauf des Übergangsregimes zur Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit¹⁾

und der Dienstleistungsfreiheit²⁾ für Arbeitnehmer und Dienstleister aus Estland, Lettland, Litauen, Polen, aus der Slowakei, aus Slowenien, Tschechien und Ungarn.³⁾ Mittlerweile sind (mit Ausnahme Kroatiens) sämtliche Übergangsregime abgelaufen und Arbeitnehmer und Dienstleister aus allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (mit Ausnahme Kroatiens) haben prinzipiell unbeschränkten Zugang zum österreichischen (Arbeits-)Markt.⁴⁾

Lohn- und Sozialdumping kann aber auch im Zusammenhang mit rein innerstaatlichen Sachverhalten auftreten. Der Anwendungsbereich des LSD-BG, dessen Relevanz für AN und AG in der Folge erörtert werden soll, ist nicht auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt.⁵⁾

Für den folgenden Beitrag wird unter Lohn- und Sozialdumping vereinfachend

- das Unterschreiten eines nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Mindestentgelts,
- das Nichteinhalten urlaubsrechtlicher Bestimmungen und
- das Nichteinhalten arbeitszeitrechtlicher Bestimmungen verstanden.⁶⁾

Der Schwerpunkt dieses Beitrags soll aufgrund der praktischen Relevanz auf den Lohn- und Sozialdumpingbestimmungen betreffend grenzüberschreitende Arbeitseinsätze in Vergabeverfahren und im Rahmen der Leistungsverträge zwischen AN und öffentlichen AG liegen.

2. Europarechtliche Grundlagen

Regelungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping stellen eine potenzielle Schranke bei der Aus-

1) § 18 Abs 1–11 AuslBG idF BGBl I 2011/25.

2) § 18 Abs 12 AuslBG idF BGBl I 2007/78.

3) Siehe die Materialien zur AuslBG-Novelle 2011 BGBl I 2011/15; Erläuterung des Arbeitsmarktes (2011) 32 ff.

4) Für Rumänien und Bulgarien besteht seit 1. 1. 2014 volle Dienstleistungsfreiheit: siehe § 32 a AuslBG idF BGBl I 2013/17.

5) Vgl dazu ausführlich *Kerschbaumer*, Haftungsrisiken inländischer Arbeitgeber bei Lohn- und Sozialdumping, Compliance Praxis 2015, 28.

6) Vgl § 7 b Abs 1 Z 1–3 AVRAG idF BGBl I 2011/24.

übung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit dar, weil damit nationale Vorschriften über Mindestlöhne, Arbeitsbedingungen und Verfahrensvorschriften vorrangig vor dem Grundsatz des freien Binnenmarkts rangieren. Der Unionsgesetzgeber hat daher im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern nähere Details in Richtlinien festgelegt. Nationale Regelungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping sind anhand der unionsrechtlichen Richtlinien und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu prüfen.⁷⁾

Der Unionsgesetzgeber hat in der Entsenderichtlinie 96/71/EG⁸⁾ jene Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen geregelt, die seiner Ansicht nach zwingend nach dem Recht des Mitgliedstaats zu beurteilen sind, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird. Dazu gehören insbesondere die (öffentlich-rechtlichen) Regelungen über Arbeitszeiten, Mindestjahresurlaub, Mindestlohnsätze etc.

Mit der sogenannten Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU⁹⁾ hat der Unionsgesetzgeber nähere Anforderungen an die Informationssammlung und -aufbereitung durch die Behörden der Mitgliedstaaten, die Zusammenarbeit der Behörden und Sanktionen geregelt. Auch die Möglichkeit einer Generalunternehmerhaftung ist vorgesehen.

3. Vom LSDB-G zum LSD-BG

Der Grundsatz, dass auch Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich bei Arbeiten in Österreich das gesetzliche und kollektivvertragliche Entgelt schulden, war bereits vor Einführung der ausdrücklich als solche bezeichneten Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping durch das LSDB-G im AVRAG verankert.¹⁰⁾

Dieser Grundsatz wurde mit dem LSDB-G¹¹⁾ – unionsrechtlich bedingt – um Bestimmungen betreffend Urlaubs- und Arbeitszeitregelungen ergänzt. Mit dem LSDB-G führte der österreichische Gesetzgeber die ersten ausdrücklich als solche bezeichneten Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping im AVRAG ein. Die nicht neue zentrale materiellrechtliche Bestimmung, die vereinfacht gesprochen eine Angleichung des Arbeitslohns und der Arbeitsbedingungen an die österreichischen Bestimmungen im Fall der grenzüberschreitenden Entsendung regelte, war in § 7a Abs 3 AVRAG verankert. Ergänzend schrieb der Gesetzgeber den Arbeitgebern Verpflichtungen zum Bereithalten von Lohnunterlagen vor. Zur Überwachung richtete der Gesetzgeber bei der Wiener Gebietskrankenkasse ein Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung („Kompetenzzentrum LSDB“) ein. Im Zuge des Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetzes 2014 (ASRÄG 2014) erfolgte eine umfassende Novellierung, mit der insbesondere der Entsendungsbegriff neu und umfassend geregelt wurde.¹²⁾

Das mit 1. 1. 2017 geltende Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) bezweckt, die in unterschiedlichen Gesetzen verstreuten Bestimmungen, die Arbeitgeber zu beachten haben, in einem Gesetz zusammenzuführen.¹³⁾ Im vorliegenden Zusam-

menhang sind vor allem die Bestimmungen des 2. Hauptstücks („arbeitsrechtliche Ansprüche und Maßnahmen zu ihrem Schutz“) relevant:

- Ansprüche der Arbeitnehmer;
- Haftungsbestimmungen;
- Behörden;
- formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitseinsatz;
- Strafbestimmungen, Untersagung der Dienstleistung und Evidenz über Verwaltungs(straf)verfahren.

Die Rechtslage ist nun insoweit übersichtlicher, als Arbeitgeber im LSD-BG eine zusammenhängende und konsistente Regelung der materiell-rechtlichen Vorschriften, zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen, der Behörden und der einschlägigen verwaltungsrechtlichen Normen in einem Bundesgesetz vorfinden.

4. Aufbau des Beitrags

Für Bieter/AN, die Arbeitnehmer nach Österreich entsenden, sind neben den materiell-rechtlichen Ansprüchen der entsandten Arbeitnehmer vor allem die zivilrechtlichen Haftungsnormen, die formalen Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitseinsatz und die drohenden Verwaltungsstrafen bzw Sanktionen bei Verstößen von Interesse.

Für öffentliche AG und Sektorenauftraggeber besteht Interesse an den Prüfpflichten im Vergabeverfahren und Haftungs- und Auskunftspflichten im Stadium der Auftragsabwicklung.

Für beide – Bieter/AN und AG – stellt die zivilrechtliche Haftung des AG/Generalunternehmers ein wirtschaftliches Risiko dar.

Im Folgenden sollen einige der wesentlichen, für Bieter/AN und AG relevanten Aspekte aufgezeigt werden. Die Autoren bezwecken, einen Überblick über die neue Rechtslage zu bieten. Aus Platzgründen ist eine Auswahl zentraler Bestimmungen erforderlich. Eine umfassende Darstellung aller Aspekte würde den Rahmen dieses Formats sprengen. →

7) EuGH 9. 8. 1994, C-43/93, *Van der Elst*, Rz 15ff; 21. 9. 2006, C-168/04, *Österreich/Kommission*; in der Literatur ausführlich *Windisch-Graetz*, Lohn- und Sozialdumping bei grenzüberschreitenden Entsendungen, DRdA 2008, 228.

8) Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABI L 1997/18, 1.

9) Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5. 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), ABI L 2014/159, 11.

10) § 7 AVRAG in der Stammfassung BGBl 1993/459.

11) Bundesgesetz, mit dem das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, das LAG 1984, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz geändert werden (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG), BGBl I 2011/24.

12) Vgl dazu *Kühnleubl*, Die Novelle zum Lohn- und Sozialdumping, ZAS 2015, 204.

13) Für eine allgemeine Zusammenfassung wesentlicher Änderungen vgl *Schitter*, Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, ecollex 2016, 656.

B. AN und LSD-BG

1. Anwendungsbereich des LSD-BG

a) Entgeltvorschriften, Urlaub und Arbeitszeit

Für Bieter/AN, die Arbeitnehmer nach Österreich entsenden, sind – abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen¹⁴⁾ – die Vorschriften des LSD-BG zu beachten. Diese Arbeitgeber haben die Ansprüche der Arbeitnehmer auf das ihnen nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt zu erfüllen,¹⁵⁾ die in Österreich geltenden Urlaubsansprüche zu gewährleisten¹⁶⁾ und den Anspruch auf Einhaltung der in Österreich geltenden Vorschriften bezüglich Arbeitszeit und Arbeitsruhe zu respektieren.¹⁷⁾ Ein Bieter/AN sollte sich daher vor der Teilnahme an einem Vergabeverfahren bzw vor Entsendung von Arbeitnehmern nach Österreich mit den relevanten lohn-, urlaubs- und arbeitszeitrechtlichen Vorschriften vertraut machen.

b) Ausnahme: „Montageprivileg“

Für bestimmte, in § 3 Abs 6 LSD-BG näher definierte Montagearbeiten gelten die oben unter a) dargestellten Grundsätze eingeschränkt, und zwar abhängig von der zeitlichen Dauer der Arbeiten („Montageprivileg“). Das „Montageprivileg“ ist auf Art 3 Abs 2 Entsenderichtlinie 96/71/EG zurückzuführen.

Das „Montageprivileg“¹⁸⁾ umfasst Arbeiten im Zusammenhang mit der Lieferung einer im Ausland durch den Arbeitgeber oder einen mit dem Arbeitgeber konzernverbundenen Unternehmen gefertigten Anlage an einen inländischen Betrieb. Es bezieht sich auf Tätigkeiten im Rahmen der Montage, der Inbetriebnahme und auf damit verbundene Schulungen, Reparatur- und Servicearbeiten.¹⁹⁾

Die österreichischen Entgeltvorschriften gelten für einen entsandten Arbeitnehmer im Rahmen einer Montage iS des „Montageprivilegs“ bei einer Beschäftigungsdauer von mehr als drei Monaten.²⁰⁾ Allenfalls im Vergleich zum Herkunftsstaat höhere Urlaubsansprüche nach österreichischem Recht gelten nicht für einen Arbeitnehmer, der in Österreich nicht länger als acht Kalendertage beschäftigt wird.²¹⁾

Die Bestimmungen über Arbeitszeit und Arbeitsruhe gelten unterschiedslos auch für Arbeitnehmer/Arbeiten, die unter das Montageprivileg zu subsumieren sind.²²⁾

c) Ausnahme von der Ausnahme: „Bauarbeiten“ iS des LSD-BG

Für bestimmte Bauarbeiten gelten sämtliche materiell-rechtliche Bestimmungen des LSD-BG, dh auch Entgelt- und Urlaubsbestimmungen, bereits ab dem ersten Tag der Beschäftigung in Österreich. Die Einbeziehung dieser Bauarbeiten hat ihre Grundlage in Art 3 Abs 2 letzter Satz und im Anhang zur Entsenderichtlinie 96/71/EG.

Die materiell-rechtlichen Bestimmungen des LSD-BG sind für Arbeitnehmer anwendbar, die

→ mit Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen,

→ mit Aushub-, Erdarbeiten, Bauarbeiten im engeren Sinne, Errichtung und Abbau von Fertigbauelementen, Einrichtung oder Ausstattung, Umbau, Renovierung, Reparatur, Abbauarbeiten, Abbrucharbeiten, Wartung, Instandhaltung (Maler- und Reinigungsarbeiten) oder Sanierung und

→ mit Reparaturen und Installationen an Anlagen in Kraftwerken beschäftigt sind.

Der österreichische Gesetzgeber setzte diese Sonderregelung betreffend Bauarbeiten erstmals mit der Novelle zum AVRAG, Art 1 BGBl I 1999/120, um. Im Motivenbericht stützte der Gesetzgeber die Formulierung der Definition von „Bauarbeiten“ auf den Anhang zur Entsenderichtlinie 96/71/EG.²³⁾ Interessanterweise hat der österreichische Gesetzgeber diese Definition soweit ersichtlich eigenmächtig und ohne nähere Erklärung im Motivenbericht um „Reparaturen und Installationen an Anlagen in Kraftwerken“ ergänzt.

Der Gesetzgeber des LSD-BG verwendet hier offenkundig nicht die vergaberechtliche Terminologie des § 3 BVergG, der die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten, die Ausführungen des Bauwerks und alternativ die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom AG genannten Erfordernissen als Bauauftrag definiert, und damit weiter scheint als die von § 3 Abs 6 LSD-BG erfassten Sachverhalte. Ein Bieter/

14) Pauschale Ausnahmen siehe § 1 Abs 2 LSD-BG, insb öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse und Ausnahmen betreffend bestimmte Tätigkeiten „von geringem Umfang und kurzer Dauer“ (zB geschäftliche Besprechungen ohne weitere Dienstleistungen, Teilnahme an Seminaren und Vorträgen), siehe § 1 Abs 5 LSD-BG, sowie Ausnahmen für konzerninterne Entsendungen, siehe § 1 Abs 6 LSD-BG. Vgl dazu *Rath*, Zum Anwendungsbereich des LSD-BG bei grenzüberschreitender Tätigkeit, *ecolex* 2016, 663 (665).

15) § 3 Abs 3 LSD-BG.

16) § 4 Abs 2 LSD-BG.

17) § 5 LSD-BG.

18) Die Ursprünge des – damals allgemeiner formulierten und damit extensiveren – „Montageprivilegs“ sind in § 18 AuslBG BGBl 1975/67 zu finden. Der Gesetzgeber begründete damals Ausnahmen vom Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung mit den „Bedürfnissen der Praxis in bezug auf die Durchführung von Montage- und Reparaturarbeiten“, die zeitliche Beschränkung mit der „Überlegung, dass derartige Arbeitsleistungen nach der allgemeinen Erfahrung innerhalb eines Zeitraumes von drei Monaten beendet sind“; vgl ErläutRV 1451 BlgNR 23. GP 31. Der Gesetzgeber des AVRAG übertrug diese Ausnahme auf die Anwendung von Mindestentgeltvorschriften für entsandte Arbeitnehmer.

19) Der Anwendungsbereich des „Montageprivilegs“ wurde gegenüber den „Vorgängerbestimmungen“ in § 7 AVRAG idF BGBl 1993/459 bzw § 7 a AVRAG idF BGBl I 1999/120 auf vom Arbeitgeber bzw mit diesem konzernverbundene Unternehmen selbst erzeugte Anlagen eingeschränkt. Vgl *Kozak*, LSD-BG (2016) § 3 LSD-BG Rz 85 ff; *Rath*, Zum Anwendungsbereich des LSD-BG bei grenzüberschreitender Tätigkeit, *ecolex* 2016, 663 (666).

20) Vgl *Kozak*, LSD-BG (2016) § 3 LSD-BG Rz 85 ff; *Rath*, Zum Anwendungsbereich des LSD-BG bei grenzüberschreitender Tätigkeit, *ecolex* 2016, 663 (666).

21) § 4 Abs 3 LSD-BG.

22) § 5 LSD-BG.

23) IA 1103 BlgNR 20. GP 13. Der Motivenbericht verweist auf den damals geltenden § 18 Abs 11 AuslBG. Gem § 18 Abs 11 AuslBG war die Ausstellung einer Entsendebewilligung „für Arbeiten, die im Bundesgebiet üblicherweise von Betrieben der Wirtschaftsklassen Hoch- und Tiefbau, Bauinstallation, sonstige Baugewerbe und Vermietung von Baumaschinen und Baugeräten mit Bedienungspersonal gemäß der Systematik der ÖNACE erbracht werden“, nicht vorgesehen. Der damalige Gesetzgeber begründete die abweichende Formulierung des § 7 a Abs 4 AVRAG mit der Definition von Bauarbeiten im Anhang zur Entsenderichtlinie, die von der ÖNACE-Klassifizierung abweicht.

AN sollte daher im Einzelfall im Zusammenhang mit einem als „Bauauftrag“ ausgedruckten öffentlichen Auftrag überprüfen (lassen), ob die auftragsgegenständlichen Tätigkeiten unter die materienspezifische Definition der „Bauarbeiten“ des § 3 Abs 6 LSD-BG fallen und damit für Arbeitnehmer die materiell-rechtlichen Vorschriften des LSD-BG zur Gänze gelten oder ob die Tätigkeiten unter das Montageprivileg gem § 3 Abs 5 LSD-BG zu subsumieren sind.

2. Zivilrechtliche Haftungsbestimmungen

a) Grundsatz: erweiterte Haftung für Entgeltansprüche

Der AG – also *lege non distinguente* auch ein öffentlicher AG – haftet als Unternehmer für Entgeltansprüche von entsandten Arbeitnehmern eines Arbeitgebers mit Sitz in einem Drittstaat im Rahmen des Auftrags als Bürge und Zahler nach § 1357 ABGB.²⁴⁾ Diese Haftung ist sehr weitgehend und stellt nicht auf subjektive Tatbestandsmerkmale ab.

Für Arbeitgeber aus EU-/EWR-Staaten oder der Schweizer Eidgenossenschaft gilt eine Generalunternehmerhaftung, die allerdings nur AN von öffentlichen AG und Sektorauftraggebern betrifft.²⁵⁾ Als Generalunternehmer ist ausdrücklich der AN eines öffentlichen AG oder Sektorauftraggebers im Rahmen seiner Untertätigkeit definiert, der die Erbringung zumindest eines Teils seiner aufgrund eines Auftrags geschuldeten Leistung an einen anderen Unternehmer (Subunternehmer) – ausgenommen Arbeitgeber mit Sitz in einem Drittstaat; für diese gilt die Haftung des § 8 LSD-BG – weitergibt. Der Generalunternehmer haftet als Bürge und Zahler für Entgeltansprüche der vom Subunternehmer eingesetzten Arbeitnehmer nur, wenn er einen Teil des Auftrags unzulässigerweise oder entgegen vertraglicher Vereinbarungen weitergegeben hat. Dasselbe gilt für den Subunternehmer, wenn dieser einen Auftrag oder einen Teil eines Auftrags in unzulässiger Weise weitergibt.

Der öffentliche AG ist – ungeachtet der Art des gegenständlichen Auftrags – *ex definitione* kein Generalunternehmer iS des LSD-BG. Eine Haftung des öffentlichen AG gem § 10 Abs 1 LSD-BG für Entgelte von Arbeitnehmern seiner AN kommt daher nicht in Betracht.²⁶⁾ Auch (Sub-)AN haften nur, wenn sie einen Auftrag bzw einen Teil des Auftrags unzulässigerweise oder entgegen vertraglicher Vereinbarungen weitergegeben haben. In der Subunternehmerkette haftet somit der Generalunternehmer bzw jeder Subunternehmer nur im Fall der unzulässigen Weitergabe des Auftrags. Die Haftung gilt damit nur im Fall der unzulässigen Weitergabe eines Auftrags und nur für jenen AN in der Subunternehmerkette, der den Auftrag unzulässigerweise weitergegeben hat.²⁷⁾ Eine Haftung für die Weitergabe eines (Teils eines) Auftrags durch andere Subunternehmer trifft den AG²⁸⁾ jedoch dann, wenn die Auftragserteilung (Subbeauftragung) darauf abzielt, die Haftung zu umgehen, und der AG dies wusste oder aufgrund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abgefunden hat.²⁹⁾

Seit der letzten BVergG-Novelle ist der Begriff des Subunternehmers auch vergaberechtlich definiert. Unter

einem Subunternehmer ist ein Unternehmer zu verstehen, der Teile des an den AN erteilten Auftrags ausführt; die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen, die zum Erbringen der Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.³⁰⁾ Dieser Subunternehmerbegriff lässt sich zwanglos mit jenem des LSD-BG vereinbaren. AN iS des BVergG sind damit Generalunternehmer iS des LSD-BG, Subunternehmer iS des BVergG sind daher auch Subunternehmer iS des LSD-BG.

b) Bauarbeiten

Besonderes Augenmerk und Interesse verdienen die Haftungsbestimmungen für den Baubereich, in dem die Haftung nicht bloß den Arbeitgeber, sondern auch den (zivilrechtlichen) AG trifft.

Der AG haftet dort als Bürge und Zahler nach § 1357 ABGB für Entgeltansprüche eines Arbeitnehmers seines AN für Arbeitsleistungen im Rahmen der Beauftragung von Bauarbeiten iSd § 3 Abs 6 LSD-BG.³¹⁾ Der AG haftet hier zunächst für die Entgeltansprüche der entsandten (oder grenzüberschreitend überlassenen) Arbeitnehmer „seines“ AN. Mit der Einschränkung des AG auf Entgeltansprüche der Arbeitnehmer „seines“ AN schränkt der Gesetzgeber die Haftung in der Kette von Subaufträgen auf das jeweils unmittelbar darüberliegende Glied ein.³²⁾ Mit anderen Worten: AG haften gem § 9 Abs 1 LSD-BG nur für jene Entgelte (Differenz), die „ihre“ AN, dh wohl ihre unmittelbaren AN, ihren eigenen Arbeitnehmern aufgrund des § 3 LSD-BG schulden. Sie haften damit nur für Entgeltansprüche gegenüber jenen AN, mit denen sie in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis stehen. Für Entgeltansprüche von Arbeitnehmern gegen deren AN (also zB Sub-Subunternehmer) haften AG nicht. →

24) § 8 LSD-BG.

25) § 10 LSD-BG.

26) So auch *Wiesinger*, Die Haftung für Entgeltansprüche von Arbeitnehmern nicht angemeldeter Subunternehmer bei öffentlichen Aufträgen, RPA 2016, 199 (202).

27) Dazu und zu den Details der Ausgestaltung der Generalunternehmerhaftung in der Subunternehmerkette ausführlich *Wiesinger*, Die Haftung für Entgeltansprüche von Arbeitnehmern nicht angemeldeter Subunternehmer bei öffentlichen Aufträgen, RPA 2016, 199 (202 f).

28) Hier dürfte zufolge der Wortlautinterpretation und der historischen Interpretation nicht der öffentliche AG zu verstehen sein, weil der Gesetzgeber den öffentlichen AG im LSD-BG ausdrücklich so bezeichnet; vgl die ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP 10. Vielmehr dürfte ein (einschränkender und den öffentlichen AG nicht einschließender) Begriff des AG zugrunde liegen. Im Ergebnis handelt es sich bei der im Fall von Umgehungsstrukturen haftenden Person wohl um den Generalunternehmer iSd § 10 Abs 1 LSD-BG. Die Bestimmung wäre verständlicher, wenn der Gesetzgeber auch diesen Begriff verwendet hätte und nicht undifferenziert den Begriff des „Auftraggebers“ und an anderer Stelle die Begriffe „öffentlicher Auftraggeber“, „Generalunternehmer“ und „sämtliche Auftraggeber“ verwenden würde.

29) § 10 Abs 3 LSD-BG.

30) Vgl dazu ausführlich *Wiesinger*, Der vergaberechtliche Subunternehmerbegriff, ZVB 2016, 111.

31) Zum materienspezifischen Begriff der „Bauarbeiten“ siehe oben B. 1. c.

32) Von einer weitergehenden Haftung scheint *Schöfmann* auszugehen: Auftraggeberhaftung nach § 9 LSD-BG, *ecolex* 2016, 666 (667). In der im zitierten Beitrag gebotenen Übersicht über „bisherige Konzepte der Auftraggeberhaftung“ wird auf die Einschränkung in § 7 c Abs 3 AVRAG, die Vorgängerbestimmung des § 10 LSD-BG und die Materialien zu dieser Bestimmung verwiesen. Die Materialien zu § 10 LSD-BG belegen jedoch die hier vertretene restriktive Interpretation, die eine Haftung nur für unmittelbare Subunternehmer vorsieht: ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP 8.

Der ursprüngliche AG (Bauherr) haftet nur, wenn er vor der Beauftragung von der Nichtzahlung des Entgelts wusste oder diese aufgrund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand.³³⁾

Eine noch weitergehende Haftung ist vorgesehen, wenn einer der AG in einer Kette von Subaufträgen gegenüber der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse im Rahmen von Erhebungen Auskünfte nicht erteilt.³⁴⁾

3. Melde- und Dokumentationspflichten

Die Überwachung des Arbeitsmarkts im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping erfolgt über Meldungen, die Arbeitgeber im Fall der Entsendung zu erstatten haben.³⁵⁾ Zuständig für die Entgegennahme dieser Meldungen ist die Zentrale Koordinationsstelle. Diese ist beim Bundesministerium für Finanzen eingerichtet.

Das LSD-BG sieht zur Überwachung der beschriebenen Verpflichtungen/Haftungen des AG weiters die Bereithaltung zahlreicher Unterlagen am Arbeits-/Einsatzort der Arbeitnehmer vor. So muss der Arbeitgeber am Arbeits-/Einsatzort die Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und Unterlagen über behördliche Genehmigungen³⁶⁾ sowie die Lohnunterlagen³⁷⁾ bereithalten. Es besteht auch die Möglichkeit, die Unterlagen in elektronischer Form zugänglich zu machen. Die Lohnunterlagen müssen jedenfalls – abgesehen vom Arbeitsvertrag, der auch in englischer Sprache verfasst sein kann – in deutscher Sprache vorliegen.

Praktisch relevant sind die Ausnahmen von der Bereithaltungspflicht am Arbeits-/Einsatzort. Die genannten Unterlagen können im Inland auch bei einer in der Meldung genannten Ansprechperson, einer im Inland eingetragenen Zweigniederlassung, einer inländischen selbstständigen Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft im Konzern bzw einem im Inland niedergelassenen berufsmäßigen Parteienvertreter (Wirtschaftstreuhand, Rechtsanwalt) bereitgehalten werden, sofern diese Stelle in der Meldung genannt war. Wenn Erhebungen der Abgabenbehörden oder der BUAK außerhalb der Geschäftszeiten des berufsmäßigen Parteienvertreters erfolgen, hat dieser nach Aufforderung durch die Abgabenbehörden oder BUAK die Unterlagen bis zum Ablauf des zweitfolgenden Werktags zu übermitteln.³⁸⁾

4. Sanktionen

Das LSD-BG knüpft an die Verletzung von Melde- und Dokumentationspflichten, der Verpflichtung zur Gewährung von Zutritt für Organe von Aufsichtsbehörden sowie an das Nichtbereithalten von Lohnunterlagen und die Unterentlohnung von Arbeitnehmern neben der zivilrechtlichen Haftung (empfindliche) Verwaltungsstrafen. Für den Fall der Unterentlohnung besteht die Möglichkeit des Arbeitgebers, einer Verwaltungsstrafe durch Nachzahlung des gebührenden Entgelts zu entgehen, bzw kann die Strafbehörde auch von einer Bestrafung absehen, sofern das Ausmaß der Unterentlohnung unter Beachtung der jeweiligen Ein-

stufungskriterien gering ist, das Verschulden leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt und der Arbeitgeber innerhalb einer von der Behörde gesetzten Frist die Differenz nachzahlt.³⁹⁾

Besonders schwerwiegend ist die Ermächtigung der Bezirksverwaltungsbehörden, die Dienstleistung zu untersagen. Voraussetzung für die Untersagung der Dienstleistung ist, dass der Arbeitgeber wegen bestimmter Delikte wiederholt bzw wegen gravierender Delikte (Nichtbereithalten von Lohnunterlagen, Unterentlohnung in Bezug auf mehr als drei Arbeitnehmer) rechtskräftig bestraft wurde. Von einer Untersagung der Dienstleistung ist abzusehen, wenn der Arbeitgeber oder Überlasser glaubhaft macht, dass er konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, die nochmalige Begehung der Verwaltungsübertretung zu verhindern, und die Begleichung der verhängten Geldstrafe erfolgt ist. Der Gesetzgeber schlägt hier etwa

- die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens,
- die Einschaltung eines Organs der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften oder
- die Einführung von internen Haftungs- bzw Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften

vor. Über die verhängten Sanktionen, dh über rechtskräftige Bescheide und Erkenntnisse, wird beim Kompetenzzentrum LSDB Evidenz geführt. Diese Evidenz gab es bereits bisher.⁴⁰⁾ Durch die neue Formulierung der organisationsrechtlichen Bestimmungen wurde der Kreis der Auskunftsberechtigten dahingehend erweitert, dass nun auch Sektorenauftraggeber Auskünfte aus der Evidenz verlangen können.⁴¹⁾ Das Kompetenzzentrum LSDB muss einem öffentlichen AG oder Sektorenauftraggeber auf Verlangen binnen zwei Wochen Auskunft darüber geben, ob hinsichtlich des im Auskunftersuchen genannten Arbeitgebers eine rechtskräftige Bestrafung oder Entscheidung gem §§ 28, 29 Abs 1 oder § 31 Abs 1 LSD-BG vorliegt oder ihm eine solche Bestrafung oder Entscheidung zuzurechnen ist. Aus der abschließenden Formulierung der Auskunftspflicht des Kompetenzzentrums ergibt sich, dass Auskünfte über Bestrafungen wegen Nichtbereithalten von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlichen Genehmigungen sowie etwaige Vereitelungshandlungen einem öf-

33) Laut den Materialien sind öffentliche AG und Sektorenauftraggeber von dieser Haftungsnorm auch erfasst; siehe ErläutRV 1111 B1gNR 25. GP 8.

34) § 10 Abs 6 LSD-BG.

35) § 19 LSD-BG.

36) § 21 LSG-BG.

37) § 33 LSD-BG.

38) § 21 Abs 2, § 22 Abs 1 Satz 3 LSD-BG.

39) § 29 Abs 3 LSD-BG. Vgl diesbezüglich zu den gleichlautenden „Nachsichtsregelungen“ in § 7i Abs 5a AVRAG *Kühteubl*, Die Novelle zum Lohn- und Sozialdumping, ZAS 2005, 204 (211).

40) Vgl zB *Wiesinger*, Elemente der Sozialbetrugsbekämpfung, in *Wiesinger* (Hrsg), Sozialbetrugsbekämpfung in der Bauwirtschaft (2015) 1 (21).

41) In der Vorgängerbestimmung des § 7n AVRAG idF ASRÄG 2014 BGBl I 2014/94 waren nur öffentliche AG als Auskunftsberechtigte angeführt.

fentlichen AG oder Sektorenauftraggeber nicht erteilt werden dürfen. Mit dem Verweis auf § 28 b Abs 2 Satz 2 und 3 AuslBG normiert der Gesetzgeber, dass in der Auskunftserteilung die erste registrierte rechtskräftige Bestrafung nicht zu berücksichtigen ist, die zweite Bestrafung nach Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft und jede weitere Bestrafung jeweils nach Ablauf von zwei Jahren nach Eintritt der Rechtskraft.

5. Relevanz im Vergabeverfahren

Für Bieter/AN ergibt sich vor allem aus den strengen Haftungsbestimmungen, dass sich eine unzulässige Weitergabe des Auftrags an einen (im Sinn des LSD-BG unzuverlässigen) Unternehmer nicht lohnt. Eintragungen in die Evidenz beim Kompetenzzentrum LSDB sind für Bieter/AN jedenfalls nachteilig und zu vermeiden, weil sie potenzielle Ausscheidenstatbestände darstellen. Im Fall von Verstößen kann ein AN technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen treffen, um seine berufliche Zuverlässigkeit wiederherzustellen. Bieter/AN sollten sich von vornherein um größtmögliche Übereinstimmung mit den gesetzlichen Rahmenbedingungen bemühen und auf Compliance bedacht sein.

Anders als etwa im AuslBG⁴²⁾ sieht der Gesetzgeber im LSD-BG keine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Generalunternehmers/AG für die Einhaltung der gesetzlichen Melde- und Bereithaltspflichten vor.

C. AG und LSD-BG

1. Für AG relevante verfahrensrechtliche Bestimmungen des BVergG

a) Prüfpflicht betreffend Teilnehmer am Vergabeverfahren und Angebote

Das BVergG sieht für öffentliche AG (kurz: „öAG“) etliche Prüfpflichten betreffend Teilnehmer am Vergabeverfahren und Angebote vor, von denen einige in Zusammenschau mit dem LSD-BG von Bedeutung sind. So sind öAG verpflichtet, die vergaberechtliche Eignung der Teilnehmer am Vergabeverfahren zu überprüfen, und haben zu diesem Zweck festzulegen, mit welchen Nachweisen die Teilnehmer am Vergabeverfahren ihre berufliche Befugnis, berufliche Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen haben.⁴³⁾ Der Gesetzgeber des BVergG greift dem AG bei der Überprüfung der beruflichen Befugnis sowie der beruflichen Zuverlässigkeit insofern vor, als er die einzuholenden Nachweise, teils in Form von selbst einzuholenden Auskünften, explizit vorgibt. Dabei ist die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit sowohl im Hinblick auf die berufliche Befugnis als auch die berufliche Zuverlässigkeit zu überprüfen.

Die Details zu dieser Prüfpflicht werden unter Punkt C.3.a und b erläutert.

b) Ausscheiden von Angeboten

Liegt bei einem Unternehmen einer der taxativ in § 68 Abs 1 BVergG aufgezählten Ausschlussgründe vor, zu denen auch eine im Rahmen der beruflichen Tätigkeit begangene schwere Verfehlung gegen die Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts zählt, ist dieses Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen⁴⁴⁾ bzw dessen Teilnahmeantrag oder Angebot auszuschneiden.⁴⁵⁾

2. Zivilrechtliche Haftung des AG bei Bauaufträgen

Im Zuge der Durchführung von Vergabeverfahren besteht für den öAG von Bauaufträgen die Gefahr, die Voraussetzungen für eine potenzielle spätere Haftung nach dem LSD-BG zu schaffen.

§ 9 LSD-BG⁴⁶⁾ sieht für Bauaufträge iS des LSD-BG auch eine Haftung des öAG und des Sektorenauftraggebers als Bürge und Zahler für das durch Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag festgelegte Entgelt der entsandten oder grenzüberschreitend überlassenen Arbeitnehmer seines AN vor, wenn der öAG vor der Beauftragung von der Nichtzahlung des Entgelts wusste oder diese aufgrund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand.⁴⁷⁾ Die Haftung mutet auf den ersten Blick zwar äußerst eingeschränkt an. Es stellt sich jedoch die Frage, ob in Verbindung mit den AG-Verpflichtungen zur vertieften Angebotsprüfung gem § 125 BVergG eine Haftung des öAG nach § 9 Abs 1 LSD-BG schlagend werden kann. Der AG hat Angebote unter anderem im Falle begründeter Zweifel an der Preisangemessenheit (zB Lohnkosten) vertieft zu prüfen.⁴⁸⁾ Gem § 125 Abs 4 Z 1 kann der öAG die Nachvollziehbarkeit von Personalkosten insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge überprüfen. Der Gesetzgeber hat diese Überprüfungsmöglichkeit mit der BVergG-Novelle 2016⁴⁹⁾ bewusst als „Kann“-Bestimmung unter Verweis auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs vorgesehen, um die Aufdeckung von Lohn- und Sozialdumping zu erleichtern.⁵⁰⁾ Nach wie vor hat der öAG daher die Angebotsprüfung als Plausibilitätsprüfung vorzunehmen und keine minutiöse Prüfung durchzuführen. Der öAG hat in diesem Sinne zu überprüfen, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Es ist daher im Falle der Vorlage von Lohnunterlagen des künftigen AN nicht *per se* davon auszugehen, dass der öAG die Nichtzahlung des Entgelts ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand. Ab wann offensichtliche Hinweise für solche Umstände der Unterentlohnung vorliegen, wird daher von einer Einzelfallbeurteilung – die jedenfalls auch das voraussetzende Fachwissen des öAG zu berück-

42) Siehe § 26 Abs 6, § 28 Abs 6 AuslBG.

43) Siehe §§ 70 ff BVergG.

44) § 68 Abs 1 BVergG.

45) § 129 Abs 1 Z 1 BVergG.

46) Näheres zu dieser Haftungsbestimmung siehe oben Punkt B.2.a.

47) § 9 Abs 1 LSD-BG.

48) § 125 Abs 3 BVergG.

49) BGBl I 2016/7.

50) Siehe ErläutRV 776 BlgNR 25. GP 11 mit Verweis auf VwGH 29. 3. 2006, 2003/04/0181.

sichtigen haben wird – abhängen. Schon der Verwaltungsgerichtshof wollte die Überprüfungspflicht des öAG nicht überspannen. Diese Beurteilung wird auch bei einer Zusammenschau zwischen dem BVergG und dem LSD-BG aufrechtzuerhalten sein: Das LSD-BG nimmt zur Haftungsbegründung von AG, die selbst nicht Bauauftragnehmer sind,⁵¹⁾ explizit auf die Phase vor der Beauftragung, damit unter anderem auf die Angebotsprüfung im Vergabeverfahren Bezug. Um einer etwaigen Haftung gem § 9 Abs 1 LSD-BG aus dem Weg zu gehen, empfiehlt sich für öAG, bereits im Rahmen der vergaberechtlichen Angebotsprüfung verständlich formulierte Erläuterungen zu Detailkalkulationen des Lohns abzufragen.

Das Unterlassen der vertieften Prüfung der Nachvollziehbarkeit der kalkulierten Personalkosten birgt die Gefahr, dass bereits berechtigte Zweifel an der Preisangemessenheit als „offensichtlicher Hinweis“ für Lohn- und Sozialdumping gewertet werden können und damit eine Haftung nach § 9 LSD-BG begründet wird.

3. Relevanz im Vergabeverfahren

a) Einholung von Auskünften aus der Verwaltungsstrafevidenz

Öffentliche AG haben im Rahmen der Prüfung der Zuverlässigkeit unter anderem zu überprüfen, ob die Teilnehmer am Vergabeverfahren die geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen eingehalten haben.

Zu diesem Zweck haben öAG nach der geltenden Rechtslage des § 72 Abs 1 BVergG zur Überprüfung der beruflichen Zuverlässigkeit eine Auskunft von der im Bundesministerium für Finanzen eingerichteten Zentralen Koordinationsstelle betreffend illegale Beschäftigung nach dem AuslBG und LSD-BG einzuholen.⁵²⁾ Ferner ist eine Auskunft des bei der Wiener Gebietskrankenkasse eingerichteten Kompetenzzentrums Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung (Kompetenzzentrum LSDB) über das allfällige Vorliegen von Verletzungen gegen die Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping (§ 7i Abs 4 oder 5 AVRAG) einzuholen. Diese Auskünfte dürfen nicht älter als sechs Monate sein.

Das LSD-BG enthält in § 35 eine neue gesetzliche Grundlage für die Auskunftseinholung durch öAG bzw Sektorenauftraggeber. Für die Zwecke der Beauskunftung öAG und Sektorenauftraggeber hat das Kompetenzzentrum LSDB Evidenz über rechtskräftige Bescheide und Erkenntnisse in entsprechenden Verwaltungs(straf)verfahren zu führen und binnen zwei Wochen Auskunft darüber zu geben, ob die zu überprüfenden Unternehmer nach §§ 28, 29 Abs 1 und § 31 Abs 1 LSD-BG rechtskräftig bestraft wurden, oder ihnen eine solche Bestrafung zuzurechnen ist. Die Pflicht zur Auskunftserteilung des Kompetenzzentrums LSDB – bisher geregelt in § 7n AVRAG – ist damit weiterhin gegeben.

Da der Gesetzgeber mit Erlassung des LSD-BG keine legislativen Anpassungen im BVergG vorgenommen hat, bleibt fraglich, inwiefern die expliziten Verweise auf die Überprüfungspflicht des öAG gem § 71 Abs 2 bzw § 72 Abs 1 BVergG im Hinblick auf das nunmehr in Kraft getretene LSD-BG weitergelten.

Soweit ersichtlich, lässt sich keine Judikatur zu einem vergleichbaren Fall finden.⁵³⁾ Mehrere Anhaltspunkte sprechen jedoch dafür, dass der öAG nichtsdestotrotz analog die Nachfolgebestimmungen des AVRAG anzuwenden hat. Der öAG ist auch gem § 68 Abs 1 BVergG indirekt zur Überprüfung der beruflichen Zuverlässigkeit der am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmer verpflichtet. Dies schließt nicht nur das Einfordern von Nachweisen gem § 72 Abs 1 iVm § 70 Abs 1 Z 2 BVergG von den Unternehmern selbst mit ein, sondern notwendigerweise auch die aktive Auskunftseinholung beim Kompetenzzentrum LSDB und beim Bundesminister für Finanzen (Zentrale Koordinationsstelle) durch den öAG. Nur eine solche Auskunftseinholung garantiert eine zuverlässige und vollständige Information über die Unternehmen betreffend die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen sowie der Vorgaben zur legalen Beschäftigung. Insbesondere im Hinblick auf eine fragliche Haftung gem § 9 oder § 10 LSD-BG ist umfassende Auskunftseinholung auch gemäß der neuen Gesetzeslage anzuraten. Aktuell und auch mittelfristig erfolgt diese Auskunftseinholung per E-Mail.⁵⁴⁾

b) Prüfung der Auskünfte und Konsequenzen

Die eingeholten Auskünfte sind vom öAG zu überprüfen. Im Falle der aufrechten Untersagung der Dienstleistung zu einem nach § 69 BVergG relevanten Zeitpunkt ist der Teilnahmeantrag bzw das Angebot des Bieters gem § 129 Abs 1 Z 2 BVergG mangels Befugnis auszuschneiden. Liegt eine solche Untersagung hinsichtlich eines Subunternehmers vor, so ist vom Ausschneiden Abstand zu nehmen, sofern es sich nicht um einen notwendigen Subunternehmer handelt oder der Austausch nicht bewertungsrelevant ist und die Änderung im Hinblick auf den Grundsatz des lautereren Wettbewerbs zulässig wäre.

Ergibt sich aus den Auskünften, dass eine Bestrafung gem §§ 27, 28 und/oder § 29 Abs 1 LSD-BG vorliegt,⁵⁵⁾ ist die berufliche Zuverlässigkeit nicht gegeben. Der AG hat diesfalls den Bieter aufzufordern, glaubhaft zu machen, dass die Zuverlässigkeit des betroffenen Unternehmens trotzdem gegeben ist (siehe oben Punkt B.3.c). Gelingt eine solche Glaubhaftmachung nicht, hat der AG den Bewerber/Bieter vom Vergabeverfahren auszu-

51) Siehe § 9 Abs 1 Satz 3 LSD-BG.

52) Diese Verpflichtung wurde mit der BVergG-Novelle BGBl I 2016/7 eingeführt. Die Bestimmung trat am 1. 3. 2016 in Kraft.

53) In einer ähnlichen Konstellation, der ein Verweis auf eine bereits aufgehobene Gesetzesbestimmung zugrunde lag, wurde vom Obersten Gerichtshof mangels Entscheidungsrelevanz keine Aussage getroffen. Es handelte sich hierbei um Bestimmungen des Sachwaltschaftsrechts (OGH 25. 6. 2003, 3 Ob 46/03s).

54) Das E-Mail ist an lsdb@wgkk.at zu senden und hat gewisse Informationen zu beinhalten, die wie folgt abgefragt werden können: „*In-terne Zahl des Vergabeverfahrens: Bekanntmachungsnummer im Amtsblatt der EU: Datum der Bekanntmachung.*“ Zum Beispiel: „*Ich darf/Wir dürfen Sie im Zuge der Prüfung der Bieter/Bewerber im Vergabeverfahren [Name des Verfahrens] gemäß §§ 71 Abs 2 sowie 72 Abs 1 Bundesvergabegesetz iVm §§ 35 Abs 5 LSD-BG ersuchen bekanntzugeben, ob gegen folgende Unternehmer eine rechtskräftige Entscheidung oder eine rechtskräftige Bestrafung gemäß §§ 28, 29 Abs 1 und 31 Abs 1 LSD-BG vorliegt: [Aufzählung Unternehmer: Firma, Adresse, FN].*“ Rechtsanwälte haben diese Auskunft unter Vorlage einer Vollmachtsurkunde bzw unter Berufung auf die erteilte Vollmacht gem § 8 RAO einzuholen.

55) Zu den gesetzlichen Voraussetzungen des Aufscheins solcher Verstöße in der Auskunft siehe oben Punkt B.4.

schließen⁵⁶⁾ bzw dessen Angebot auszuschneiden.⁵⁷⁾ Allenfalls kann ein Austausch des betroffenen Unternehmens rechtlich zulässig sein, sofern die Voraussetzungen für das Abstandnehmen von einem Ausscheiden vorliegen (siehe diesen Punkt weiter oben).

c) Festlegungen betreffend Namhaftmachung von Subunternehmern

Mit der Novelle zum Bundesvergabegesetz 2016 BGBl I 2016/7 hat der Gesetzgeber den Begriff des Subunternehmers in § 2 Z 33 a im BVerG eingefügt. Gem § 2 Z 33 a BVerG ist Subunternehmer ein Unternehmer, der Teile des an den AN erteilten Auftrags ausführt. Zudem kam es zu Änderungen betreffend die Namhaftmachung von Subunternehmern während eines Vergabeverfahrens und im Auftragsfall (§ 83 BVerG) kommen. Grundsätzlich ist nunmehr der Bieter verpflichtet, alle Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben und deren Leistungsteile zu spezifizieren, es sei denn, der AG hat aus sachlichen Gründen festgelegt, dass nur Subunternehmer für wesentliche – vom AG zu definierende – Teile bekannt zu geben sind.⁵⁸⁾

4. Relevanz in der Phase der Auftragsausführung

a) Prüfpflichten

Den öAG trifft während der Auftragsausführung insbesondere die Pflicht zur Überprüfung der vergaberechtskonformen Weitergabe des Auftrags an Subunternehmer (§ 83 Abs 5 BVerG und § 10 Abs 2 LSD-BG). Nach Beauftragung sind vom AN – ungeachtet der Festlegungen des AG im Vergabeverfahren – sämtliche im Vergabeverfahren nicht bekannt gegebene Subunternehmer an den AG bekannt zu geben und dürfen diese erst nach der AG-Zustimmung zur Auftragsdurchführung eingesetzt werden.⁵⁹⁾ Eine Ablehnung des geplanten Subunternehmereinsatzes bedarf sachlicher Gründe, wobei diese jedenfalls vorliegen, wenn die Eignung des Subunternehmers nicht gegeben ist, ein (sachlicher) Grund vorliegt, der bereits in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben wurde⁶⁰⁾ oder der Einsatz des Subunternehmers den AG zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt.⁶¹⁾ Darüber hinaus berechtigen auch weitere sachliche Gründe den öAG, die Zustimmung zum geplanten Einsatz eines Subunternehmers zu verweigern. Der Gesetzgeber gibt hier in den Erläuternden Bemerkungen explizit „nicht“ schwere Verfehlungen gem § 68 Abs 1 BVerG an.⁶²⁾ Das bedeutet, dass der Einsatz von nicht während eines Vergabeverfahrens genannten Subunternehmern vom öAG eher abgelehnt werden kann als im Vergabeverfahren genannte Subbeauftragungen. Genaue Festlegungen im Leistungsvertrag sind im Hinblick auf eine reibungslose Auftragsabwicklung und zur Vermeidung von Streitigkeiten über (nicht) gerechtfertigte Terminverzögerungen jedenfalls empfehlenswert. Grundsätzlich ist die Zustimmung und die Ablehnung eines Subunternehmers unverzüglich mitzuteilen. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die Zustimmung als erteilt gilt, wenn der öAG den Einsatz des ausgetauschten/neu benannten Subunternehmers nicht binnen drei Wochen ab der Mitteilung des AN ab-

lehnt. Der öAG ist daher gut beraten, die Eignungsprüfung des Subunternehmers möglichst rasch einzuleiten, zumal er selbst hierfür Auskünfte nach § 72 Abs 1 BVerG einzuholen hat, für deren Erledigung gesetzlich bis zu zwei Wochen vorgesehen sind. In diesem Sinne empfiehlt es sich in Vergabeverfahren großer, schwer überblickbarer Aufträge für den AG, Formblätter für spätere Subbeauftragungen vorzugeben, in denen vom öAG benötigte Angaben zu tätigen sind, so dass der öAG binnen kurzer Zeit in der Lage ist, zu beurteilen, ob der geplante Subunternehmereinsatz zulässig ist. In aller Regel werden solche Formblätter Angaben über den Subunternehmer, dessen übernommene Leistungen sowie den Anteil der geplanten Subunternehmerleistung am Gesamtauftrag abfragen und die vorzulegenden Nachweise auflisten. Im Falle eines 1:1-Austauschs eines Subunternehmers kann die Überprüfung der Zulässigkeit des weitergegebenen Auftragsanteils entfallen, weil diese schon vor dem Zuschlag erfolgt sein muss.

b) Generalunternehmerhaftung – Umfang etc

Der Generalunternehmer iS des LSB-BG haftet als Bürge und Zahler für das durch Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag festgelegte Entgelt.⁶³⁾ Die für die Frage der Haftung nach § 10 LSD-BG entscheidende Zulässigkeit des Subunternehmereinsatzes ist nach der Vergaberechts- und Vertragskonformität zu beurteilen. Bemerkenswert ist, dass die Definition des Vorliegens eines Subunternehmerauftrags gemäß LSD-BG vom Subunternehmerbegriff nach BVerG abweicht. Auch wenn von deckungsgleichen Begriffen⁶⁴⁾ auszugehen ist, wäre richtigerweise für die Frage der Haftung zunächst zu prüfen, ob die Generalunternehmereigenschaft gemäß LSD-BG vorliegt, und bejahendenfalls eine Prüfung der Vergaberechtskonformität und Vertragskonformität vorzunehmen.

Für den AN sowie jeden eingesetzten Unternehmer erscheint es ratsam, die Beauftragung weiterer (Sub-) Unternehmer zur Auftragsdurchführung sicherheitshalber dem AG bekannt zu geben, um eine zulässige Weitergabe sicherzustellen und so eine Haftung nach § 10 LSD-BG so gut wie möglich zu vermeiden. Dies gilt auch für Fälle, in denen das Vorliegen eines Subunternehmerauftrags nicht gänzlich geklärt ist. Sofern keine „kritischen Aufgaben“ gem § 83 Abs 4 BVerG festgelegt wurden und auch keine anderweitigen spezifischen vertraglichen Regelungen betreffend Subvergabe vorliegen, kann der AN, der selbst als Generalunternehmer gilt, eine Haftung nach § 10 LSD-BG grundsätzlich vermeiden. In Fällen, in denen der Generalunternehmer bzw der Subunternehmer von einer gezielten Umgehung der Haftung nach LSD-BG durch Subvergaben wusste oder dies

56) § 68 Abs 1 Z 4 BVerG.

57) § 129 Abs 1 Z 1 BVerG.

58) § 83 Abs 2 BVerG.

59) § 83 Abs 5 BVerG.

60) Bspw die aus sachlichen Gründen in den Ausschreibungsunterlagen erfolgte Festlegung, dass nur die vom AG bestimmten wesentlichen Teile des Auftrags subvergeben werden können.

61) Siehe ErläutRV 776 BlgNR 25. GP 10.

62) Siehe ErläutRV 776 BlgNR 25. GP 10.

63) Zur Haftung im Detail siehe oben Punkt B.2.a.

64) Näheres siehe oben Punkt B.2.a.

„ernsthaft für möglich“ hielt „und sich damit abfind“, haftet er dennoch nach § 10 LSD-BG.⁶⁵⁾ Überdies haben Generalunternehmer bzw Subunternehmer den Arbeitnehmern von „nachgeschalteten“ beauftragten Unternehmen Auskunft über die von ihnen beauftragten Unternehmen zu erteilen, widrigenfalls sie selbst als Auftragsgebendes Unternehmen gelten und damit gem § 10 Abs 1 LSD-BG haften können.

Den öAG stellt § 10 LSD-BG in diesem Zusammenhang gleich vor mehrere Probleme, weil er durch diese Bestimmung gegenüber dem Arbeitnehmer zur Auskunftserteilung betreffend Weitergaben der Beauftragung⁶⁶⁾ über die Zulässigkeit der Weitergabe des Auftrags binnen 14 Tagen verpflichtet wird.⁶⁷⁾ Der öAG hat in diesem Sinne die vergaberechtliche Zulässigkeit der Weitergabe des Auftrags zu beurteilen und dies dem anfragenden Arbeitnehmer binnen 14 Tagen bekannt zu geben. Den öAG interessiert hier nicht nur, ob ein Subunternehmer gem § 2 Z 33 a BVergG vorliegt und die Auftragsweitergabe vertragskonform ist, sondern auch, ob ein Generalunternehmerauftrag iSd § 10 Abs 1 LSD-BG vorliegt. Letzteres ist entscheidend, um vom Gesetz nicht gedeckte Auskunftserteilungen und damit etwaige Verstöße gegen das Datenschutzgesetz zu vermeiden. In der Praxis empfiehlt sich, die Gründe für die (Un-)Zulässigkeit intern genau festzuhalten und mit den für die Auskunft relevanten Bestimmungen der Ausschreibung bzw des Leistungsvertrags zu belegen. Eine für interne Zwecke detailliert begründete Auskunft kann allfälligen (zivilrechtlichen) Haftungen für unabsichtliche Falschauskünfte vorbeugen. Die Weitergabe überschießender – über den Namen und die Anschrift des Subunternehmers sowie die bloße Aussage zur Zulässigkeit des Subunternehmerauftrags (die *de facto* mit der Auskunft, ob eine Zustimmung zur Weitergabe gegeben wurde, erfolgt) hinausgehender – Informationen ist aus datenschutzrechtlichen Erwägungen zu vermeiden.⁶⁸⁾

Offen ist unseres Erachtens, ob den öAG die Haftung für die Beteiligung an einem Rechtsgeschäft zur Umgehung der Haftungsbestimmungen des LSD-BG trifft.⁶⁹⁾ Zwar wollte der Gesetzgeber eine solche Haftung im Gesetzwerdungsprozess bewusst vermeiden⁷⁰⁾ und ergibt sich auch aus den Gesetzesmaterialien⁷¹⁾, dass er nur den Generalunternehmer und den Subunternehmer iSd § 10 Abs 1 LSD-BG in die Haftung nach § 10 Abs 3 LSD-BG miteinbeziehen wollte; jedoch könnte aufgrund der vorgesehenen „Haftung des Auftraggebers“ im Rahmen der systematischen Interpretation angenommen werden, dass hiervon auch der öAG erfasst ist.⁷²⁾ Auch der Umstand, dass öAG gem § 9 Abs 1 LSD-BG nur im Falle der Wissentlichkeit haften bzw wenn diese eine Unterentlohnung ernstlich für möglich halten mussten und sich damit abfinden, würde für eine Haftung des öAG sprechen. Gegen eine Haftung des öAG spricht jedoch, dass sich § 10 Abs 3 LSD-BG auf die Haftung nach dessen Abs 1 bezieht und bereits in Abs 1 nur der Generalunternehmer und der Subunternehmer angesprochen sind. Zumal Abs 3 eine weitergehende Haftung für die Unterentlohnung der Arbeitnehmer weiterer „Auftraggeber“ in der Subunternehmerkette – also nicht für Arbeitnehmer des unmittelbaren Vertragspartners – begrün-

det, kann davon ausgegangen werden, dass dieser lediglich eine erweiterte Haftung des General- und Subunternehmers vorsieht und keine Erweiterung der Haftung auf weitere AG. Die Miteinbeziehung weiterer AG iSd § 10 LSD-BG ist auch durch den Wortlaut in Abs 3 nicht gedeckt.

D. Zusammenfassung

Mit dem LSD-BG hat der Gesetzgeber die Klarheit und Übersicht über die für Bieter/AN bzw deren Subunternehmer relevanten Vorschriften im Bereich des Lohn- und Sozialdumpings erhöht. Aufgrund der zahlreichen anwendbaren Haftungsbestimmungen und verwaltungsrechtlichen Vorschriften erscheint es für Bieter/AN jedenfalls empfehlenswert, Übertretungen vorzubeugen, um Wettbewerbsnachteile in künftigen Vergabeverfahren zu vermeiden.

Aufgrund der Evidenz über einschlägige Verwaltungsstrafen und der Prüfpflichten der öAG und – nunmehr auch – von Sektorenauftraggebern sollten Verstöße gegen einschlägige Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping von Bietern/AN keinesfalls auf die leichte Schulter genommen werden. Eine gute Vorbereitung auf den Markteintritt bzw die Teilnahme an Vergabeverfahren sowie die Entsendung von Arbeitskräften hilft, rechtliche Risiken vorab zu minimieren.

Auch öAG können bei Bauaufträgen nach dem LSD-BG für Lohn- und Sozialdumping zur Haftung herangezogen werden, wenn sie hiervon wussten oder diesen Umstand aufgrund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten mussten und sich damit abfinden. Überdies wurden allen öAG mit dem LSD-BG zusätzliche Pflichten aufgebürdet, die es dringend zu beachten gilt. Es empfiehlt sich daher für öAG, während Vergabeverfahren Angebote auch im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Entlohnung zu überprüfen und klare Festlegungen zur Zulässigkeit von Subbeauftragungen nach Auftragserteilung zu treffen. Schließlich sollten öAG die Prüfung der Zulässigkeit von Subbeauftragun-

65) § 10 Abs 3 LSD-BG.

66) So *Wiesinger*, Die Haftung für Entgeltansprüche von Arbeitnehmern nicht angemeldeter Subunternehmer bei öffentlichen Aufträgen, RPA 2016, 199 (202), wobei diese Auskunftspflichtung des öAG über die Weitergabe von (Sub-)Beauftragung durchaus vertretbar (arg „sämtliche Auftraggeber“) und sinnvoll ist. Jedoch gibt es aufgrund des Gesetzwerdungsprozesses, im Rahmen dessen der öAG von der Haftung wegen unterlassener Auskunft ausgenommen wurde, auch Anhaltspunkte, die gegen die Auskunftspflichtung des öAG über die Weitergabe von (Sub-)Beauftragung sprechen. Aufgrund der Verpflichtung des öAG zur Auskunft über die Zulässigkeit der Weitergabe des Auftrags gem § 10 Abs 2 letzter Satz LSD-BG ist anzunehmen, dass diese Verpflichtung wohl auch die Verpflichtung zur Nennung der beauftragten (Sub-)Unternehmer umfasst.

67) Ob diese Verpflichtung auch Sektorenauftraggeber trifft, bleibt nach gesetzlicher Definition und Gesetzesmaterialien ungeklärt. Definitionsgemäß ist nicht davon auszugehen, dass hier auch der Sektorenauftraggeber angesprochen wird.

68) In diesem Sinne auch *Wiesinger*, Die Haftung für Entgeltansprüche von Arbeitnehmern nicht angemeldeter Subunternehmer bei öffentlichen Aufträgen, RPA 2016, 199 (202).

69) § 10 Abs 3 LSD-BG.

70) Vgl *Wiesinger*, Die Haftung für Entgeltansprüche von Arbeitnehmern nicht angemeldeter Subunternehmer bei öffentlichen Aufträgen, RPA 2016, 199 (202).

71) Siehe ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP 9.

72) Siehe oben Punkt B.2.a – „*lege non distinguente*“.

gen in der Auftragsausführungsphase zügig vornehmen und auch Auskunftspflichten gegenüber Arbeitnehmern von Subunternehmern ihrer Aufträge rasch nachkom-

men. Eine gute Vorbereitung zur Bewältigung der mit dem LSD-BG geschaffenen Herausforderungen für öAG beginnt bereits im Vergabeverfahren.

→ In Kürze

Das LSD-BG enthält zahlreiche bieter-/auftragnehmerrelevante Bestimmungen. Neben strengen zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen, die Bieter/AN zur Umsicht zum Zweck der Vorbeugung und Vermeidung von Haftungstatbeständen auffordern, sind zahlreiche öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu beachten. Neben den materiell-rechtlichen Anliegen des Gesetzes (Verhinderung der Unterentlohnung, Missachtung der österreichischen Urlaubs- und Arbeitszeitregeln) werden Unternehmen insbesondere im Zusammenhang mit Entsendungen zahlreiche Melde- und Dokumentationspflichten auferlegt. Diese sind mit (teils empfindlichen) Verwaltungsstrafen bewehrt. Die Verwaltungsstrafevidenz, in die auch öffentliche AG und Sektorenauftraggeber Einsicht nehmen können, lassen große Sorgfalt bei der Beachtung der einschlägigen Bestimmungen ratsam erscheinen. Auch öffentliche AG haben durch die Einführung des LSD-BG zusätzliche öffentlich-rechtliche Vorschriften zu beachten. Die Missachtung der Pflichten öffentlicher AG gemäß BVergG in Zusammenschau mit dem LSD-BG kann insbesondere bei Bauaufträgen Haftungstatbestände ge-

mäß LSD-BG auslösen. Die sorgfältige Durchführung von Vergabeverfahren kann einer drohenden Haftung bereits weitgehend vorbeugen.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Georg Rihs ist Rechtsanwalt in Wien.
 Kontaktadresse: RIHS Rechtsanwalt GmbH,
 Kramergasse 9/3/13, 1010 Wien.
 Tel: +43 (0)1 532 11 38
 Fax: +43 (0)1 532 11 90
 E-Mail: office@rihs-rechtsanwalt.at
 Internet: www.rihs-rechtsanwalt.at

Mag. Wolfgang Schweinhammer, LL. M, ist Rechtsanwalt in Wien.

Kontaktadresse: Kanzlei Mag. Schweinhammer,
 Mariahilfer Straße 1 b/17, 1060 Wien.
 Tel: +43 (0)1 58 11 470 36
 Fax: +43 (0)1 58 11 470 12
 E-Mail: kanzlei@schweinhammer.com
 Internet: www.schweinhammer.com

