

# **Arbeitsgemeinschaften und betriebliche Zusammenarbeitsformen aus juristischer Sicht – eine Chancen- und Gefahrenanalyse**

Consortiums and other forms of cooperation in law – risks and opportunities

Les groupements momentanés et autres formes de coopération vu sous l'angle juridique – analyse des opportunités et des risques

Bernd Haintz  
Wirtschaftskammer Steiermark  
AT-Graz





# Arbeitsgemeinschaften und betriebliche Zusammenarbeitsformen aus juristischer Sicht – eine Chancen- und Gefahrenanalyse

## 1. Allgemeines

Die Zusammenarbeit einzelner Gewerke auf österreichischen Baustellen basiert rechtlich gesehen in verschiedenen Arten. Einerseits vergibt der Bauherr einzeln die Aufträge für jedes Gewerk und schließt somit eine Vielzahl an Bauverträgen ab. Damit hat er auch verschiedenste Vertragspartner und somit Ansprechpersonen, die entweder er selbst oder ein zusätzlicher Vertragspartner, die örtliche Bauaufsicht, koordiniert. Dabei ist auch zu beachten, dass unterschiedliche Fristenläufe, Haftungen und Gewährleistungsansprüche zum Tragen kommen. Vorteil des Auftraggebers kann sein, dass entweder erwartet wird, dass die Qualität der Gesamtleistung eine bessere ist, oder durch den fehlenden GU Zuschlag die Arbeit billiger wird.

Dazu im Gegensatz steht der Generalunternehmer, welcher eine Gesamtleistung (bis hin zur gesamten Bauabwicklung) in eigenem Namen anbietet und abwickelt. Dabei bedient er sich entsprechender Subunternehmer, die ausschließlich mit ihm in einer Vertragsbeziehung stehen und an die er Teile der Leistung weitergibt. Die rechtliche Verantwortung für die Leistung und damit auch für seine Subunternehmer liegt bei ihm. Wichtig ist für den GU hier, zu prüfen, ob er vertraglich verpflichtet ist, seine Nachunternehmer bekanntzugeben. Nach ABGB ist er dies nämlich nicht, lediglich das Vergabegesetz kennt bezüglich der Weitergabe Regelungen.

Als Totalübernehmer bezeichnet man jenen Auftragnehmer, der selbst keine Arbeiten ausführt sondern alles weitergibt, er also nur koordiniert und überwacht.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch, dass in den bisher besprochenen Fällen die Unternehmer untereinander mittels **Werkvertrag** (Bauvertrag) verbunden sind. Dazu im Gegensatz kann es noch zur Arbeitskräfteüberlassung kommen, wo eben kein Erfolg geschuldet wird, sondern lediglich Arbeitskräfte Mitarbeiter sogenannten Beschäftigten überlassen werden.

Grundsätzlich gilt es hier zu beachten, dass die Verträge zwischen GU und Bauherren mit jenen der Subunternehmer rechtlich nicht verknüpft sind. Dies bedeutet also unterschiedliche Regelungen bzgl. Bauzeitplan, Gewährleistung, Pönalen, Zahlungsziele etc. Selbstverständlich kann aber die vertragliche Ausgestaltung mit den Nachunternehmern entsprechend abweichen.

## 2. OGH Beispiele

Zwei Fällen, die in jüngster Zeit die Höchstgerichte im Zusammenhang mit Generalunternehmer beschäftigte.

Dass es auch für den Bauherren zu unliebsamen Erscheinungen kommen kann wenn er sich eines Generalunternehmers bedient, zeigt folgendes OGH Urteil auf, wo der Auftraggeber „übrig bleibt“, als seine beauftragte Baufirma insolvent wurde.

Die Klägerin beauftragte einen Generalunternehmer mit der Errichtung der Fundamente und dem Einbau eines Gussasphaltbelags in einer zu errichtenden Halle. Der Generalunternehmer beauftragte seinerseits einen Subunternehmer mit der Herstellung des Asphalts. Vor Beginn der Arbeiten wies der Asphaltierer jedoch richtigerweise seinen Auftraggeber darauf hin, dass es aufgrund der bei den Arbeiten auftretenden Hitzeentwicklung zu einer Verformung der Plastiklampen und der Deckenpaneele kommen könne. Trotz dieses Hinweises erteilte der Generalunternehmer den Auftrag, die Asphaltierungs-

arbeiten dennoch vorzunehmen. Dabei kam es dann tatsächlich zu Verwerfungen der Blechuntersichten der Decke und einem Anschmelzen eines Großteils der Abdeckungen der Deckenbeleuchtung, also es trat genau das ein, wovon gewarnt wurde.

Pech nun, dass der Schaden zwar eingetreten war, jedoch das Bauunternehmen zwischenzeitlich insolvent geworden war. Um den Schaden jedoch dennoch abgedeckt zu bekommen, versuchte nun die Bauherrin ihrerseits ihr Glück, indem sie den Subunternehmer klagte doch sie blitzte in allen drei Instanzen mit ihrem Argument ab, auch sie hätte gewarnt werden müssen, ab.

Aufgebaut war die Klage auf dem Rechtsgrund des Schadenersatzes, Gewährleistung konnte ja nicht geltend gemacht werden, weil diese nur gegenüber einem Vertragspartner durchsetzbar ist und hier kein Auftragsverhältnis zwischen Klägerin und Asphaltierer bestand. Wenn jedoch Schadenersatz geltend gemacht wird, dann muss ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten vorliegen und genau das sah auch der Oberste Gerichtshof nicht. Denn der Subunternehmer hatte richtig gehandelt und seinen Auftraggeber auf die Folgen seiner Arbeit hingewiesen. Darüber hinaus musste er nicht auch noch die Auftraggeberin seines Auftraggebers warnen, er konnte darauf vertrauen, dass der Generalunternehmer dies entweder selbst tut oder aber für die Folgen seines eigenen Versäumnisses haftet.

Damit ist einmal mehr eine klare Trennung gezogen worden zwischen Verträgen des Generalunternehmers und Bauherren und denen mit seinem Subauftragnehmer. Dem Argument, dass die Bauherrin auch ein „schutzwürdiges Interesse“ hätte, vom Subunternehmer gewarnt zu werden wurde entgegengehalten, dass dieses ja deshalb nicht gegeben ist, weil der Generalunternehmer geklagt werden kann, um den Schaden ersetzt zu bekommen. Dass dieser nun insolvent wurde, wird als kaufmännisches Risiko betrachtet. Auch in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010, wo ein Subunternehmer den Planer und Ersteller von Ausschreibungsunterlagen geklagt hatte, verwies das Höchstgericht darauf, dass kein Vertrag zum Planer bestand und der Generalunternehmer selbst von der Subfirma geklagt hätte werden müssen. Damit soll eine uferlose Ausweitung der Vertragshaftung gegenüber Personen verhindert werden, mit denen man ja gar keine Vereinbarung abgeschlossen hat, meinten die Richter.

Der Vollständigkeit halber wird noch festgehalten, dass auch der Subunternehmer ein kaufmännisches Risiko trifft, nämlich wenn er z. B. aufgrund der Insolvenz des GU oder aus sonstigen Gründen keinen Werklohn sieht, obwohl das Werk vollständig erbracht wurde. Auch hier würde dann keine Möglichkeit bestehen, sich direkt an den Auftraggeber des Generalunternehmers zu wenden, um zum Geld zu kommen.

Wenn ein Generalunternehmer mit seinem Subunternehmer einen Werkvertrag abschließt, läuft dieser also quasi unabhängig vom Vertrag zwischen Bauherrn und Generalunternehmer. Ein Urteil hat dazu festgestellt wie weit – und vorab kann schon festgehalten werden, eigentlich sehr weit aber nicht unbegrenzt – nun diese zwei einzelvertraglich miteinander verknüpft werden können, im konkreten Fall zu Lasten des Subunternehmers.

Im Konkreten regelte ein Generalunternehmerwerkvertrag in einer sogenannten Überwälzungsklausel, dass dem Subunternehmer dieses Bauvorhabens nur dann ein Entgelt zusteht, wenn der Bauherr seinerseits seiner Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Generalunternehmer nachgekommen ist. Damit entfernt man sich – erlaubterweise – dem Prinzip des ABGB, wo ja nach dem „Zug um Zug“ Prinzip mit der Fertigstellung des Werkes auch der Werklohn fällig wird. Das heißt, man hat laut Gesetz als Subunternehmer auch dann einen Entgeltanspruch gegenüber dem Generalunternehmer, wenn der Bauherr gegenüber diesem säumig ist oder etwa in Folge von Insolvenz gänzlich ausfällt und nichts zahlt.

Es ist immer wieder in OGH Urteilen festgehalten, dass eine davon abweichende Klausel, wo man das Zahlungsrisiko auf den Subunternehmer abwälzt an sich nicht sittenwidrig ist und dies damit durchaus vereinbart werden kann, frei nach dem Motto: „Sehe ich kein Geld vom Bauherrn bekommst du auch keines“. Gleichzeitig wird aber auch festgehalten, dass wenn man sich vertragsmäßig damit einverstanden erklärt, seinen Werklohn nicht

bei der Beendigung des Werkes, sondern erst nach Zahlung an den Generalunternehmer durch einen Dritten zu erhalten, diese Vereinbarung nicht dahin ausgelegt werden darf, dass der Generalunternehmer überhaupt nichts tun braucht, um zu seinem Geld zu kommen; es ist vielmehr erforderlich, dass sich der Generalunternehmer um die Einbringung des ihm zustehenden Betrages bemühen muss, wie dies ein „vernünftiger Geschäftsmann“ in seinen Angelegenheiten tut. Er hat also alle Schritte zu setzen, damit er sein Geld sieht, um so dann auch in Folge seinen Nachunternehmer zu bezahlen. Tut er nichts, setzt er keine Aktivitäten (Mahnungen, Zahlungsaufforderungen, Klage etc.) muss er dennoch seinen Auftragnehmer bezahlen und kann sich nicht darauf berufen, dass er ja selbst auch keinen Cent gesehen hat.

Nun gab es also solch eine Klausel in einem Werkvertrag und das Unglück nahm insofern seinen Lauf, als dass der Bauherr aus Unzufriedenheit nicht vollständig seiner Zahlungsverpflichtung nachkam sondern nur 78% überwies und der Generalunternehmer somit auch seine Zahlungen an die einzelnen Gewerke anteilmäßig kürzte und ebenfalls nur 78% beglich. Der Kläger, ein Installationsunternehmen beschritt nun den Klagsweg, weil er seine Leistung vollständig erbracht hatte und der Bauherr auch diese Haustechnikleistung nicht bemängelte. Die Leistung ist in diesem Sinne auch übernommen worden. Da jedoch die Zahlung des Bauherrn nicht „gewidmet“ war, also nicht den einzelnen Gewerken zuordenbar sondern von der Gesamtsumme der Pauschale aller unterschiedlichen Leistungen im Zusammenhang mit dem Um- und Neubau eines Seniorenheimes ein Abzug erfolgte – wobei klar war, dass das Installationsunternehmen kein Schuld traf an der Kürzung der Zahlung, vertrat der Bauherr die Meinung, dass er aufgrund der Überwälzungsklausel alle Subunternehmer gleich (schlecht) behandeln kann, also auch den unschuldigen Installationsunternehmer einen Teil seines Geldes zurückbehalten kann, weil ein anderes Gewerk mangelhaft oder unvollständig gearbeitet hat.

Diese Rechtsansicht teilte allerdings der OGH nicht, denn er hielt fest, dass die erwähnte Klausel nur dann gilt, wenn der Werklohn, der dem Generalunternehmer zusteht, nicht einbringlich ist. Nicht aber kann gemeint sein, dass man dann als Subunternehmer kein Geld sieht, weil andere Subunternehmen ihren vertraglichen Pflichten nicht nachgekommen sind und daher der Bauherr nicht die vereinbarte Summe auszahlt. Es kann nicht sein, dass man damit quasi für andere Subunternehmer und deren mangelhaften Leistungen mithaftet, wenn man selbst einwandfreie Leistungen erbracht hat. Fließt Geld zwischen Bauherrn und Generalunternehmer, hat dieser vollständig seinen „korrekt“ arbeitenden Subunternehmer zu bezahlen.

### 3. Die Bau ARGE

Während in Österreich die meisten Unternehmensformen in einem Spezialgesetz geregelt sind z. B. AktienG, GesmbG oder UGB findet sich die Gesellschaftsform der ARGE im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Dort wird sie in wenigen Paragraphen als Gesellschaft bürgerlichen Rechts beschrieben und reguliert.

Sie hat als Charakteristik, dass der Gründungsgedanke darin liegt, dass gewisse Bauaufträge einen größeren Umfang aufweisen, der nur in gemeinsamer Kooperation mehrerer Unternehmen bewältigbar ist. Gerade im Holzbau gibt es erstaunlich wenige ARGEn.

Es schließen sich hier rechtlich selbständig bleibende Unternehmen zusammen, um sachlich und zeitlich begrenzt für einen Auftrag anzubieten bzw. diesen dann zu übernehmen. Ende der ARGE ist daher in der Regel die Fertigstellung des Werkes bzw. das Ende der Gewährleistungsfrist.

Der Grund ihrer Beliebtheit liegt in der Einfachheit der Gründung, formlos also auch mündlich möglich und daher, da auch keine Eintragung ins Firmenbuch nötig bzw. möglich, stellt es eine äußerst günstige Variante dar. Sogar eine konkludente Gründung ist denkbar. Auch ist damit die Möglichkeit geschaffen, gemeinsam Risiko zu tragen.

Anders als etwa bei Kapitalgesellschaften sind bei einer ARGE niemals die Gesellschaft selbst sondern immer nur die Gesellschafter, also die zusammenschließenden Unternehmen, Träger von Rechten und Pflichten.

Damit können auch immer nur die Gesellschafter rechtlich gesehen, in Erscheinung treten, z. B. im Grundbuch eingetragen werden. Ist dies beabsichtigt, müssen alle Gesellschafter einzeln eingetragen werden. So kann auch eine Gesellschaft nicht geklagt werden oder selbst klagen. (Achtung! Gegensätzlich in der BRD)

Sollte es also zu einer Forderung der ARGE kommen, müssen alle Gesellschafter rechtlich vorgehen oder einen Gesellschafter bestimmen, dies zu tun. Dieser handelt dann in Vertretung der anderen.

Eine Eintragung ins Firmenbuch ist nicht möglich, allerdings gibt es die Wertgrenze von 700.000 Euro Umsatz pro Geschäftsjahr, wo dann eine Eintragung zwingend vorgesehen ist, dann aber entweder als OG oder KG. Diese Grenze gilt nicht, wenn Bau ARGES nicht dauerhaft angelegt sind, sondern sich nach Abschluss eines gemeinsamen Projektes wieder auflösen. In diesem Fall ist die Umsatzgrenze unerheblich, kann also ohne Rechtsfolgen überschritten werden. Da ja dann diese Zusammenarbeit zeitlich begrenzt ist, also für die Dauer des Bauprojektes, ist die Umsatzgrenze unerheblich.

Die Regelungen des ABGB sind im Innenverhältnis dispositiv, also abänderbar, daher kommt dem Gesellschaftervertrag große Bedeutung zu.

Umso wichtiger also, dass diese Gesellschaftsverträge obwohl nicht zwingend, sehr wohl schriftlich verfasst werden sollen. Nicht ohne Grund erstreckt sich der ARGE Mustervertrag der Wirtschaftskammer auf 65 Seiten.

In der Praxis findet sich ein oder mehrere sogenannte federführende oder geschäftsführende Unternehmen in der ARGE, die vorab bestimmt werden müssen und dann in weiterer Folge alle nach außen hin vertreten. Man vereinbart vorab auch andere Aufgaben, welche diese Unternehmen übernehmen. Getragen ist diese Vereinbarung, von der Idee, die Zusammenarbeit so unkompliziert wie möglich zu halten. Daher hält man vertraglich fest, was die sonstigen Aufgaben auch im Innenverhältnis umfassen.

Anders als im Gesetz wo alle gleichberechtigt und gleich beteiligt sind, finden sich sehr häufig unterschiedliche Einlage- und Beitragspflichten, wie z. B. Arbeitsleistung, Geld, KnowHow. Entsprechend der internen Vereinbarung werden diese dann bewertet und danach richtet sich die Beteiligung bzw. Haftung.

Wichtig zu regeln ist, welche Aufgaben die kaufmännische Verwaltung hat:

- Interne Buchhaltung, das Stellen der Rechnungen . Hierzu wird ein eigenes Konto eingerichtet, über das allerdings nur die kaufmännische Geschäftsführung verfügungsbe-rechtigt ist.
- Finanzplan und Geldbeschaffung (Kredite)
- Weiterleitung der eingegangenen Entgelte an ARGE Mitglieder, Geldverkehr
- Gemeinsam mit technischer Geschäftsführung der Abschluss von Subverträgen

Praktikablerweise gibt es dann noch zusätzlich die technische Geschäftsführung. Hier fällt in den Aufgabenbereich:

- Baustellenüberwachung sowie Aufsicht über die örtliche Bauleitung
- Fragen des Arbeitnehmerschutzes
- Einhaltung der verwaltungsrechtlichen Vorschriften, wie z. B. Baugesetz, Wasserrechtsgesetz etc.
- Beschaffung aller Genehmigungen
- .....

Wichtig, eigentlich das Um und Auf ist auch, die Mitglieder über alle wesentlichen Vorkommnisse zu informieren, die das Bauprojekt betreffen. Das kann soweit reichen, dass man allen Gesellschaftern den Einblick ins Telebanking Konto ermöglicht. Auch ist es üblich, dass man Bauerfolgsrechnungen monatlich oder quartalsweise erstellt und allen zukommen lässt.

Ein **Firmenrat** wird ebenfalls häufig eingesetzt, setzt sich aus jeweils einem Vertreter eines Partnerunternehmens zusammen. Dieser Firmenrat entscheidet über alle wesentlichen grundsätzlichen Fragen.

Selbstverständlich steht der Geschäftsführung für seine Aufwendungen ein Honorar zur Verfügung, das tunlichst vorab festzulegen ist. Empfohlen wird auch eine technische und kaufmännische Geschäftsführung., die sowohl getrennt als auch in einer Hand erfolgen kann. Zusätzlich gibt es noch die Bauleitung vor Ort auf der Baustelle.

Ein Vorteil einer ARGE sind natürlich die Synergien, wie etwa die gemeinsame Nutzung von Geräten oder Fahrzeugen, wo es auch eine interne Verrechnung gibt. Aber auch Personal kann gegenseitig aushelfen, was ebenfalls abzugelten ist. Gewerberechtlich handelt es sich um Arbeitskräfteüberlassung bzw. Baumaschinenverleih, beides in der ARGE durchaus zulässig. Wichtig scheint hier darauf hinzuweisen, dass bei Arbeiten füreinander abzuklären ist, in welcher Vertragsform dies erfolgt, wenn für ein anderes ARGE Mitglied eingesprungen wird, etwa in Form eines Werkvertrages. Fragen der Haftung können damit schon zu Beginn klargestellt werden.

Wie erfolgt intern die **Meinungsbildung**? Möglichst einvernehmlich, was naturgemäß nicht immer möglich sein wird. Daher kann es auch zu Mehrheitsbeschlüssen kommen. Spätestens bei Leistungserbringung, eventuell bereits im Vorfeld sind die einzelnen Leistungserbringungen festzulegen. Wer macht was? Vor allem sollte geregelt werden, ob Subvergaben zulässig sind. Ohne eine diesbezügliche vertragliche Vereinbarung wäre dies ja zulässig.

Grundsätzlich sind in der **Vertretung nach außen** alle Gesellschafter befugt für die ARGE und damit für alle ARGE Partner aufzutreten. Aber wie bereits ausgeführt ist dies im Innenverhältnis tunlichst anders zu regeln. Jedoch wenn ein ARGE Gesellschafter der Vereinbarung widersprechend nach außen Handlungen setzt, müssen diese dennoch anerkannt werden.

Wichtig gewerberechtlich zu beachten ist, dass alle Mitglieder der ARGE über alle erforderlichen Gewerberechte verfügen müssen. Dies bedeutet also, dass hier nicht ein Mitglied quasi für ein anderes „einspringen“ kann, wenn dieses nicht über die erforderlichen Berechtigungen verfügt. Das bedeutet z. B. wenn Holzbau- und Baumeisterarbeiten übernommen werden, jeder über die Befugnis des Holzbau- und Baumeister verfügen muss. Dies wird oft übersehen und ist bereits im Vorfeld bei Ausschreibungen ein KO Kriterium., da jedes ARGE Mitglied gesondert diesbezüglich überprüft wird. Auch jene Mitglieder, die nur einen Teil der Leistungen dann tatsächlich erbringen sind hier gefordert, die gesamten Gewerbeberechtigungen vorzulegen. Daher wichtiger Hinweis, bevor überhaupt an die Gründung einer ARGE gedacht wird und die ersten Schritten übernommen werden sollen – Prüfung der gewerberechtlichen Voraussetzungen.

Die **Haftung** trifft jeden einzelnen Gesellschafter und nicht die Gesellschaft selbst. Die Besonderheit hier ist allerdings, dass es zu einer **Solidarhaftung** kommt, also „Einer für Alle und „Alle für Einen“. Dies bedeutet, dass ein ARGE Partner von dritter Seite herangezogen werden kann und die Ansprüche vollständig zu befriedigen hat. Erst im Innenverhältnis besteht die Möglichkeit zu regressieren. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit die Haftung (im Innenverhältnis) anteilig zu regeln. Aber dies kann im Außenverhältnis nicht vorgebracht werden. Nur am Rande sei erwähnt, dass ein Ausscheiden eines Gesellschafters oder ein nachträglicher Eintritt einige, nicht einfache zu lösenden Konsequenzen bzgl. der Haftung hat.

Grundsätzlich gibt es bei dieser zeitlich limitierten Zusammenarbeit kein im Gesetz vorgesehenes vorzeitiges **Kündigungsrecht**. Nur bei einem außerordentlichen Grund, also wenn es tatsächlich unzumutbar ist. Um sich in diesem Fall nicht mit der strittigen Frage auseinandersetzen zu müssen, ob dies auch das Ende der Gesellschaft bedeutet, sollte im Vertrag ein diesbezüglicher Passus aufgenommen werden, dass eben dennoch die ARGE weiterbestehen bleibt. Umgekehrt kann jedoch „einstimmig“ (Ausnahme bei anderslautender Vereinbarung) ein Gesellschafter ausgeschlossen werden, wenn z. B. wesentliche vertragliche Aufgaben nicht erfüllt werden oder etwa bei **Insolvenz**.

**Disclaimer: Diese Unterlage wurde unter juristischen Gesichtspunkten mit entsprechender Sorgfalt erstellt, es kann allerdings keinerlei Haftung des Autors abgeleitet werden.**