

# TE OGH 2008/9/24 2Ob261/07g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.09.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Veith, Dr. Grohmann, Dr. E. Solé und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. Clemens R\*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der B\*\*\*\*\* GmbH, vertreten durch Dr. Engelhart & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei Ing. S\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Olischar und Dr. Johannes Olischar, Rechtsanwälte in Wien, wegen 51.209 EUR sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. September 2007, GZ 3 R 51/07b-18, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 22. Februar 2007, GZ 37 Cg 101/06s-14, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.794,96 EUR (darin 299,16 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei beschäftigte Arbeitskräfte, die ihr von der B\*\*\*\*\* GmbH (in der Folge: Überlasserin) bereitgestellt worden sind. Mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 20. 4. 2005 wurde über das Vermögen der Überlasserin der Konkurs eröffnet und der nunmehrige Kläger zum Masseverwalter bestellt.

Dieser begehrt mit der am 10. 8. 2006 beim Erstgericht eingebrachten Klage von der beklagten Partei die Zahlung der ihr im Zeitraum vom 16. 3. 2005 bis 13. 4. 2005 in Rechnung gestellten Entgelte für die Bereitstellung von Arbeitskräften in Höhe von insgesamt 51.209 EUR sA.

Die beklagte Partei wandte - soweit im Revisionsverfahren noch bedeutsam - ein, sie hafte gemäß § 14 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) als Bürgin für die Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskräfte sowie für die Dienstnehmer- und Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung, soweit die Arbeitskräfte keine Leistungen nach dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG) erhielten. Der Kläger weigere sich trotz Aufforderung, Nachweise zu erbringen, aus denen der voraussichtliche Umfang der Bürgenhaftung der beklagten Partei gegenüber den Anspruchsberechtigten ersichtlich sei. Es sei jedenfalls zu erwarten, dass die Sozialversicherungsträger mit ihren Forderungen auf Zahlung der Dienstgeberbeiträge im Konkurs der Überlasserin nur quotenmäßige Befriedigung erlangen und hinsichtlich des Forderungsausfalls an die beklagte Partei herantreten werden würden. Jedenfalls in diesem Umfang stehe der beklagten Partei gegenüber dem klagenden Masseverwalter ein Zurückbehaltungsrecht zu, käme man ansonsten doch zu dem von der Rechtsordnung nicht gewünschten Ergebnis, dass die beklagte Partei die - auch im geforderten Entgelt enthaltenen - Beiträge doppelt entrichten müsste. Die beklagte Partei wandte - soweit im

Revisionsverfahren noch bedeutsam - ein, sie hafte gemäß Paragraph 14, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) als Bürge für die Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskräfte sowie für die Dienstnehmer- und Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung, soweit die Arbeitskräfte keine Leistungen nach dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG) erhielten. Der Kläger weigerte sich trotz Aufforderung, Nachweise zu erbringen, aus denen der voraussichtliche Umfang der Bürgenhaftung der beklagten Partei gegenüber den Anspruchsberechtigten ersichtlich sei. Es sei jedenfalls zu erwarten, dass die Sozialversicherungsträger mit ihren Forderungen auf Zahlung der Dienstgeberbeiträge im Konkurs der Überlasserin nur quotenmäßige Befriedigung erlangen und hinsichtlich des Forderungsausfalls an die beklagte Partei herantreten werden würden. Jedenfalls in diesem Umfang stehe der beklagten Partei gegenüber dem klagenden Masseverwalter ein Zurückbehaltungsrecht zu, käme man ansonsten doch zu dem von der Rechtsordnung nicht gewünschten Ergebnis, dass die beklagte Partei die - auch im geforderten Entgelt enthaltenen - Beiträge doppelt entrichten müsste.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. § 14 AÜG gebe der beklagten Partei kein Recht, die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Überlasser vom Nachweis der Bezahlung des Entgelts an die überlassenen Arbeitskräfte oder der Sozialversicherungsbeiträge abhängig zu machen. Die grundsätzlich denkbare, von der beklagten Partei aber nicht erhobene Unsicherheitseinrede komme nicht in Betracht, da die Klägerin ihre Leistungen bereits erbracht habe. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Paragraph 14, AÜG gebe der beklagten Partei kein Recht, die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Überlasser vom Nachweis der Bezahlung des Entgelts an die überlassenen Arbeitskräfte oder der Sozialversicherungsbeiträge abhängig zu machen. Die grundsätzlich denkbare, von der beklagten Partei aber nicht erhobene Unsicherheitseinrede komme nicht in Betracht, da die Klägerin ihre Leistungen bereits erbracht habe.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es vertrat die Ansicht, das erstinstanzliche Vorbringen der beklagten Partei sei auch im Sinne der Erhebung der Unsicherheitseinrede nach § 1052 Satz 2 ABGB zu verstehen. Die Anwendung dieser Bestimmung setze aber voraus, dass Leistung und Gegenleistung zueinander im Austauschverhältnis stünden. Erfasst seien nur die vertraglichen Haupt- und äquivalenten Nebenpflichten, nicht jedoch Schutzpflichten. Beim Arbeitskräfteüberlassungsvertrag stünden die Pflicht des Überlassers zur bedungenen Überlassung von Arbeitskräften und die Pflicht des Beschäftigers zur Entrichtung des hierfür vereinbarten Entgelts in einer Austauschbeziehung. Zwar habe der Überlasser die Entgeltzahlungen an die Arbeitnehmer und die Abfuhr der darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge an den Sozialversicherungsträger auch im Interesse des Beschäftigers vorzunehmen, um diesen vor der Inanspruchnahme als Bürge (§ 14 AÜG) zu bewahren. Dabei handle es sich jedoch gegenüber dem Beschäftiger um eine reine Schutzpflicht. Auch die Verpflichtung des Überlassers, den gemäß § 14 AÜG als Bürge in Anspruch genommenen Beschäftiger schadlos zu halten, sei weder Haupt- noch (im Entgeltsverhältnis stehende) äquivalente Nebenpflicht aus dem Arbeitskräfteüberlassungsvertrag, sondern ergebe sich aus dem Gesetz (§ 1358 ABGB). Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es vertrat die Ansicht, das erstinstanzliche Vorbringen der beklagten Partei sei auch im Sinne der Erhebung der Unsicherheitseinrede nach Paragraph 1052, Satz 2 ABGB zu verstehen. Die Anwendung dieser Bestimmung setze aber voraus, dass Leistung und Gegenleistung zueinander im Austauschverhältnis stünden. Erfasst seien nur die vertraglichen Haupt- und äquivalenten Nebenpflichten, nicht jedoch Schutzpflichten. Beim Arbeitskräfteüberlassungsvertrag stünden die Pflicht des Überlassers zur bedungenen Überlassung von Arbeitskräften und die Pflicht des Beschäftigers zur Entrichtung des hierfür vereinbarten Entgelts in einer Austauschbeziehung. Zwar habe der Überlasser die Entgeltzahlungen an die Arbeitnehmer und die Abfuhr der darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge an den Sozialversicherungsträger auch im Interesse des Beschäftigers vorzunehmen, um diesen vor der Inanspruchnahme als Bürge (Paragraph 14, AÜG) zu bewahren. Dabei handle es sich jedoch gegenüber dem Beschäftiger um eine reine Schutzpflicht. Auch die Verpflichtung des Überlassers, den gemäß Paragraph 14, AÜG als Bürge in Anspruch genommenen Beschäftiger schadlos zu halten, sei weder Haupt- noch (im Entgeltsverhältnis stehende) äquivalente Nebenpflicht aus dem Arbeitskräfteüberlassungsvertrag, sondern ergebe sich aus dem Gesetz (Paragraph 1358, ABGB).

In den Entscheidungen 7 Ob 536/91 und 7 Ob 113/01w habe der Oberste Gerichtshof allerdings ausgesprochen, dass dem Beklagten in derartigen Fällen nur die - im Konkreten allerdings jeweils erfolglose - Unsicherheitseinrede verbleibe. Dies lasse die Deutung offen, dass bei drohender Inanspruchnahme des Beschäftigers als Bürge nach § 14 AÜG die im Fall dessen tatsächlicher Inanspruchnahme bestehende Regressforderung als vom Überlasser zu

erbringende „Gegenleistung“ im Sinne des § 1052 Satz 2 ABGB anzusehen wäre, deren Einbringlichkeit wegen der Insolvenz des Überlassers gefährdet sei. Die ordentliche Revision sei zuzulassen, weil es einer entsprechenden Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof bedürfe. In den Entscheidungen 7 Ob 536/91 und 7 Ob 113/01w habe der Oberste Gerichtshof allerdings ausgesprochen, dass dem Beklagten in derartigen Fällen nur die - im Konkreten allerdings jeweils erfolglose - Unsicherheitseinrede verbleibe. Dies lasse die Deutung offen, dass bei drohender Inanspruchnahme des Beschäftigten als Bürge nach Paragraph 14, AÜG die im Fall dessen tatsächlicher Inanspruchnahme bestehende Regressforderung als vom Überlasser zu erbringende „Gegenleistung“ im Sinne des Paragraph 1052, Satz 2 ABGB anzusehen wäre, deren Einbringlichkeit wegen der Insolvenz des Überlassers gefährdet sei. Die ordentliche Revision sei zuzulassen, weil es einer entsprechenden Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof bedürfe.

Gegen dieses Berufungsurteil richtet sich die Revision der beklagten Partei mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, das Rechtsmittel zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil es aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund einer Klarstellung der Rechtslage durch den Obersten Gerichtshof bedarf; sie ist jedoch nicht berechtigt.

Die beklagte Partei macht geltend, einem Beschäftigten sei die Unsicherheitseinrede schon dann zu gewähren, wenn die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Überlassers seine rechtsgrundlose „Verkürzung“ zur Folge hätte. Genau dies träfe bei Stattgebung des Klagebegehrens auf die beklagte Partei zu, die als Ausfallsbürgin Teile der „Werklohnforderung“ noch einmal an Arbeitnehmer und Sozialversicherungsträger zu leisten hätte. Ein solches Ergebnis würde nicht nur zu einer Bevorzugung der Arbeitnehmer und Sozialversicherungsträger gegenüber anderen Konkursgläubigern, sondern auch zu einer unsachlichen, dem Gleichheitsgrundsatz sowie dem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums widersprechenden Benachteiligung der beklagten Partei führen. Dieser müsse daher - um eine verfassungskonforme Lösung zu erzielen - zumindest hinsichtlich jener Entgeltsbestandteile, für welche sie die Bürgenhaftung nach § 14 AÜG treffe, die Unsicherheitseinrede gemäß § 1052 Satz 2 ABGB zugestanden werden. Da der Kläger die beklagte Partei trotz Aufforderung wider Treu und Glauben nicht darüber informiert habe, in welchem Umfang ihre Inanspruchnahme aus der Bürgenhaftung zu erwarten sei, sei die Klage überdies unschlüssig. Die beklagte Partei macht geltend, einem Beschäftigten sei die Unsicherheitseinrede schon dann zu gewähren, wenn die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Überlassers seine rechtsgrundlose „Verkürzung“ zur Folge hätte. Genau dies träfe bei Stattgebung des Klagebegehrens auf die beklagte Partei zu, die als Ausfallsbürgin Teile der „Werklohnforderung“ noch einmal an Arbeitnehmer und Sozialversicherungsträger zu leisten hätte. Ein solches Ergebnis würde nicht nur zu einer Bevorzugung der Arbeitnehmer und Sozialversicherungsträger gegenüber anderen Konkursgläubigern, sondern auch zu einer unsachlichen, dem Gleichheitsgrundsatz sowie dem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums widersprechenden Benachteiligung der beklagten Partei führen. Dieser müsse daher - um eine verfassungskonforme Lösung zu erzielen - zumindest hinsichtlich jener Entgeltsbestandteile, für welche sie die Bürgenhaftung nach Paragraph 14, AÜG treffe, die Unsicherheitseinrede gemäß Paragraph 1052, Satz 2 ABGB zugestanden werden. Da der Kläger die beklagte Partei trotz Aufforderung wider Treu und Glauben nicht darüber informiert habe, in welchem Umfang ihre Inanspruchnahme aus der Bürgenhaftung zu erwarten sei, sei die Klage überdies unschlüssig.

Hiezu wurde erwogen:

1.) a) Gemäß § 3 Abs 1 AÜG ist unter Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte zu verstehen. Charakteristisch dafür ist, dass die Arbeitskraft ihre Arbeitsleistung nicht im Betrieb ihres Arbeitgebers (Überlassers), sondern in Unterordnung unter dessen Weisungsbefugnis im Betrieb des Beschäftigten erbringt. Während die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen der Arbeitskraft und dem Überlasser im Arbeitsvertrag geregelt sind, beruht die schuldrechtliche Verbindung zwischen Überlasser und Beschäftigter in der Regel auf dem Überlassungsvertrag (Dienstverschaffungsvertrag). Eine vertragliche Regelung zwischen dem Beschäftigten und der Arbeitskraft besteht im Allgemeinen nicht. Ausgehend von der Arbeitgeberrolle des Überlassers trifft diesen auch die Pflicht zur Entgeltzahlung an die Arbeitskraft (7 Ob 304/02k; 9 ObA 125/07h; je mwN; RIS-Justiz

RS0050620; Sacherer/Schwarz, AÜG2 123; Obereder in Mazal/Risak, Arbeitsrecht Kap XV Rz 1).1.) a) Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, AÜG ist unter Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte zu verstehen. Charakteristisch dafür ist, dass die Arbeitskraft ihre Arbeitsleistung nicht im Betrieb ihres Arbeitgebers (Überlassers), sondern in Unterordnung unter dessen Weisungsbefugnis im Betrieb des Beschäftigers erbringt. Während die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen der Arbeitskraft und dem Überlasser im Arbeitsvertrag geregelt sind, beruht die schuldrechtliche Verbindung zwischen Überlasser und Beschäftigter in der Regel auf dem Überlassungsvertrag (Dienstverschaffungsvertrag). Eine vertragliche Regelung zwischen dem Beschäftigter und der Arbeitskraft besteht im Allgemeinen nicht. Ausgehend von der Arbeitgeberrolle des Überlassers trifft diesen auch die Pflicht zur Entgeltzahlung an die Arbeitskraft (7 Ob 304/02k; 9 ObA 125/07h; je mwN; RIS-Justiz RS0050620; Sacherer/Schwarz, AÜG2 123; Obereder in Mazal/Risak, Arbeitsrecht Kap römisch XV Rz 1).

b) Der Kläger begehrt Entgelt für die Arbeitskräfteüberlassung an die beklagte Partei. In dritter Instanz ist nicht mehr strittig, dass ein bestimmter Arbeitserfolg nicht geschuldet war. Die Leistungspflicht des Überlassers aus dem zugrundeliegenden Vertragsverhältnis mit der beklagten Partei (Dienstverschaffungsvertrag) erschöpfte sich daher in der Bereitstellung durchschnittlich qualifizierter, arbeitsbereiter Arbeitskräfte (8 ObA 73/03y = SZ 2004/141; 7 Ob 256/03b; RIS-Justiz RS0021287, RS0021302). Sie wurde mit dem Arbeitsantritt der Arbeitskräfte im Betrieb der beklagten Partei erfüllt (Sacherer/Schwarz aaO 124).

c) Gemäß § 1052 Satz 2 ABGB kann der zur Vorausleistung Verpflichtete seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn diese durch schlechte Vermögensverhältnisse des anderen Teils gefährdet ist, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt sein mussten. Die Unsicherheitseinrede steht nur bezüglich der im funktionellen Synallagma stehenden Leistungen zu (RIS-Justiz RS0021084). Diese Leistungen bestehen bei einem Dienstverschaffungsvertrag, wie soeben erörtert, in der Bereitstellung der Arbeitskräfte und der Zahlung des dafür vereinbarten Entgelts. Da die Überlasserin die von ihr vertraglich geschuldete Leistung bereits erbracht hat - für die vertragliche Übernahme weitergehender Leistungspflichten (etwa Informationspflichten) liegen keine Anhaltspunkte vor - könnte die Unsicherheitseinrede selbst bei vereinbarter Vorleistungspflicht der beklagten Partei nicht erfolgreich sein (vgl auch Apathy in KBB2 § 1052 Rz 4).c) Gemäß Paragraph 1052, Satz 2 ABGB kann der zur Vorausleistung Verpflichtete seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn diese durch schlechte Vermögensverhältnisse des anderen Teils gefährdet ist, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt sein mussten. Die Unsicherheitseinrede steht nur bezüglich der im funktionellen Synallagma stehenden Leistungen zu (RIS-Justiz RS0021084). Diese Leistungen bestehen bei einem Dienstverschaffungsvertrag, wie soeben erörtert, in der Bereitstellung der Arbeitskräfte und der Zahlung des dafür vereinbarten Entgelts. Da die Überlasserin die von ihr vertraglich geschuldete Leistung bereits erbracht hat - für die vertragliche Übernahme weitergehender Leistungspflichten (etwa Informationspflichten) liegen keine Anhaltspunkte vor - könnte die Unsicherheitseinrede selbst bei vereinbarter Vorleistungspflicht der beklagten Partei nicht erfolgreich sein vergleiche auch Apathy in KBB2 Paragraph 1052, Rz 4).

2.) Die Berufung auf die gesetzliche Bürgschaft nach § 14 AÜG führt zu keinem günstigeren Ergebnis für die beklagte Partei:2.) Die Berufung auf die gesetzliche Bürgschaft nach Paragraph 14, AÜG führt zu keinem günstigeren Ergebnis für die beklagte Partei:

a) § 14 Abs 1 AÜG normiert die Haftung des Beschäftigers für die gesamten der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigung in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche und die entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung als Bürge (§ 1355 ABGB). Gemäß Abs 2 haftet der Beschäftiger nur mehr als Ausfallsbürge im Sinne des § 1356 ABGB, wenn er seine Verpflichtungen aus der Überlassung dem Überlasser nachweislich erfüllt hat. Für den Fall der Insolvenz des Überlassers bestimmt Abs 3 den Entfall der Haftung des Beschäftigers als Bürge, wenn die überlassene Arbeitskraft Anspruch auf (nunmehr) Insolvenz-Entgelt nach dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG) hat, soweit dadurch die Befriedigung der in Abs 1 erwähnten Ansprüche tatsächlich gewährleistet ist.a) Paragraph 14, Absatz eins, AÜG normiert die Haftung des Beschäftigers für die gesamten der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigung in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche und die entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung als Bürge (Paragraph 1355, ABGB). Gemäß Absatz 2, haftet der Beschäftiger nur mehr als Ausfallsbürge im Sinne des Paragraph 1356, ABGB, wenn er seine Verpflichtungen aus der Überlassung dem Überlasser nachweislich erfüllt hat. Für den Fall der Insolvenz des

Überlassers bestimmt Absatz 3, den Entfall der Haftung des Beschäftigers als Bürge, wenn die überlassene Arbeitskraft Anspruch auf (nunmehr) Insolvenz-Entgelt nach dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG) hat, soweit dadurch die Befriedigung der in Absatz eins, erwähnten Ansprüche tatsächlich gewährleistet ist.

Nach den Gesetzesmaterialien soll diese Regelung die finanziellen Ansprüche der überlassenen Arbeitskräfte sichern. Sie soll aber auch eine gewisse Präventivfunktion erfüllen, weil sie den Beschäftiger zu einer sorgfältigen Auswahl des Überlassers anregen soll (ErLRV 450 BlgNR 17. GP 20 f; vgl 2 Ob 304/04a mwN; ferner Schwarz/Sacherer aaO 245 f; Schindler in ZellKomm § 14 AÜG Rz 1; Resch, Arbeitskräfteüberlassung und Sozialrecht, DRdA 2001, 399 [403]). In Lehre und Rechtsprechung wird die Bestimmung als Schutznorm zugunsten der überlassenen Arbeitskräfte, aber auch der Sozialversicherungsträger gesehen (7 Ob 536/91; 5 Ob 143/01t; 2 Ob 304/04a; Resch aaO 403). Da die gesicherten Ansprüche auf Insolvenz-Entgelt die auf die Arbeitskräfte entfallenden Beitragsanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung mitumfassen (§ 13a Abs 1 IESG), steht im Konkurs des Überlassers die Bürgenhaftung des Beschäftigers für die rückständigen Dienstgeberbeiträge im Vordergrund (Reckenzaun, Die Einbringung von Außenständen im Konkursverfahren von Personalbereitstellungsunternehmen, ZIK 1999, 148 [149]; Schwarz/Sacherer aaO 249; Schindler aaO § 14 AÜG Rz 6; Resch aaO 404 f.) Nach den Gesetzesmaterialien soll diese Regelung die finanziellen Ansprüche der überlassenen Arbeitskräfte sichern. Sie soll aber auch eine gewisse Präventivfunktion erfüllen, weil sie den Beschäftiger zu einer sorgfältigen Auswahl des Überlassers anregen soll (ErLRV 450 BlgNR 17. Gesetzgebungsperiode 20 f; vergleiche 2 Ob 304/04a mwN; ferner Schwarz/Sacherer aaO 245 f; Schindler in ZellKomm Paragraph 14, AÜG Rz 1; Resch, Arbeitskräfteüberlassung und Sozialrecht, DRdA 2001, 399 [403]). In Lehre und Rechtsprechung wird die Bestimmung als Schutznorm zugunsten der überlassenen Arbeitskräfte, aber auch der Sozialversicherungsträger gesehen (7 Ob 536/91; 5 Ob 143/01t; 2 Ob 304/04a; Resch aaO 403). Da die gesicherten Ansprüche auf Insolvenz-Entgelt die auf die Arbeitskräfte entfallenden Beitragsanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung mitumfassen (Paragraph 13 a, Absatz eins, IESG), steht im Konkurs des Überlassers die Bürgenhaftung des Beschäftigers für die rückständigen Dienstgeberbeiträge im Vordergrund (Reckenzaun, Die Einbringung von Außenständen im Konkursverfahren von Personalbereitstellungsunternehmen, ZIK 1999, 148 [149]; Schwarz/Sacherer aaO 249; Schindler aaO Paragraph 14, AÜG Rz 6; Resch aaO 404 f.).

b) Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass der Beschäftiger aus der drohenden Bürgenhaftung nach § 14 AÜG nicht das Recht ableiten kann, die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Überlasser vom Nachweis der Bezahlung des Entgelts an die überlassenen Arbeitskräfte oder der Sozialversicherungsbeiträge für diese abhängig zu machen (RIS-Justiz RS0051731). In dem zu 5 Ob 251/05f beurteilten Fall wurde ein Zurückbehaltungsrecht des Beschäftigers hinsichtlich offener Sozialversicherungsbeiträge im Konkurs des Überlassers nur deshalb bejaht, weil dem Beschäftiger dieses Recht vertraglich zugestanden worden war. b) Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass der Beschäftiger aus der drohenden Bürgenhaftung nach Paragraph 14, AÜG nicht das Recht ableiten kann, die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Überlasser vom Nachweis der Bezahlung des Entgelts an die überlassenen Arbeitskräfte oder der Sozialversicherungsbeiträge für diese abhängig zu machen (RIS-Justiz RS0051731). In dem zu 5 Ob 251/05f beurteilten Fall wurde ein Zurückbehaltungsrecht des Beschäftigers hinsichtlich offener Sozialversicherungsbeiträge im Konkurs des Überlassers nur deshalb bejaht, weil dem Beschäftiger dieses Recht vertraglich zugestanden worden war.

In der Entscheidung 7 Ob 536/91 wurde hingegen auf das Fehlen einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung ausdrücklich hingewiesen. Da auch ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 471 ABGB und der §§ 369 ff HGB aufgrund des jeweils klaren Gesetzeswortlauts ausscheide - so die weitere Begründung des 7. Senats -, verbleibe dem Beklagten nur die Unsicherheitseinrede. Im konkreten Fall habe die beklagte Partei aber weder bewiesen, dass ihr (noch) eine Gegenleistung zustehe, noch dass diese gefährdet wäre. In der Entscheidung 7 Ob 536/91 wurde hingegen auf das Fehlen einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung ausdrücklich hingewiesen. Da auch ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des Paragraph 471, ABGB und der Paragraphen 369, ff HGB aufgrund des jeweils klaren Gesetzeswortlauts ausscheide - so die weitere Begründung des 7. Senats -, verbleibe dem Beklagten nur die Unsicherheitseinrede. Im konkreten Fall habe die beklagte Partei aber weder bewiesen, dass ihr (noch) eine Gegenleistung zustehe, noch dass diese gefährdet wäre.

In der Entscheidung 7 Ob 113/01w wurde unter Bezugnahme auf dieses Vorjudikat die Möglichkeit einer Unsicherheitseinrede mit der Begründung verneint, dass der gefährdende Vermögenszustand des Überlassers

schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegeben gewesen sei und sich die beklagte Partei auf die Unkenntnis dieses Umstands wegen der öffentlichen Bekanntmachung der Ablehnung der Konkursöffnung mangels kostendeckenden Vermögens (§ 71b Abs 1 Satz 2 KO) nicht berufen könne. In der Entscheidung 7 Ob 113/01w wurde unter Bezugnahme auf dieses Vorjudikat die Möglichkeit einer Unsicherheitseinrede mit der Begründung verneint, dass der gefahrdrohende Vermögenszustand des Überlassers schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegeben gewesen sei und sich die beklagte Partei auf die Unkenntnis dieses Umstands wegen der öffentlichen Bekanntmachung der Ablehnung der Konkursöffnung mangels kostendeckenden Vermögens (Paragraph 71 b, Absatz eins, Satz 2 KO) nicht berufen könne.

c) Binder (in Schwimann, ABGB3 IV § 1052 Rz 88; ebenso: Die Verzahnung von Arbeits- und Zivilrecht, ZAS 2008/24, 162 [171]) versteht die soeben zitierte Rechtsprechung dahin, dass einem Beschäftigten gegenüber dem mit der Lohnzahlung säumigen Überlasser die Unsicherheitseinrede nach § 1052 Satz 2 ABGB offen stehe. Gleichzeitig pflichtet dieser Autor (in Schwimann aaO FN 324) aber auch Reckenzaun bei, dass zufolge der Bürgenhaftung des Beschäftigten im Falle der Inanspruchnahme durch den Masseverwalter die Unsicherheitseinrede nicht mehr zur Verfügung stehe. c) Binder (in Schwimann, ABGB3 römisch IV Paragraph 1052, Rz 88; ebenso: Die Verzahnung von Arbeits- und Zivilrecht, ZAS 2008/24, 162 [171]) versteht die soeben zitierte Rechtsprechung dahin, dass einem Beschäftigten gegenüber dem mit der Lohnzahlung säumigen Überlasser die Unsicherheitseinrede nach Paragraph 1052, Satz 2 ABGB offen stehe. Gleichzeitig pflichtet dieser Autor (in Schwimann aaO FN 324) aber auch Reckenzaun bei, dass zufolge der Bürgenhaftung des Beschäftigten im Falle der Inanspruchnahme durch den Masseverwalter die Unsicherheitseinrede nicht mehr zur Verfügung stehe.

Reckenzaun begründet diese Ansicht (aaO 150) damit, dass ja nicht die Gegenleistung des Überlassers zum Zeitpunkt des Erfüllungsverlangens des Masseverwalters in Frage gestellt, sondern das mögliche Hinzutreten einer zuvor nicht einkalkulierten Verpflichtung des Beschäftigten Ursache für die mangelnde Leistungsbereitschaft des Beschäftigten sei.

Ebenso wie Reckenzaun (aaO 150) untersucht auch Resch (aaO 406) die Möglichkeit der Aufrechnung mit der (bedingten) Regressforderung des Beschäftigten nach § 1358 ABGB gegen die Entgeltforderungen des Masseverwalters im Konkurs des Überlassers und meint in diesem Zusammenhang, der Oberste Gerichtshof gewähre „in diesen Fällen“ dem Beschäftigten im Verhältnis zum Überlasser die Unsicherheitseinrede, sodass er gemäß § 1052 Satz 2 ABGB seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern könne. Im konkreten Fall (7 Ob 536/91) habe aber eine vertragliche Verpflichtung des Überlassers gefehlt, dem Beschäftigten die volle Lohnzahlung gegenüber den verliehenen Arbeitnehmern nachzuweisen. Ebenso wie Reckenzaun (aaO 150) untersucht auch Resch (aaO 406) die Möglichkeit der Aufrechnung mit der (bedingten) Regressforderung des Beschäftigten nach Paragraph 1358, ABGB gegen die Entgeltforderungen des Masseverwalters im Konkurs des Überlassers und meint in diesem Zusammenhang, der Oberste Gerichtshof gewähre „in diesen Fällen“ dem Beschäftigten im Verhältnis zum Überlasser die Unsicherheitseinrede, sodass er gemäß Paragraph 1052, Satz 2 ABGB seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern könne. Im konkreten Fall (7 Ob 536/91) habe aber eine vertragliche Verpflichtung des Überlassers gefehlt, dem Beschäftigten die volle Lohnzahlung gegenüber den verliehenen Arbeitnehmern nachzuweisen.

Diesen Lehrmeinungen ist gemeinsam, dass der Beschäftigte jedenfalls im Konkurs des Überlassers den Entgeltforderungen des Masseverwalters nicht mit der Unsicherheitseinrede begegnen kann, wenn ein Anspruch auf eine (im funktionellen Synallagma stehende) Gegenleistung nicht mehr besteht. Sie geben ebenso wie die erörterte Rechtsprechung keinen Anlass zu einem von den in Punkt 1c dargelegten Grundsätzen abweichenden Verständnis des § 1052 Satz 2 ABGB. Der Rechtssatz, dem Beschäftigte verbleibe in derartigen Fällen „nur die Unsicherheitseinrede“, ist daher nach Auffassung des erkennenden Senats dahin zu präzisieren, dass dies nur bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Gesetzesstelle gilt. Diesen Lehrmeinungen ist gemeinsam, dass der Beschäftigte jedenfalls im Konkurs des Überlassers den Entgeltforderungen des Masseverwalters nicht mit der Unsicherheitseinrede begegnen kann, wenn ein Anspruch auf eine (im funktionellen Synallagma stehende) Gegenleistung nicht mehr besteht. Sie geben ebenso wie die erörterte Rechtsprechung keinen Anlass zu einem von den in Punkt 1c dargelegten Grundsätzen abweichenden Verständnis des Paragraph 1052, Satz 2 ABGB. Der Rechtssatz, dem Beschäftigte verbleibe in derartigen Fällen „nur die Unsicherheitseinrede“, ist daher nach Auffassung des erkennenden Senats dahin zu präzisieren, dass dies nur bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Gesetzesstelle gilt.

Demnach bleibt aber auch der beklagten Partei die erfolgreiche Berufung auf die Unsicherheitseinrede versagt.

3.) a) Der beklagten Partei ist zuzugestehen, dass nach Erfüllung der Entgeltforderungen des Masseverwalters die Gefahr der Inanspruchnahme durch die Sozialversicherungsträger, allenfalls auch durch Arbeitskräfte aus der Bürgenhaftung nach § 14 AÜG besteht und die vollständige Befriedigung ihrer Regressansprüche im Konkurs des Überlassers nicht zu erwarten ist. Mit dieser vom Gesetzgeber in Kauf genommenen „Zwangslage“ des Beschäftigten haben sich sowohl der Oberste Gerichtshof (in 2 Ob 551/94) als auch Reckenzaun (aaO 148 ff) und Resch (aaO 406 f) bereits eingehend befasst. Die Zurückbehaltung des geschuldeten Entgelts durch den Beschäftigte ist von ihren Lösungsvorschlägen nicht umfasst (vgl auch Höfle in ASoK 2003, 237 [Anm zu 7 Ob 113/01w]).

3.) a) Der beklagten Partei ist zuzugestehen, dass nach Erfüllung der Entgeltforderungen des Masseverwalters die Gefahr der Inanspruchnahme durch die Sozialversicherungsträger, allenfalls auch durch Arbeitskräfte aus der Bürgenhaftung nach Paragraph 14, AÜG besteht und die vollständige Befriedigung ihrer Regressansprüche im Konkurs des Überlassers nicht zu erwarten ist. Mit dieser vom Gesetzgeber in Kauf genommenen „Zwangslage“ des Beschäftigten haben sich sowohl der Oberste Gerichtshof (in 2 Ob 551/94) als auch Reckenzaun (aaO 148 ff) und Resch (aaO 406 f) bereits eingehend befasst. Die Zurückbehaltung des geschuldeten Entgelts durch den Beschäftigte ist von ihren Lösungsvorschlägen nicht umfasst vergleiche auch Höfle in ASoK 2003, 237 [Anm zu 7 Ob 113/01w]).

Soweit die beklagte Partei ihre unsachliche Benachteiligung in einer „rechtsgrundlosen Doppelzahlung“ sieht, vernachlässigt sie einerseits das eingangs aufgezeigte Erfordernis, zwischen ihren Pflichten gegenüber dem Überlasser aus dem Dienstverschaffungsvertrag und ihren Pflichten gegenüber den Bürgschaftsgläubigern aus § 14 AÜG zu differenzieren, andererseits aber auch, dass die erwähnte Bestimmung dem Schutz der Arbeitskräfte und der zuständigen Sozialversicherungsträger (und damit letztlich der dort versicherten Risikogemeinschaft; vgl Resch aaO 403) dient. Andere stichhaltige Argumente, die zu verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die gesetzliche Regelung Anlass geben könnten, werden in der Revision nicht vorgebracht. Davon abgesehen ist daran zu erinnern, dass im vorliegenden Verfahren nicht der gesetzliche Anspruch eines Bürgschaftsgläubigers, sondern der vertragliche Anspruch des Überlassers Gegenstand der Beurteilung durch den Obersten Gerichtshof ist. Auf diesen Anspruch ist § 14 AÜG aber nicht anzuwenden (vgl Art 89 Abs 2 B-VG).

Soweit die beklagte Partei ihre unsachliche Benachteiligung in einer „rechtsgrundlosen Doppelzahlung“ sieht, vernachlässigt sie einerseits das eingangs aufgezeigte Erfordernis, zwischen ihren Pflichten gegenüber dem Überlasser aus dem Dienstverschaffungsvertrag und ihren Pflichten gegenüber den Bürgschaftsgläubigern aus Paragraph 14, AÜG zu differenzieren, andererseits aber auch, dass die erwähnte Bestimmung dem Schutz der Arbeitskräfte und der zuständigen Sozialversicherungsträger (und damit letztlich der dort versicherten Risikogemeinschaft; vergleiche Resch aaO 403) dient. Andere stichhaltige Argumente, die zu verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die gesetzliche Regelung Anlass geben könnten, werden in der Revision nicht vorgebracht. Davon abgesehen ist daran zu erinnern, dass im vorliegenden Verfahren nicht der gesetzliche Anspruch eines Bürgschaftsgläubigers, sondern der vertragliche Anspruch des Überlassers Gegenstand der Beurteilung durch den Obersten Gerichtshof ist. Auf diesen Anspruch ist Paragraph 14, AÜG aber nicht anzuwenden vergleiche Artikel 89, Absatz 2, B-VG).

b) Aus den dargelegten Erwägungen ist der Revision daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO, wobei lediglich ein Einheitssatz von 50 % (statt der verzeichneten 150 %) gebührt. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 41, 50 ZPO, wobei lediglich ein Einheitssatz von 50 % (statt der verzeichneten 150 %) gebührt.

#### **Textnummer**

E88787

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:0020OB00261.07G.0924.000

#### **Im RIS seit**

24.10.2008

#### **Zuletzt aktualisiert am**

17.02.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)