

# TE OGH 2010/11/23 8Ob16/10a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.11.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden und durch den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner sowie die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, vertreten durch Bruckner & Emberger & Ullrich-Pansi Rechtsanwälte OG in Leibnitz, gegen die beklagte Partei S\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Kramer, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen 50.478,18 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 21. Dezember 2009, GZ 4 R 206/09i-50, womit infolge der Berufung des Klägers das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 1. Juli 2009, GZ 14 Cg 22/07s-45, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger betreibt ein Trockenbauunternehmen und bedient sich dazu mehrerer Partien von Trockenbauarbeitern. Er stellt im Rahmen seines Unternehmens Trockenbauarbeiter für diverse Unternehmen zur Verfügung. Diese Trockenbauarbeiter sind selbständig und stammen aus der Slowakei. Der Kläger hat mit den Arbeitern einen Stundensatz vereinbart, wobei die Arbeiter selbst versichert sind und sich um ihre eigenen steuerlichen Angelegenheiten kümmern. Mit den einzelnen überlassenen Arbeitskräften schloss der Kläger keine Vereinbarung iSd § 11 AÜG ab. Der Kläger hat eine Gewerbeberechtigung für den Innenausbau, jedoch nicht für die Überlassung von Arbeitskräften. Es kann nicht festgestellt werden, ob er über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Arbeitsvermittler verfügt und dass er für die Durchführung der Arbeitsvermittlung fachlich und persönlich geeignet ist.

Die Beklagte führt hauptsächlich Trockenbauarbeiten und Sanierungen durch. Ihr Bauleiter vereinbarte im Jahr 2005 mit dem Kläger, dass dieser der Beklagten für diverse Baustellen Trockenbauarbeiterpartien gegen einen bestimmten Stundensatz zur Verfügung stellt. Die pauschal vereinbarten Verpflegungs- und Übernachtungskosten sollten von den Parteien je zur Hälfte getragen werden. Die vom Kläger der Beklagten zur Verfügung gestellten Arbeiter führten unter

Anweisung der Beklagten diverse Leistungen bei verschiedenen Bauvorhaben durch; sie sollten selbständig arbeiten und einen Plan lesen können. Der Kläger sollte die Leistungen nach Dekaden, entweder wöchentlich oder zweiwöchentlich abrechnen. Nach der Vereinbarung sollten die Rechnungen binnen 8 Tagen mit 3 % Skonto fällig sein.

Ab dem Spätsommer 2005 schickte der Kläger die bestellte Zahl von Arbeitern zum von der Beklagten vorgegebenen Ort. Die Beklagte teilte die Arbeiter ein und kontrollierte von Zeit zu Zeit deren Arbeit. Der Kläger legte der Beklagten Rechnungen, denen er Regiezettel mit Stundenaufzeichnungen anschloss.

Anfangs bezahlte die Beklagte die vom Kläger gelegten Rechnungen. Im Lauf des zweiten Halbjahrs 2006 wurden diese aber nicht mehr innerhalb der vereinbarten Frist von 8 Tagen, sondern mit sukzessive länger werdenden Fristen und in Form von Akontozahlungen bezahlt. Der Kläger drängte den Bauleiter der Beklagten in Telefonaten, Zahlungen zu leisten. Weder die Beklagte noch deren Bauleiter beanstandeten die Rechnungen oder bemängelten die von den Arbeitern des Klägers erbrachten Leistungen. Der Bauleiter klagte jedoch gegenüber dem Kläger, dass er selbst hohe Außenstände habe. Der Bauleiter der Beklagten war ab Ende 2006 für den Kläger nicht mehr erreichbar.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger nach Einschränkung die Zahlung von 50.478,18 EUR von der Beklagten. Er brachte vor, dass er der Beklagten im Rahmen eines Arbeitskräfteüberlassungsvertrags vereinbarungsgemäß Trockenbauarbeiterpartien zur Verfügung gestellt habe. Diese Arbeitskräfte hätten der Disposition, Aufsicht und Weisungsbefugnis der Beklagten unterstanden. Er habe über die erbrachten Leistungen laufend Rechnung entsprechend den von den Arbeitern des Klägers geleisteten Stunden und dem dafür vereinbarten Stundensatz gelegt. Die Beklagte habe diese Rechnungen nicht beanstandet, teilweise aber noch nicht bezahlt. Für allfällige Mängel, die die Beklagte gegenüber ihren Auftraggebern zu verantworten habe, hafte er nicht.

Die Beklagte wandte im Wesentlichen ein, dass zwischen den Parteien kein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag, sondern vielmehr Werkverträge vereinbart worden seien. Der Kläger habe für die Beklagte eigenständig Bauvorhaben abgewickelt. Dem Kläger sei das Weisungsrecht gegenüber seinen Arbeitern zugekommen. Auf die vom Kläger gelegten Rechnungen habe die Beklagte Akontozahlungen zu leisten gehabt. Zu einem späteren Zeitpunkt - nach Abrechnung der Beklagten gegenüber ihren Auftraggebern - sei eine gemeinsame Rechnungskorrektur vereinbart gewesen. Dazu sei es jedoch nicht gekommen. Das Klagebegehren sei überhöht, die Beklagte habe eine Überzahlung geleistet. Darüber hinaus sei das Klagebegehren unschlüssig und nicht nachvollziehbar. Die Arbeiten seien teilweise mangelhaft ausgeführt worden, es habe Doppelverrechnungen gegeben. Die Arbeiter des Klägers hätten Schäden verursacht, die die Beklagte Dritten ersetzen hätte müssen. Weder sei die nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) erforderliche schriftliche Vereinbarung abgeschlossen worden, noch sei der Kläger befugter Arbeitsvermittler, sodass der Vertrag zwischen den Streitteilen nichtig sei.

Mit seinem im zweiten Rechtsgang ergangenen Urteil wies das Erstgericht das Klagebegehren ab. Es stellte den im Wesentlichen wiedergegebenen Sachverhalt fest. Rechtlich führte es aus, dass der Kläger dem Beklagten nicht einen bestimmten Arbeitserfolg, sondern die Überlassung von Arbeitskräften gegen Entgelt geschuldet habe. Zwischen den Streitteilen habe daher kein Werkvertragsverhältnis bestanden. Das AÜG beziehe auch arbeitnehmerähnliche Personen in seinen Geltungsbereich ein. Hier liege zweifelsohne Arbeitnehmerähnlichkeit der vom Kläger überlassenen Arbeitskräfte vor. Da eine ausdrückliche Vereinbarung gemäß § 11 Abs 1 AÜG aber nicht abgeschlossen worden sei, sei eine Arbeitskräfteüberlassung nicht wirksam vereinbart worden. Es liege daher ein Vertragsverhältnis „sui generis“ vor, durch das aber zwingende gesetzliche Bestimmungen nicht umgangen werden dürften. Der Kläger verfüge über keine Bewilligung gemäß § 16 Abs 4 AÜG, sodass die Arbeitskräfteüberlassung auch vor diesem Hintergrund nicht zulässig sei. Sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trage, liege in der Überlassung von Arbeitskräften auch Arbeitsvermittlung. Jede auf Arbeitsvermittlung gerichtete Tätigkeit, die den Vorschriften des Arbeitsmarktförderungsgesetzes (AMFG) widerspreche, sei untersagt. Die hier vom Kläger überlassenen Arbeitskräfte hätten sich selbst zu versichern, sodass der Kläger einer grundlegenden Arbeitgeberpflicht nicht nachgekommen sei. Dem Kläger fehlten sämtliche Voraussetzungen für eine zulässige Arbeitsvermittlung, er sei für deren Durchführung weder fachlich noch persönlich geeignet. Die hier vorliegende Arbeitsvermittlung verstoße gegen die Regeln des AÜG und sei gemäß § 2 Abs 5 AMFG verboten. Verstoße ein Vertrag gegen gesetzliche Bestimmungen, die dem Schutz von Arbeitnehmerinteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen, sei er gemäß § 879 ABGB absolut nichtig. Eine absolute Nichtigkeit sei von Amts wegen wahrzunehmen. Auf die absolute Nichtigkeit könne sich auch der Vertragspartner berufen, der sie beim Vertragsabschluss gekannt habe, weshalb das Klagebegehren nicht berechtigt sei.

Das Berufungsgericht gab einer vom Kläger gegen dieses Urteil erhobenen Berufung nicht Folge. Es teilte die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, die seiner bereits im ersten Rechtsgang diesem überbundenen Rechtsansicht entsprach. Der Kläger habe auf die im Aufhebungsbeschluss im ersten Rechtsgang vom Berufungsgericht geäußerte Rechtsansicht der drohenden absoluten Nichtigkeit des Vertrags im weiteren Verfahren nicht reagiert. Es liege nach dem gemäß § 4 Abs 1 AÜG maßgeblichen wahren wirtschaftlichen Gehalt des Sachverhalts eine Arbeitskräfteüberlassung vor, die auch Elemente verbotener Arbeitsvermittlung enthalte. Der Kläger habe zwar keine Arbeitsverträge mit den slowakischen Arbeitern geschlossen. Dies ändere aber nichts daran, dass den von ihm überlassenen Arbeitskräften arbeitnehmerähnliche Stellung zugekommen sei. Mangels Vorliegens einer Vereinbarung gemäß § 11 AÜG und wegen des Fehlens einer entsprechenden Gewerbeberechtigung des Klägers liege eine gesetzwidrige Arbeitskräfteüberlassung vor. Diese weise auch Ähnlichkeiten mit einer Arbeitsvermittlung im Sinn des AMFG auf. Der Kläger habe auch dahingehend kein Vorbringen erstattet: Selbst wenn er mit seinen slowakischen Arbeitern eine andere Vereinbarung als einen Arbeitsvertrag getroffen habe, kämen ihm diesen gegenüber Arbeitgeberpflichten zu, sodass er auch gegen das AMFG verstoßen habe. Die mit der Beklagten getroffene Vereinbarung verstoße gegen die Regeln des AÜG und des AMFG und sei daher - ungeachtet der in diesen Gesetzen auch enthaltenen Strafbestimmungen - absolut nichtig. Einen Bereicherungsanspruch habe der Kläger im Verfahren nicht geltend gemacht, allerdings stünde ihm ein solcher infolge der gegebenen absoluten Nichtigkeit auch nicht zu.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers.

Die Beklagte beantragt die Zurück-, hilfsweise die Abweisung der Revision.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts zulässig. Die Revision ist im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt.

1. Das Berufungsgericht ist bereits in seinem Aufhebungsbeschluss im ersten Rechtsgang davon ausgegangen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht ein Werkvertrag, sondern ein Überlassungsvertrag ist. Diese im Revisionsverfahren nicht mehr strittige Beurteilung ist zutreffend (§ 510 Abs 3 ZPO). Zwischen den Parteien ist auch nicht strittig, dass die vom Kläger überlassenen Arbeitskräfte nicht Arbeitnehmer iSd § 1151 ABGB, sondern selbständig erwerbstätige, allerdings arbeitnehmerähnliche Personen (§ 51 Abs 3 Z 2 ASGG) waren.

2. Das Berufungsgericht geht in seiner rechtlichen Beurteilung davon aus, dass der vereinbarte Arbeitskräfteüberlassungsvertrag absolut nichtig sei und beruft sich dazu auf folgende Rechtslage:

Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist gemäß § 879 Abs 1 ABGB nichtig, wenn diese Rechtsfolge im Gesetz entweder ausdrücklich angeordnet oder vom Verbotszweck des Gesetzes umfasst ist (Bollenberger in KBB<sup>3</sup> § 879 Rz 3). Verstößt ein Vertrag gegen Gesetze, die dem Schutz von Allgemeininteressen oder der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dienen, so ist die Rechtsfolge die von Amts wegen wahrzunehmende absolute Nichtigkeit des Vertrags (Bollenberger aaO § 879 Rz 27). Auf die Nichtigkeit kann sich auch der Teil berufen, der sie bei Vertragsabschluss kannte, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre (9 ObA 80/00f = JBI 2000, 738 mwN). Eine solche - absolute - Nichtigkeit ist für Arbeitsverträge, welche unter Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) zustande kommen, anerkannt (9 Ob 83/01y; RIS-Justiz RS0018212).

3. Der vom Berufungsgericht zur Begründung seiner Entscheidung herangezogene Entscheidung 9 Ob 83/01y lag jedoch ein Sachverhalt zugrunde, der sich vom nunmehr zu beurteilenden wesentlich unterscheidet. Gegenstand der Entscheidung 9 Ob 83/01y war zum einen eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, von der hier weder nach dem Vorbringen der Streitparteien noch nach den Feststellungen auszugehen ist (dass die überlassenen Arbeitskräfte Slowaken sind, macht ihre Überlassung für sich allein nicht grenzüberschreitend; dafür, dass sie aus der Slowakei überlassen wurden, fehlt jeglicher Anhaltspunkt; siehe unten Punkt 4.3). Zum anderen stand in 9 Ob 83/01y fest, dass die überlassenen ausländischen Arbeitskräfte über keine Beschäftigungsbewilligung iSd § 4 AuslBG verfügten. Zu Recht weist der Kläger in der Revision aber darauf hin, dass das Fehlen von Beschäftigungsbewilligungen der von ihm überlassenen slowakischen Arbeitskräfte im konkreten Fall weder behauptet noch festgestellt wurde. Dementsprechend geht auch das Berufungsgericht von einer Verletzung von Bestimmungen (nur) des AÜG und des AMFG, nicht aber des AuslBG aus. Dass Bestimmungen des AuslBG verletzt worden seien, haben die Streitparteien in erster Instanz weder behauptet, noch ergibt sich dies aus den Feststellungen. Die Entscheidung 9 Ob 83/01y vermag daher die rechtliche Begründung des Berufungsgerichts nicht zu tragen.

4. Zur Begründung der absoluten Nichtigkeit des vereinbarten Arbeitskräfteüberlassungsvertrags führt das Berufungsgericht aus, dass der Kläger keine Vereinbarung gemäß § 11 Abs 1 AÜG abgeschlossen habe, dass ihm eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften fehle, dass er über keine Bewilligung gemäß § 16 Abs 4 AÜG verfüge und dass ihm unerlaubte Arbeitsvermittlung vorzuwerfen sei. Keines dieser Argumente trägt:

4.1 § 11 AÜG betrifft nicht das Verhältnis zwischen Überlasser und Beschäftigter, sondern regelt die Rechte und Pflichten der überlassenen Arbeitskraft aus deren Grund-(arbeits-)vertrag zum Überlasser. Diese Bestimmung hat den Zweck, Umgehungen des AÜG zum Schutz der überlassenen Arbeitskraft hintanzuhalten (Schindler in ZellKomm § 11 AÜG Rz 1). Eine entgegen § 11 Abs 1 AÜG nur stillschweigend geschlossene Vereinbarung zwischen dem Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft bleibt aber gültig (Schindler in ZellKomm § 11 AÜG Rz 4). Von einer absoluten Nichtigkeit, die - wie im Fall der Entscheidung 9 Ob 83/01y - auf den Vertrag zwischen Überlasser und Beschäftigter durchschlagen könnte, kann daher keine Rede sein. Vielmehr wird in der Lehre vertreten, dass die Arbeitskraft berechtigt ist, jedwede Arbeitsleistung bei Dritten abzulehnen (Schindler in ZellKomm § 11 Rz 4; Geppert, AÜG, 150; Sacherer/Schwarz, AÜG, 214).

4.2 Nach ständiger Rechtsprechung sind Geschäfte, die gegen gewerberechtliche Vorschriften verstoßen, nicht nichtig (RIS-Justiz RS0016770, zuletzt 2 Ob 289/97g; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 5; Krejci in Rummel<sup>3</sup> § 879 Rz 33). Zweck der in der Gewerbeordnung enthaltenen Strafbestimmungen ist die Vermeidung solcher Tätigkeiten an sich, doch kann daraus die Nichtigkeit des einzelnen Geschäfts nicht abgeleitet werden (2 Ob 289/97g).

4.3 Das Fehlen einer Bewilligung der Überlassung von Arbeitskräften aus dem Ausland nach Österreich iSd § 16 Abs 4 AÜG spielt schließlich schon deshalb keine Rolle, weil - wie bereits ausgeführt - weder nach den Behauptungen der Parteien noch nach den Verfahrensergebnissen im konkreten Fall eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Die von der Beklagten in der Revisionsbeantwortung angesprochene Überlassung von ausländischen Arbeitskräften innerhalb Österreichs ist gerade kein Fall des § 16 Abs 4 AÜG, weil weder eine Überlassung vom Ausland nach Österreich oder umgekehrt vorliegt (Sacherer/Schwarz aaO 255). Ein allfälliger Verstoß gegen Regelungen des AuslBG wurde aber - wie ebenfalls bereits ausgeführt - gar nicht behauptet.

4.4. Arbeitsvermittlung iSd AMFG ist nach § 2 Abs 1 dieses Gesetzes jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses (Dienstverhältnisses) zusammenzuführen. Es geht also um Bemühungen des Vermittlers, beide Teile zum Abschluss eines Arbeitsvertrags zusammenzuführen (vgl VwGH 91/09/0009 = VwSlg 13430 (A); 90/09/0131).

Als Arbeitsvermittlung gilt gemäß § 2 Abs 4 AMFG auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt. Mit dieser Bestimmung sollte im AMFG jedoch nur die Abgrenzung zwischen Arbeitsvermittlung und Arbeitskräfteüberlassung derart gezogen werden, dass ein Überlasser die arbeits- und sozialrechtlichen Pflichten eines Arbeitgebers im Allgemeinen und die besonderen aufgrund des AÜG zu tragen hat (vgl zur Vorgängerbestimmung des § 9 Abs 4 AMFG und deren Umgestaltung im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des AÜG mit dem BGBl 1988/196 die ErlRV 450 BlgNR XVII. GP, 23). Verletzt ein Überlasser diese Pflichten, erfolgt durch § 2 Abs 4 AMFG eine Gleichstellung der Überlassung mit der Arbeitsvermittlung (Sacherer/Schwarz aaO 308). § 2 Abs 4 AMFG verdeutlicht daher die Bestimmung des § 2 Abs 1 AMFG (Steinbach/Danimann/Potmesil, AMFG § 9 Erl 3), ohne deren normative Bedeutung zu ändern.

Nach den Verfahrensergebnissen scheidet daher im konkreten Fall das Vorliegen einer Arbeitsvermittlung iSd § 2 Abs 1 AMFG aus. Insbesondere liegt hier unstrittig eine selbständige Tätigkeit vor, sodass eine Verletzung von Arbeitgeberpflichten nicht in Betracht kommt.

5. Damit erweist sich aber die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass der Kläger aufgrund einer (absoluten) Nichtigkeit des Vertrags keine Leistungen aus diesem fordern könne, schon im Ansatz, als unzutreffend. Damit bedarf es aber der inhaltlichen Prüfung des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs.

Das Berufungsgericht hat schon im Aufhebungsbeschluss im ersten Rechtsgang zutreffend ausgeführt, dass ausreichende Feststellungen zur Höhe des Klagebegehrens fehlen. Diese sind aber im zweiten Rechtsgang ausgehend von der vom Obersten Gerichtshof nicht gebilligten Rechtsansicht der Vorinstanzen nicht getroffen worden. Das

Verfahren erweist sich daher als ergänzungsbedürftig, sodass der Revision im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrags Folge zu geben war.

6. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 Satz 2 ZPO.

**Textnummer**

E95780

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:0080OB00016.10A.1123.000

**Im RIS seit**

27.12.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

17.05.2011

**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)