

■ ZIK 2009/6, 2

# Forderungsbetreibung bei konkursverfahren- genen Arbeitskräfteüberlassern

Anmerkungen zu OGH 2 Ob 261/07g<sup>1)</sup> und 3 Ob 143/08p<sup>2)</sup>

Die Arbeitskräfteüberlassung gewinnt in Österreich ständig an Bedeutung.<sup>3)</sup> In einem schwierigen wirtschaftlichen Umfeld werden Unternehmen dieser Branche auch zunehmend Gegenstand von Insolvenzverfahren. In diesen entscheidet regelmäßig der Erfolg des Verwalters bei der Betreuung offener Forderungen über die Befriedigungsaussichten der Gläubiger.<sup>4)</sup> Zu diesem Thema liegen zwei neuere Entscheidungen des OGH vor.

RA Dr. Stephan Riel  
Wien

## 1. Problemstellung

Die Arbeitskräfteüberlassung wird als die „Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte“ definiert (§ 3 Abs 1 AÜG). Typisch ist, dass ein „dreipersonales Arbeitsverhältnis“ begründet wird, in dem

- zwischen dem Überlasser und dem überlassenen Arbeitnehmer idR ein Arbeitsvertrag,
- zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigten ein Überlassungsvertrag (Dienstverschaffungsvertrag) und
- zwischen dem Beschäftigten und der überlassenen Arbeitskraft kein eigenes Vertragsverhältnis abgeschlossen wird.<sup>5)</sup>

Die Arbeitskräfteüberlassung ist vor allem eine logistische Aufgabe: Die Arbeitnehmer sollten möglichst lückenlos bei einem oder mehreren Beschäftigten(n) tätig sein. Wesentliches Anlage- oder Umlaufvermögen ist daher bei solchen Unternehmen – mit Ausnahme von Forderungen aus den Überlassungsverträgen – regelmäßig nicht vorhanden. Daher ist das Ergebnis der Forderungsbetreibung zumeist entscheidend für das Ergebnis der Insolvenzabwicklung. Hierbei bereitet die Regelung des § 14 AÜG besondere Probleme. Sie lautet wie folgt:

„Bürgschaft

§ 14. (1) Der Beschäftigte haftet 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 des ABGB).

- 1) OGH 24. 9. 2008, 2 Ob 261/07g, in diesem Heft der ZIK 2009/39, 25 = Zak 2009/41, 35.
- 2) OGH 3. 9. 2008, 3 Ob 143/08p, in diesem Heft der ZIK 2009/40, 26 = Zak 2009/40, 35; der Verf war an diesem Verfahren als klagender Masseverwalter beteiligt. Siehe zu diesen beiden E *Reckenzaun*, § 14 Abs 3 AÜG – Zur Haftung des Beschäftigten im Konkurs des Überlassers, Zak 2009/23, 28.
- 3) Nach den vom BMWA veröffentlichten Zahlen (BMWA, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2007, veröffentlicht bei [https://akupav.bmwa.gv.at/akupav/2007/Erläuterungen\\_2007.pdf](https://akupav.bmwa.gv.at/akupav/2007/Erläuterungen_2007.pdf) [30. 1. 2009]) hatten im Jahr 2007 bundesweit rund 1.600 Arbeitskräfteüberlasser rund 66.600 Arbeitnehmer im Einsatz. Damit haben sich die Zahl sowohl der Beschäftigten als auch der überlassenen Arbeitnehmer seit 1998 fast verdreifacht. Dies wirkt sich auch in der Insolvenzstatistik des Kreditschutzverbandes von 1870 aus, wo sich die Zahl der über das Vermögen von Arbeitskräfteüberlassern eröffneten Konkursverfahren seit den 90er-Jahren ebenfalls rund verdreifacht hat.
- 4) Vgl nur *Reckenzaun*, Die Einbringung von Außenständen im Konkursverfahren von Personalbereitstellungsunternehmen, ZIK 1999, 148 (149).
- 5) Vgl nur *Schindler in Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 3 AÜG Rz 2; *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz<sup>2</sup> (2006) 113 ff.

(2) Hat der Beschäftigte seine Verpflichtungen aus der Überlassung bereits dem Überlasser nachweislich erfüllt, haftet er nur als Ausfallsbürge (§ 1356 des ABGB).

(3) Bei Insolvenz des Überlassers entfällt die Haftung des Beschäftigten als Bürge, wenn die überlassene Arbeitskraft Anspruch auf Insolvenz-Entgelt nach dem Insolvenz-Entgeltversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 324/1977, hat, soweit dadurch die Befriedigung der in Abs. 1 erwähnten Ansprüche tatsächlich gewährleistet ist.“

Bei Insolvenz des Überlassers haftet der Beschäftigte daher der Gebietskrankenkasse als Bürge gem § 14 Abs 3 AÜG nur, aber immerhin für *rückständige Arbeitgeberbeiträge* zur Sozialversicherung, da die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung und die Ansprüche der Arbeitnehmer idR durch den Insolvenz-Entgelt-Fonds bezahlt werden.<sup>6)</sup>

Typischerweise sind bei Insolvenzeröffnung die Forderungen aus den Überlassungen der letzten beiden Monate offen, weil noch nicht abgerechnet bzw noch nicht fällig. Ebenso typischerweise sind die auf diesen Zeitraum entfallenden Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung nicht bezahlt, ja bei Verfahrenseröffnung zum Teil auch noch gar nicht fällig. Der Beschäftigte schuldet daher das Überlassungsentgelt und gleichzeitig droht ihm eine Haftung gegenüber der Gebietskrankenkasse, die er betragslich nicht überblicken kann. Wenig verwunderlich ist es, dass die Beschäftigten in dieser Situation nicht bereit sind, Zahlungen an den Masseverwalter zu leisten.<sup>7)</sup>

In beiden besprochenen E ging es um Klagen des Masseverwalters eines Arbeitskräfteüberlassers. In beiden Fällen berief sich der bekl Beschäftigte auf seine Haftung gem § 14 AÜG. Einer war damit erfolgreich, einer nicht.

## 2. Aktuelle Rechtsprechung

### 2.1. OGH 2 Ob 261/07g

In 2 Ob 261/07g war über eine zugelassene Revision des beklagten Überlassers zu entscheiden, der offenbar im Wesentlichen ein Zurückbehaltungsrecht am Überlassungsentgelt geltend machte bzw die *Unsicherheitseinrede* erhob. In Übereinstim-

- 6) Vgl *Reckenzaun*, ZIK 1999, 149; *Schindler in Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar § 14 AÜG Rz 6 mwN; *Reckenzaun*, Zak 2009/23, 28.
- 7) Der Beschäftigte kann nach OGH 2 Ob 551/94 *ecolex* 1994, 813 in dieser Situation gem § 1425 ABGB gerichtlich hinterlegen; vgl *Reckenzaun*, Zak 2009/23, 29 mwN.

mung mit der bisher hA<sup>8)</sup> blieb er damit erfolglos. Trotz drohender Haftung bei der Gebietskrankenkasse musste er an den Masseverwalter bezahlen. Auf Fragen der Aufrechnung ging der OGH nicht näher ein. Offenbar fehlte dazu auch entsprechendes Vorbringen.

## 2.2. OGH 3 Ob 143/08p

In 3 Ob 143/08p ging es nur um die Aufrechnungsfrage. Mit dieser E wurde die außerordentliche Revision des klagenden Masseverwalters<sup>9)</sup> zurückgewiesen, der vorgebracht hatte, dass der Beschäftigte – wie § 14 AÜG ausdrücklich sagt – *Bürge* sei und als solcher mit seinem (zumindest bedingten) Regressanspruch gegen den Hauptschuldner aus folgenden Gründen nicht aufrechnen könne:

Gem § 19 Abs 2 KO ist zwar die Aufrechnung nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Forderung des Gläubigers (dh hier des Beschäftigten) „noch bedingt oder betagt“ ist, doch bestimmt § 17 Abs 2 KO für den (bedingten) Regressanspruch des Bürgen, dass der Bürge (Beschäftigte) seine Ansprüche nur bedingt für den Fall anmelden kann, dass die Forderung vom Hauptgläubiger (der Gebietskrankenkasse) nicht angemeldet wird, damit nicht dieselbe Verbindlichkeit „doppelt“ berücksichtigt wird<sup>10)</sup>. Der Bürge muss den Hauptgläubiger im Rahmen seiner Haftung befriedigen und kann seine Regressforderung im Insolvenzverfahren entweder gar nicht oder nur dann geltend machen, wenn er seine Haftungsverbindlichkeit vollständig erfüllt hat.<sup>11)</sup> *Vor (vollständiger) Zahlung* an den Hauptgläubiger hat der Bürge jedenfalls keine im Insolvenzverfahren durchsetzbare Forderung.

Der dt BGH hat dem Beschäftigte die Aufrechnung versagt und im Wesentlichen damit argumentiert, dass ein Bürge eben das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners zu tragen habe.<sup>12)</sup> Der OGH ist in 3 Ob 143/08p hingegen im Anschluss an die hA<sup>13)</sup> und ohne nähere Auseinandersetzung mit der Argumentation aus § 17 KO davon ausgegangen, dass im Konkurs des Hauptschuldners ein Bürge zur Aufrechnung gegen Forderungen des Gemeinschuldners auch mit seiner aufschiebend bedingten Regressforderung berechtigt sei.<sup>14)</sup> Der Beschäftigte musste daher im Umfang seiner Haftung bei der Gebietskrankenkasse im Übrigen unstrittige Forderungen der Konkursmasse nicht bezahlen.

8) *Reckenzaun*, ZIK 1999, 150; vgl auch OGH 5 Ob 143/01t; OGH 7 Ob 113/01w.

9) Der *Verf* war dieser erfolglos klagende Masseverwalter.

10) Vgl nur *P. Bydlinski*, Der Bürge im Konkurs, ÖBA 2005, 97 (100).

11) Vgl zum Stand der Diskussion zuletzt *P. Bydlinski*, ÖBA 2005, 100 f mwN.

12) BGH ZIP 2005, 126 und ZIP 2005, 1559; vgl dazu *Häsemeyer*, Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag im Insolvenzverfahren des Verleihers: Freistellung des Entleihers von der Bürgenhaftung für Sozialversicherungsbeiträge der Leiharbeitnehmer, KTS 2006, 99 ff.

13) *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (5. Lfg; 1998) § 19 KO Rz 72 ff; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> I (2000) § 19 KO Rz 28.

14) Zustimmung *Reckenzaun*, Zak 2009/23, 29.

## 3. Stellungnahme

Zutreffend ist sicher, dass sich der Beschäftigte weder auf ein Zurückbehaltungsrecht noch auf die Unsicherheitseinrede berufen kann. Tatsächlich ist ja weder die Leistungserbringung durch die klagende Masse unsicher, noch liegt ein Sachverhalt gem § 471 ABGB, §§ 369 ff UGB vor. Die generelle Zulässigkeit der Aufrechnung des Regressanspruches des Bürgen mit einer Forderung der Masse gegen den Bürgen überzeugt vor dem Hintergrund der Regelung des § 17 Abs 2 KO jedoch nicht. § 19 Abs 2 KO lässt zwar die Aufrechnung mit bedingten Forderungen zu, dispensiert aber nicht von den *allgemeinen Aufrechnungsvoraussetzungen* der „Gültigkeit“ bzw „Richtigkeit“ der Forderung des aufrechnenden Schuldners der Masse.<sup>15)</sup> § 17 Abs 2 KO schließt aber gerade eine Teilnahme des Bürgen am Konkursverfahren mit seinem Regressanspruch (im praktisch allein relevanten Fall, dass sich der Hauptgläubiger, hier also die Gebietskrankenkasse, am Konkursverfahren beteiligt) aus.<sup>16)</sup> Die in OGH 3 Ob 143/08p vertretene Ansicht läuft somit darauf hinaus, dass ein Gläubiger (der Bürge mit seinem Regressanspruch) mit einer Forderung aufrechnen und damit volle Befriedigung erlangen kann, für die er ohne die Aufrechnungslage nicht einmal eine Quote bekommen würde. Eine überzeugende Begründung für eine solche Schmälerung der Masse zugunsten des Bürgen des Gemeinschuldners findet sich mE in OGH 3 Ob 143/08p nicht.

## 4. Konsequenzen für die Praxis

Die beiden E sind entgegen dem ersten Anschein eigentlich nicht widersprüchlich, da sie unterschiedliche Fragen behandeln. Trotz der E des 2. Senats ist daher im Hinblick auf die E des 3. Senats zu erwarten, dass Beschäftigte in Zukunft noch mehr als bisher Zahlungen an den Masseverwalter des Überlassers verweigern werden. Wenn man mit 3 Ob 143/08p die Aufrechnung für zulässig erachtet, kann der Masseverwalter nur die den möglichen Haftungsbetrag gem § 14 AÜG übersteigende Forderung mit Aussichten auf Erfolg betreiben.

Ganz generell wird im Übrigen durch 3 Ob 143/08k dem Bürgen des Gemeinschuldners ein Weg eröffnet, sich bei entsprechender „Vorbereitung“ zulasten der Gläubiger „abzuputzen“, soweit nicht die Aufrechnungsbeschränkung gem § 20 Abs 1 Satz 2 KO greift, nach der die Aufrechnung ausgeschlossen ist, wenn die Gegenforderung erst nach zumindest fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit erworben wurde. Vielleicht lohnt es sich, bei einem entsprechend „krassen“ Sachverhalt die Frage der Aufrechnungsbefugnis des Bürgen nochmals vor den OGH zu bringen.

15) Siehe nur *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO<sup>4</sup> I § 19 Rz 4, wonach auch im Konkurs nur mit klagbaren Forderungen aufgerechnet werden kann.

16) Vgl *Konecny* in *Konecny/Schubert*, KO (1. Lfg; 1997) § 102 Rz 14; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO<sup>4</sup> IV § 102 Rz 26 ff.



### Der Autor:

Dr. Stephan Riel, Rechtsanwalt in Wien mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Insolvenz- und Sanierungsrecht, Partner in der Kanzlei Jaksch Schoeller & Riel, Masse- und Ausgleichsverwalter in Wien und Niederösterreich, Mitglied der im BMJ tagenden Insolvenzrechtsreformkommission, Mitglied des Beirats der ZIK.

### Publikationen des Autors:

Zahlreiche Publikationen zum Insolvenzrecht (ua Kommentierung der §§ 80 bis 101 KO, 114 bis 123 und 140 bis 151 KO in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen [1997 ff]; *Konecny/Riel*, Entlohnung im Insolvenzverfahren [1999]).