

Atypische Vereinbarungen mit dem Beschäftigten (z.B. Bezahlung nach m², etc.)

Problemstellung

In der Praxis kommen immer wieder Fälle vor, bei denen zwischen Arbeitskräfteüberlasser und Beschäftigter besondere, für einen Arbeitskräfteüberlassungsvertrag untypische Vereinbarungen getroffen werden. Derartige atypische oder mündliche Vereinbarungen können dazu führen, die Qualifikation als Dienstverschaffungsvertrag in Frage zu stellen. Da diese weitreichende und unerwünschte Folgen haben kann, sollten nachstehende Punkte bei der Vertragsgestaltung beachtet werden:

1. Rechtlicher Hintergrund

Die Tätigkeit von Arbeitnehmern in Drittbetrieben kann auf Basis unterschiedlicher Vertragsbeziehungen, z.B. Werkverträgen, Dienstverträgen¹ oder Dienstverschaffungsverträgen beruhen. Wenn zwischen Überlasser und Beschäftigter keine klare (zB eine mündliche) vertragliche Regelung getroffen wurde, ist im Streitfall zu ermitteln, welcher dieser Vertragstypen vorliegt, da Überlasser und Werkunternehmer ganz verschiedene Leistungspflichten treffen.

Im Falle der Arbeitskräfteüberlassung kommt zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigter ein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag zu Stande. Dieser Vertrag ist ein Vertrag, der im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) nicht geregelt ist, auf den aber diese allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zur Anwendung kommen. Dies gilt auch für den Werkvertrag. Ob ein Dienstverschaffungsvertrag oder ein Werkvertrag abgeschlossen wurde, ist danach zu beurteilen, was Inhalt des Vertrages geworden ist. Die Abgrenzung ist anhand folgender Abgrenzungskriterien vorzunehmen und für die Haftungs- und Gewährleistungsregel relevant. Diese Beurteilung kann für einen Prozessausgang entscheidend sein.

¹ Diese sind im folgenden nicht weiter behandelt, da die Abgrenzung zwischen Überlassungsvertrag und Arbeitsvertrag meist unproblematisch ist.

2. Abgrenzung Dienstverschaffungsvertrag und Werkvertrag

a) Leistungsinhalt:

Beim Dienstverschaffungsvertrag wird - ohne abweichender Vereinbarung - die Bereitstellung durchschnittlich qualifizierter und arbeitswilliger Arbeitskräfte für bestimmte Arbeiten versprochen. Ein Dienstverschaffungsvertrag verpflichtet den Überlasser zur sorgfältigen Auswahl geeigneter Arbeitskräfte für die zu verrichtenden Arbeiten. Auf das Gelingen der Arbeit hat der Überlasser keinen Einfluss.

Der Werkunternehmer schuldet hingegen den Erfolg seines Werkes, welches er als selbständiger Unternehmer nach einem eigenen Plan und mit eigenen Mitteln (Material und Mitarbeiter) fertigt (vgl. Stellungnahme VI/2004: „Haftungs- und Gewährleistungsansprüche des Beschäftigers gegen den Arbeitskräfteüberlasser“).² Bei einem Werkvertrag leistet der Werkunternehmer - im Unterschied zum Arbeitskräfteüberlasser - Gewähr für Mängel des Werks. Er übernimmt die Gefahr des Mislingens.

b) Folgen der Unterscheidung zwischen Überlassungsvertrag und Werkvertrag:

Die Unterscheidung der beiden Vertragstypen ist, neben der Haftung und der Gewährleistung, auch im Hinblick auf die Geltendmachung des Entgeltes maßgeblich:

Ist der Vertrag als Werkvertrag und nicht als Dienstverschaffungsvertrag einzuordnen, so gebührt das vereinbarte Honorar nur bei Eintreten des geschuldeten Erfolges, das heißt, wenn etwa das Dach ordnungsgemäß gedeckt ist. Ist das Werk mangelhaft, steht dem Kunden im Rahmen der gesetzlichen Schranken ein Zurückbehaltungsrecht an dem vereinbarten Honorar zu. Klagt daher der Unternehmer trotz mangelhafter, aber verbesserungsfähiger Leistung ein, wird dies in der Regel zur Klagsabweisung führen. Auf die mangelhafte Ausführung kommt es beim Überlassungsvertrag nicht an, entscheidend ist, ob arbeitswillige Arbeitskräfte mit der entsprechenden Qualifikation zur Verfügung gestellt wurden.

Der Werkunternehmer haftet - im Unterschied zum Überlasser - darüber hinaus für die von den überlassenen Arbeitskräften zugefügten Schäden. Wird daher bei Installationsarbeiten der Parkettboden zerstört, hat der Werkunternehmer seinem Auftraggeber den Schaden zu ersetzen. Der Arbeitskräfteüberlasser hat in diesem nur dann Schadenersatz zu leisten, wenn er sich wissentlich untauglicher Gehilfen bedient.

² Schließt der Überlasser mit dem Beschäftigten formell ein Werkvertrag (z. B. Subauftrag) ab, so schuldet dieser zwar dem Beschäftigten den Erfolg. Das AÜG kommt zum Schutz der Arbeitskräfte jedoch zur Anwendung, wenn dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Leiharbeit vorliegt.

3. Empfehlungen zum Vertragsinhalt

a) Mündliche Dienstverschaffungsverträge sind unbedingt zu vermeiden. Vor Beginn der Überlassung ist die Bereitstellung von Arbeitskräften für eine bestimmte Zeit oder einen bestimmbaren Zeitraum in der Einzel- oder Rahmenvereinbarung oder in Geschäftsbedingungen fest zu legen.

b) Aus dem Vertragstext soll keine Haftung für die ordnungsgemäße Durchführung der Leistungen abgeleitet werden können. Vertragsklauseln, wonach der Überlasser bei Misslingen der Arbeitsleistung oder bei Nichtfertigstellung innerhalb einer gewissen Frist Abschläge beim Honorar in Kauf nehmen muss, deuten auf den Abschluss eines Werkvertrages hin und sollten nicht akzeptiert werden.

c) Gefährlich sind auch Bestimmungen, wonach die geleisteten Stunden der Mitarbeiter in Arbeitsleistungen umgerechnet werden (z.B. gekoppelt an die Anzahl von bestimmten Leistungen). Dies kann einerseits als zulässige Vereinbarung von Akkordlohn oder andererseits als Werkvertrag verstanden werden.

d) Werden die Leistungen mit Werkzeug des Überlassers durchgeführt, ist dies grundsätzlich unproblematisch. Wird auch noch Material vom Überlasser beigestellt, lässt sich der Vertrag anhand der Hauptmerkmale nicht mehr von einem Werkvertrag unterscheiden. Ein Dienstverschaffungsvertrag stellt auf die Qualifikation der benötigten Arbeitskräfte ab. Ist im Vertrag nur die durchzuführende Tätigkeit angeführt, kann dies für den Abschluss eines Werkvertrages sprechen, wenn sich aus dem restlichen Vertrag kein eindeutiger Hinweis auf das Vorliegen eines Dienstverschaffungsvertrages ergibt.

e) Es ist günstig, den Vertrag mit dem Beschäftiger nicht bloß als solchen oder als Vereinbarung zu bezeichnen, sondern als „(Arbeitskräfte)-überlassungsvertrag“ oder „Dienstverschaffungsvertrag“. Die Bezeichnung ist ein Indiz für das Vorliegen eines solchen Vertrages, nicht aber ein ausschließliches Kriterium, da sich aus dem Inhalt des Vertrages ergeben kann, dass ein Werk und damit ein Erfolg geschuldet wurde.

f) Das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung für die gewerbliche Überlassung von Arbeitnehmern ist ein Indiz für einen Überlassungsvertrag, wenn der Arbeitskräfteüberlasser ausschließlich eine solche hat und nicht auch noch andere Gewerbeberechtigungen besitzt. Entscheidend ist aber der Inhalt des Vertrages.

4. Entgeltvereinbarungen

Gemäß § 1152 ABGB ist das Entgelt/Honorar³ für die Dienstverschaffung vertraglich zu regeln, ansonsten gilt ein angemessenes Entgelt/Honorar als geschuldet. Diese Bestimmung gilt auch für Werkverträge.

Werden ohne Vereinbarung über die Höhe des Honorars einem Beschäftiger Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt, so ist allenfalls durch ein Sachverständigengutachten die zulässige Höhe zu ermitteln. Aus diesem Grund sollte in jedem Arbeitskräfteüberlassungsvertrag, insbesondere auch dann, wenn Arbeitskräfte über die vereinbarte Überlassungsdauer im Beschäftigerbetrieb weiterarbeiten, eine klare Regelung über die Höhe des Honorars getroffen werden.

Da im allgemeinen Zivilrecht Vertragsfreiheit besteht, können Überlasser und Beschäftiger grundsätzlich die Höhe des Honorars und dessen Ermittlungsart frei bestimmen. Neben dem Zeit- bzw. Stundenlohn kann daher auch ein nach dem Umfang der Überlassung bemessener Akkord⁴-, oder Prämienlohn⁵, aber auch grundsätzlich ein Pauschale vereinbart werden.

Während es bei Dienstverschaffungsverträgen üblich ist, monatlich oder wöchentlich auf Basis eines Zeitlohnes abzurechnen, wird der Werklohn, solange nichts Gegenteiliges vereinbart ist, nach Vollendung des Werkes (oder Teilen desselben) geleistet.

Es gibt allerdings auch Werkverträge, z.B. bei Reinigungs- oder Malerleistungen, die auf Regiekostenbasis (pro Stunde) abgerechnet werden. Umgekehrt kann im Rahmen eines Dienstverschaffungsvertrags grundsätzlich ein Entgelt, welches sich am Stückakkordlohn der überlassenen Arbeitskraft orientiert, oder ein Pauschalentgelt vereinbart werden.

5. Empfehlung zur Entgeltvereinbarung

Bei einer Entgeltsregelung ist darauf zu achten, dass das Entgelt nicht abhängig von den zu verrichteten Tätigkeiten zu bezahlen ist. (z.B. das Honorar ist fällig, wenn sämtliche

³ Die Bezeichnung als Preis ist zwar häufig verwendet und schadet grundsätzlich nicht. Juristisch richtig schuldet der Beschäftiger dem Überlasser ein Entgelt.

⁴ **Akkordlohn** ist eine Lohnart, bei der sich die Höhe der Lohnart nach dem erbrachten Arbeitsergebnis richtet. Als Berechnungsarten kommen der Geldakkord (Festsetzung eines bestimmten Geldbetrags für eine bestimmte Leistung, die Vergütung errechnet sich dann durch Multiplikation von Arbeitsmenge und Geldfaktor) und der Zeitakkord (maßgebend ist hier die Zahl der erbrachten Leistungen, die Nominalzeit und der Geldfaktor, die Vergütung errechnet sich aus der Zahl der erbrachten Leistungseinheiten x Vorgabezeit x Geldfaktor) in Betracht.

⁵ **Prämienlohn** ist eine spezielle Vergütung, die von der Erreichung bestimmter Vorgaben abhängig gemacht wird. Erreicht der Arbeitgeber diese Vorgabe, steht ihm eine vereinbarte Prämie zu.

Rohrbögen auf der Baustelle verlegt wurden). Insbesondere ist dies bei Vereinbarungen, bei denen kein Zeitlohn als Entgelt vereinbart wird, von Bedeutung.

Bei der Entgeltsvereinbarung ist darauf zu achten, dass die zu erbringende Leistung (z.B. Anzahl der Arbeitskräfte, Einsatzgebiet, Überlassungsdauer, Folgen bei Mehrarbeit oder Mehraufwand) und Gegenleistung (z.B. Deckelung bei einer allfälligen Pauschale, Umfang der von einer Pauschale umfassten Arbeitsleistungen, Abrechnungsmodus beim Akkordlohn und Kontrollmöglichkeiten; aber auch Aufwände und Auslagen) zweifelsfrei festgehalten werden.

Unklare Formulierungen im (Überlassungs-)Vertrag gehen zu Lasten jener Vertragspartei, die sich ihrer bedient hat (§ 915 ABGB). Wird dem Vertragsabschluss mehr Aufmerksamkeit geschenkt, lassen sich langwierige Prozesse vermeiden.

Je atypischer eine Honorarvereinbarung ist, desto genauer muss der Inhalt des Vertrages festgelegt werden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Leistungsinhalt (zur Verfügung stellen von Arbeitskräften oder Werkleistungen) immer gemeinsam mit dem Inhalt der Entgeltvereinbarung beurteilt wird.

BRUCKMÜLLER • ZEITLER
RECHTSANWÄLTE

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller

Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser

im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH

Kontakt: www.bzp.at

Stand: Oktober 2004

Trotz sorgfältigster Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen. Nachdruck, Vervielfältigung und Verbreitung jeglicher Art nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Allgemeinen Fachgruppe OÖ des Gewerbes, Berufsgruppe Arbeitskräfteüberlasser, zulässig.