

## **1. Problemstellung: Welche Konsequenzen hat das Nichterscheinen von verliehenen Arbeitskräften am Einsatzort für den Arbeitskräfteüberlasser und welche Regressmöglichkeiten gibt es gegenüber der Arbeitskraft?**

### **2. Rechtliche Grundlagen:**

Das Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und Arbeitskraft ist in einem Dienstvertrag geregelt, während das Rechtsverhältnis zwischen dem Überlasser und dem tatsächlichen Beschäftigten auf einem Dienstverschaffungsvertrag beruht. Die Arbeitskraft ist gegenüber dem Überlasser aus dem Dienstverhältnis verpflichtet, ihre Arbeitsleistung beim Beschäftigten nach dessen Anweisungen zu erbringen.

Wie das Nichterscheinen einer Arbeitskraft am Einsatzort rechtlich zu bewerten ist, hängt somit einerseits von den allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen über das Nichterscheinen des Arbeitnehmers beim Arbeitgeber (im Verhältnis zum Überlasser) und andererseits vom Vertragsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftigten ab. **Der Überlasser haftet für die Zurverfügungstellung tauglicher Dienstnehmer (d.h. arbeitsbereiter und mangels anderer Vereinbarung durchschnittlich qualifizierter Dienstnehmer), er haftet aber nicht für die Erfüllung von bestimmten Dienstleistungen durch die zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte oder dafür, einen bestimmten Leistungserfolg herbeizuführen.**

Wenn nun die Arbeitskraft nicht am Einsatzort erscheint, erfüllt der Überlasser gegenüber dem Beschäftigten seine vertraglich geschuldete Pflicht nicht. Dies löst zunächst nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen des ABGB Verzugs- bzw. Gewährleistungsfolgen auf Seiten des Überlassers aus.

### **3. Ansprüche des Beschäftigten gegen den Überlasser**

Insofern der Überlasser dem Beschäftigten die Bereitstellung von tauglichen Arbeitskräften schuldet, kann man von einer Erfolgsverbindlichkeit des Überlassers sprechen, d.h. er ist zur Zurverfügungstellung von tauglichen Arbeitskräften verpflichtet. Die Abgrenzung, ob sich der Überlasser mit der Erbringung seiner Leistung in Verzug befindet oder ob er seine Leistung mangelhaft erbracht hat und damit gewährleistungspflichtig wird, ist mit dem Übergabezeitpunkt festgelegt:

Bis zur Übernahme der „geschuldeten Leistung“ kann der Beschäftigte seine Ansprüche als Verzugsansprüche und ab Übernahme in Form von Gewährleistungsansprüchen geltend machen. Erscheint die Arbeitskraft **bereits zu Beginn** des geplanten Einsatzes nicht am Einsatzort, findet keine Übernahme statt und kann folglich der Beschäftigte Ansprüche wegen Verzug geltend machen. Falls die Arbeitskraft zwar zum Einsatzbeginn am Einsatzort erschienen ist, aber **in der Folge nicht mehr kommt**, kann sich der Beschäftigte auf seine Gewährleistungsansprüche stützen<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Da der Überlasser nicht den Arbeitserfolg schuldet, ist auch in dem Fall, dass die zur Verfügung gestellte Arbeitskraft, die eine Tätigkeit auf einer Baustelle bereits begonnen hat, diese aber vor Beendigung der Tätigkeit und vor formeller Übernahme verlässt, davon auszugehen, dass die Übernahme der vom Überlasser geschuldeten Leistung bereits erfolgt ist und somit nur noch Gewährleistungsansprüche zustehen.

**Empfehlung:** Die jeweiligen Pflichten sollten im Vertrag zwischen Beschäftigter und Überlasser genau festgehalten werden. Insbesondere sollte präzise herausgearbeitet werden, wann die Leistung angenommen wurde, d.h. wann die Arbeitskraft als übernommen gilt. Dies erleichtert die Abgrenzung zwischen Gewährleistung und Verzug.

### **3.1 Ansprüche aus Verzug gemäß § 918 ABGB**

Dem Beschäftigter bieten sich in diesem Fall zwei Möglichkeiten an: Er kann einerseits weiterhin Erfüllung begehren (d.h. die Zurverfügungstellung einer tauglichen Arbeitskraft verlangen) und gleichzeitig den Ersatz des Schadens, der ihm aus der nicht rechtzeitigen Bereitstellung entstanden ist (bspw. wegen Terminverzugs mit der eigenen Leistung); andererseits bleibt es ihm unbenommen unter Festsetzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurückzutreten und gleichzeitig den durch den Verzug entstandenen Schaden geltend zu machen. Aufgrund dieses Schadenersatzanspruches ist der Beschäftigter so zu stellen, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.

**Empfehlung:** Eine Rücktrittserklärung kann nach den gesetzlichen Bestimmungen auch formfrei abgegeben werden. Eine Rücktrittserklärung muss insbesondere den Beginn des Einsatzes, die nicht rechtzeitige Erfüllung und schließlich die Absicht, den Vertrag zu beenden, eindeutig zum Ausdruck bringen. Wir empfehlen, im Vertrag mit dem Beschäftigter insbesondere folgende Punkte **explizit** zu vereinbaren:

- Recht des Überlassers, die Leistung innerhalb einer angemessenen, konkret bestimmten Nachfrist nachzuliefern;
- Ausschluss von Schadenersatzansprüchen wegen Verzugs des Überlassers;
- Schriftformerfordernis der Rücktrittserklärung.

Ob eine Frist angemessen ist, hängt vor allem vom Einzelfall ab: Wenn der Überlasser bspw. in Österreich tätig ist, der Einsatzort aber in Bulgarien liegt, wird die Frist länger zu bemessen sein, als wenn der Einsatzort in Österreich liegt. Außerdem wird diese Nachfrist auch davon abhängen, welche Qualifikationen die gewünschte Arbeitskraft aufweisen soll (ein Bauarbeiter evtl. ist einfacher zu besorgen als ein Computertechniker).

### **3.2 Ansprüche aus Gewährleistung gemäß § 922 ABGB**

Der Überlasser hat zunächst Ansprüche auf Verbesserung oder Austausch der mangelhaften Leistungserbringung. Diese Verbesserung wird in dem Fall, dass die Arbeitskraft nach begonnener Tätigkeit nicht mehr am Einsatzort erscheint, in Form eines Austausches gegen eine taugliche Arbeitskraft geschehen<sup>2</sup>.

Für den Austausch der Arbeitskraft hat der Beschäftigter ab dem Ablauf des 6. Monats<sup>3</sup> nachzuweisen, dass die zur Verfügung gestellte Arbeitskraft untauglich ist. Als untauglich sind im Allgemeinen Arbeitskräfte zu qualifizieren, die nicht die durchschnittlichen Qualifikationen und Arbeitsbereitschaft aufweisen.

---

2 Im Arbeitskräfteüberlassungsfall wird eine Verbesserung in der Praxis auch bei mangelnder Qualifikation ausscheiden, weil eine solche in der Regel nicht innerhalb angemessener Frist nachgeholt werden kann.

3 In den ersten 6 Monaten der Überlassung muss der Überlasser die Mangelfreiheit der Arbeitskraft beweisen, in der Folge bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist muss dies der Beschäftigter beweisen.

Wenn der Überlasser den Austausch nicht binnen angemessener Frist vornimmt, kann er die Vertragsaufhebung und im Fall des Verschuldens auch den Ersatz des Nichterfüllungsschadens geltend machen. Bei Verweigerung des Austausches bzw. wenn ein Austausch nicht möglich ist bzw. bei wiederholt fehlgeschlagenen Verbesserungsversuchen (Vertrauenserschütterung), ist keine Fristsetzung notwendig.

**Empfehlung:** In diesem Zusammenhang empfehlen wir die Vereinbarung eines **Rücksendungsrechts** der Arbeitskraft, wonach der Beschäftigte die Arbeitskraft binnen einer bestimmten Frist an den Überlasser zurücksenden muss. Möglich ist auch die Vereinbarung einer **Rügepflicht** (iSd § 377 HGB) des Beschäftigten, wodurch er die mangelhafte Leistungserbringung binnen einer bestimmten Frist rügen muss, um sie anschließend zurücksenden zu können. Rügt der Beschäftigte nicht, sind Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche wegen Mangelhaftigkeit ausgeschlossen.

### 3.3 Ansprüche aus Schadenersatz

Grundsätzlich haftet der Überlasser nur für die Untüchtigkeit bzw. die Ungeeignetheit einer überlassenen Arbeitskraft<sup>4</sup>, wenn diese dem Beschäftigten einen konkreten Schaden zufügt, nicht aber für den Erfolg einer bestimmten Tätigkeit<sup>5</sup>. Was den faktischen Einsatz und das Erscheinen dieser Person am Einsatzort anbelangt, ist der Überlasser aber verpflichtet, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Er haftet für die Arbeitsbereitschaft der überlassenen Arbeitskraft.

Kommt der geschuldete Erfolg aber nicht zustande, weil die Arbeitskraft nicht erscheint, handelt es sich grundsätzlich um die Nichterfüllung des Vertrages, für welche der Überlasser einzustehen hat, sofern er nicht nachweisen kann, dass ihn daran kein Verschulden trifft. Der Überlasser ist bspw. nach § 12 AÜG verpflichtet, der Arbeitskraft vor jeder Beschäftigung die für die Überlassung wesentlichen Umstände, insb. den Beschäftigten, die voraussichtliche Arbeitszeit und das Entgelt mitzuteilen und ehestmöglich schriftlich zu bestätigen. Grundsätzlich gilt, dass für die Arbeitskräfteüberlassung kein Entgelt zusteht, wenn die Arbeitskraft nicht am Einsatzort erscheint. Gleichzeitig besteht die volle schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit des Überlassers.

**Empfehlung:** Wir empfehlen, die Haftung auf Fälle einzuschränken, wo der Verzug eine gewisse Dauer (bspw. 3 Stunden) überschreitet. Gleichzeitig sollte die Haftung für einen Produktionsstopp und ähnliche Umstände ausgeschlossen werden.

## 4. Ansprüche des Überlassers gegen die Arbeitskraft

Die Arbeitskraft muss gegenüber dem Überlasser die im Dienstvertrag festgelegten und sich aus dem Arbeitsrecht ergebenden Pflichten erfüllen. Im konkreten wird dabei Bedacht zu nehmen sein auf die Bestimmungen des konkreten Dienstvertrages, wonach die Arbeitskraft am Einsatzort nach den Anweisungen des Beschäftigten eine bestimmte Tätigkeit zu verrichten hat. Verrichtet sie diese Tätigkeit nicht, da sie nicht am Einsatzort erscheint, verletzt sie ihre Pflichten aus dem Dienstvertrag. Als mögliche Sanktionen seitens des Überlassers kommen die Entlassung der Arbeitskraft und die Schadenersatzpflicht in Frage.

### 4.1 Entlassung

---

<sup>4</sup> Bei einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist der Arbeitnehmer nicht Erfüllungsgehilfe des Überlassers.

<sup>5</sup> siehe Stellungnahme IV/2004

Der Überlasser ist unter anderem dann zur Entlassung der Arbeitskraft berechtigt, wenn diese die Arbeit, d.h. die vertraglich auferlegte Pflicht **unbefugt verlässt oder unterlässt**<sup>6</sup>. Darunter ist jedes erhebliche und schuldhaftes Nichteinhalten der pflichtgemäßen Arbeitszeit zu verstehen. Dabei hat der Überlasser die Arbeitsversäumnis nachzuweisen; die Arbeitskraft kann sich dadurch entlasten, dass sie kein Verschulden am Nichterscheinen trifft.

Neben der Pflichtwidrigkeit ist es notwendig, dass das Unterlassen der Arbeitsleistung ein **bestimmtes Maß an Erheblichkeit** erreicht, das sich nach dem Ausmaß des vereitelten Arbeitserfolges und der dadurch eingetretenen Konsequenzen bestimmt<sup>7</sup>. Falls der Überlasser aufgrund dieser Unterlassung schadenersatzpflichtig wird bzw. falls er dem Beschäftigten aufgrund eines bei diesem eingetretenen Terminverzuges eine Vertragsstrafe oder Schadenersatz bezahlen muss, sind das Nachteile, die für die Beurteilung der Erheblichkeit herangezogen werden können<sup>8</sup>.

**Daneben ist auch die Dauer der Dienstverhinderung von Bedeutung.** Erheblichkeit wird nach der Rechtsprechung insbesondere bei wiederholtem Fernbleiben angenommen. Bei bewusst rechtswidriger Handlungsweise genügt allerdings auch einmaliges, unbefugtes Verlassen der Arbeit. Im Allgemeinen wird bei fahrlässigem Fernbleiben **Beharrlichkeit des Nichterscheinens** gefordert, während bei bewusstem, d.h. vorsätzlichem Handeln schon einmaliges Fernbleiben die erforderliche Erheblichkeit bewirken kann. Es ist hier auf die Umstände des Einzelfalles acht zu geben. Bspw. wird Erheblichkeit dann in Frage kommen, wenn der Handwerker den Einsatzort verlässt bzw. dort nicht erscheint, obwohl er weiß, dass bei seinem Nichterscheinen die Arbeit nicht weiter geführt werden kann und es somit zu einer Arbeitsstockung oder Produktionsausfall kommt. Trunkenheit<sup>9</sup> kann eine Entlassung rechtfertigen, einmalige Trunkenheit reicht allerdings nicht aus.

**Ein an sich pflichtwidriges Unterlassen der Arbeitsleistung kann jedoch durch bestimmte von der Rechtsordnung anerkannte Gründe gerechtfertigt werden:**

Als derartige **Rechtfertigungsgründe** kommen insbesondere die Nichtbezahlung des der Arbeitskraft zustehenden Entgelts, Gesundheitsgefährdung, Krankheit, etc. in Frage. Der Krankheitsfall muss jedoch ärztlich belegt werden können, andernfalls die Unterlassung nicht gerechtfertigt ist. Wenn die tatsächlich erkrankte Arbeitskraft (objektiv gerechtfertigter Weise) wegen Krankheit der Arbeit fernbleibt und sich verspätet krank meldet, kann dies dann zur Entlassung führen, wenn die Arbeitskraft wusste, dass dem Überlasser daraus (bspw. wenn er gegenüber dem Beschäftigten schadenersatzpflichtig wird) ein erheblicher Schaden entstehen kann und ihm die Meldung leicht möglich gewesen wäre<sup>10</sup>.

Im Einzelfall kommen auch noch andere Hinderungsgründe in Frage, denen die Rechtsordnung einen höheren Stellenwert einräumt (sog. höherwertige Pflichten).

<sup>6</sup> vgl. Arb 6002; Arb 9046; LG Wien Arb 8754; ArbG Linz ZAS 1983, 81

<sup>7</sup> vgl. LG Klagenfurt ZAS 1983, 121; LG Wien Arb 8754; ArbG Innsbruck SozM I A/d 837

<sup>8</sup> LG Klagenfurt ZAS 1983, 121 („sonstige durch die Säumnis eingetretene Nachteile“)

<sup>9</sup> vgl. RdW 1988, 204; RdW 1990, 297: In diesem Zusammenhang ist zu beachten, ob sich der Arbeitnehmer durch Alkohol schuldhaft in einen solchen Zustand versetzt, dass er seinen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr nachkommen kann oder ob sein pathologischer Alkoholismus einen Krankheitsgrad erreicht hat, dass ihm ein neuerlicher Rückfall nicht mehr als Verschulden zugerechnet werden kann und damit eine Entlassung nicht rechtfertigt.

<sup>10</sup> vgl. SozM I A/d 1269

Hierunter wird man den Nichtantritt einer Beschäftigung reihen können, wenn ein Familienmitglied unerwartet schwer erkrankt.

**Vorsicht: Die Zulässigkeit einer Entlassung ist vom Einzelfall abhängig; jede Entlassung wegen Nichterscheinens sollte man deshalb sorgfältig prüfen (lassen).**

#### **4.2 Schadenersatz**

Wenn dem Überlasser aus dem unberechtigten Fernbleiben darüber hinaus ein Schaden entstanden ist, da er dadurch den Vertrag mit dem Beschäftigten nicht erfüllen konnte und gegenüber diesem zu einer Vertragsstrafe verpflichtet ist oder für die vereinbarte Überlassungsdauer kein Honorar erhalten hat, richtet sich der Ersatz dieses Schadens nach den Bestimmungen des ABGB. Das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz kommt nur auf Fälle der Schlechterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen zur Anwendung, nicht aber auf Schadenersatzansprüche, die sich aus dem Nichtantritt des Dienstes (auch zwischenzeitig!) oder aus der unbegründeten und verschuldeten vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergeben<sup>11</sup>. **Das heißt, dass die Haftungserleichterungen nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz bei Nichterscheinen der Arbeitskraft nicht zur Anwendung kommen.**

Der Überlasser muss dann so gestellt werden, wie wenn die Arbeitskraft ihre Verpflichtung ordentlich erfüllt hätte. Die Arbeitskraft kann sich von dieser Haftung nur dadurch entlasten, indem sie nachweist, dass sie am Fernbleiben kein Verschulden trifft.

#### **5. Fazit**

Von Bedeutung ist die Feststellung, dass die Pflichten des Überlassers nicht deckungsgleich sind mit den Pflichten der Arbeitskraft. Ein Anspruch des Beschäftigten bedeutet nicht gleichzeitig einen Anspruch des Überlassers gegen die Arbeitskraft und umgekehrt. Deshalb sollten der Arbeitskräfteüberlassungsvertrag und der Arbeitsvertrag den Punkt des Nichterscheinens der Arbeitskraft regeln.

Verfasser: **Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller**  
Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser  
im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH  
Kontakt: [www.bzp.at](http://www.bzp.at)

Stand: Februar 2005

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.

---

<sup>11</sup> siehe Kerschner, Kommentar zum Dienstnehmerhaftpflichtgesetz<sup>2</sup>, 46