



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung“

Abgrenzung vom Werkvertrag, langfristige Überlassung und Payrolling

Verfasser

Mag. Felix Schörghofer

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Robert Rebhahn

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Rahmen meiner Beschäftigung als Universitätsassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien verfasst. Univ. Prof. Dr. Robert Rebhahn, meinem akademischen Lehrer, schulde ich in dreifacher Hinsicht Dank. Erstens dient er mir bereits seit meiner Tätigkeit als Studienassistent als wissenschaftliches Vorbild. Zweitens förderte er stets mein eigenes wissenschaftliches Wirken und gewährte mir die dafür notwendigen Freiräume. Drittens führte er mich vorausschauend an die Problematik der vorliegenden Arbeit heran und stand mir während dem Verfassen jederzeit mit Rat zur Seite.

Mein Dank gilt auch den aktuellen und ehemaligen Angehörigen des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht. Ihre Anregungen waren für mich von unschätzbbarer Bedeutung. Von besonderer Wichtigkeit waren für mich die Gespräche mit Assoz. Prof. Dr. Christoph Kietaihl und ao. Univ. Prof. Dr. Martin Risak.

Das vorliegende Dissertationsprojekt wurde von der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien mit einer Förderung unterstützt. Dafür danke ich insbesondere Mag. Wolfgang Kozak.

Besonderer Dank gebührt meiner Lebensgefährtin Dipl. Jur. Katharina Struth, die die Risiken der Arbeitskräfteüberlassung auch meinerwegen auf sich nimmt.

Wien, April 2014

Felix Schörghofer

VORWORT	III
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	IX
1. TEIL: GEGENSTAND UND GANG DER UNTERSUCHUNG	1
2. TEIL: ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNG UND WERKVERTRAG	3
I. Einleitung	3
II. Dienstverschaffungsvertrag und Werkvertrag	5
A. Einleitung	5
B. Arbeitskräfteüberlassung trotz Werkvertrag?	7
C. Bedeutung der Vertragstypen für die Prüfung der Arbeitskräfteüberlassung	9
D. Zusammenfassung und Anwendungsbereich des § 4 Abs 2 AÜG	12
III. Rechtsfolgen der Einordnung und Sanktion bei Fehleinordnung	12
A. Einleitung	12
B. Rechtsfolgen der Einordnung	13
C. Sanktion bei „Scheinwerkverträgen“	14
D. Zusammenfassung	17
IV. Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG durch die Rechtsprechung	18
A. Einleitung	18
B. Rechtsprechung des VwGH	18
C. Rechtsprechung des OGH	20
D. Zusammenfassung	21
V. Meinungsstand im Schrifttum und eigene Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG	21
A. Meinungsstand	21
B. Wortlaut(grenze)	23
C. Entstehungsgeschichte und Materialien	25
D. Teleologische Auslegung	27
E. Systematische Auslegung	30
F. Stellungnahme	31
VI. Einfluss des Unionsrechts	33
A. Einleitung	33
B. Das Urteil <i>Vicoplus</i>	34
1. Grundfreiheiten, Beitrittsakte und Arbeitskräfteüberlassung	34
2. Definition der Überlassung	36
C. Bedeutung für die Auslegung des AÜG	39
1. Im Anwendungsbereich des § 32a AuslBG	39
2. In anderen Sachverhalten	43
D. Zusammenfassung	48
VII. Elemente der Prüfung	49
A. Einleitung	49
B. Weisungsrecht und Eingliederung	51
C. Der Sachzwang als Argumentationstopos	54
D. Bedeutung der Z 1, 2 und 4 des § 4 Abs 2 AÜG	59
1. Einleitung	59
2. § 4 Abs 2 Z 1 AÜG	59

3. § 4 Abs 2 Z 2 AÜG	60
4. § 4 Abs 2 Z 4 AÜG	61
E. Sonderfall bei Zwischenvorgesetzten?	63
F. Divergenz zwischen Vereinbarung und Durchführung	64
G. Zusammenfassung	66
VIII. Exkurs: Freier Dienstvertrag und Arbeitskräfteüberlassung	67
3. TEIL: LANGFRISTIGE ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNG	69
I. Einleitung	69
A. Langfristige Überlassung als atypische Überlassung	69
B. Benachteiligung überlassener Arbeitnehmer	70
1. Einleitung	70
2. Benachteiligung in den Arbeitsbedingungen während einer Überlassung	71
3. Benachteiligung bei Beendigung der Überlassung	74
4. Zusammenfassung	79
C. Gang der Untersuchung	80
II. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und das AÜG	81
A. Einleitung	81
B. Schutzzwecke des AÜG und langfristige Überlassung	82
1. Einleitung	82
2. Schutz der überlassenen Arbeitskräfte	83
3. Schutz der Stammbesellschaft	85
4. Schutz des Arbeitsmarktes	87
5. Zusammenfassung	90
C. Langfristige Überlassung in der Rechtsprechung	90
D. Die Überlassungsdauer im AÜG	93
1. Einleitung	93
2. § 10 Abs 1a AÜG	93
3. § 1 AÜG	94
4. § 15 AÜG	98
5. Zusammenfassung	102
E. Zusammenfassung	102
III. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und kollektives Arbeitsrecht	103
A. Einleitung	103
B. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und Kollektivvertrag	103
C. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsvereinbarung	105
1. Einleitung	105
2. Zulässigkeit einer Quotenregelung	107
3. Zulässigkeit einer Höchstdauer und eines Kontrahierungsgebots	114
4. Obligatorische Wirkung und Zulässigkeit von Konventionalstrafen	116
5. BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG im Überlassungsunternehmen	122
D. Zusammenfassung	123
IV. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	124
A. Einleitung	124
B. Grundlage im AÜG	125
C. Capital Boundary Problem	127
D. § 10 AÜG und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	131
E. Zusammenfassung	133

V. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und Abschluss eines Arbeitsvertrags mit dem Beschäftiger	135
A. Die Rechtsprechung des OGH	135
B. Nichtigkeit eines zweiten Arbeitsvertrags?	138
C. Anwendbarkeit des AÜG trotz Arbeitsvertrag zum Beschäftiger?	139
D. Konkludenter Abschluss?	141
E. Zusammenfassung	143
VI. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und die Leiharbeits-RL	144
A. Einleitung	144
B. Verbot der Dauerüberlassung?	145
1. Einleitung	145
2. Wortlaut	146
3. Systematik	147
4. Historische Auslegung	151
5. Normzweck	152
6. Arbeitskräfteüberlassung in der Rechtsprechung des EuGH	155
7. Zusammenfassung	167
C. Folgefragen bei Annahme eines Verbots der Dauerüberlassung	167
1. Einleitung	167
2. Wann ist eine Überlassung „vorübergehend“?	168
3. Verlangt die RL als Sanktion einen Arbeitgeberwechsel?	170
4. Richtlinienkonforme Interpretation im österr Recht	171
D. Verbotene Verschlechterung aus Anlass der RL-Umsetzung?	173
E. Zusammenfassung	175
4. TEIL: PAYROLLING	177
I. Einleitung	177
II. Payrolling und verdünnte Willensfreiheit	179
A. Einleitung	179
B. Bestimmung des vertraglichen Arbeitgebers	180
C. Irrtumsanfechtung	183
D. AAB-Kontrolle	185
1. Geltungskontrolle	185
2. Inhaltskontrolle	188
E. Zusammenfassung	190
III. Scheingeschäft und Umgehungsgeschäft	191
A. Einleitung	191
B. Scheingeschäft	191
C. Umgehungsgeschäft	193
1. Einleitung	193
2. Welche Norm wird umgangen?	195
3. Lückenhaftigkeit des österreichischen Rechts?	196
D. Zusammenfassung	198
IV. § 2 Abs 4 AMFG	199
A. Einleitung	199
B. Rechtsprechung	200
C. Meinungsstand im Schrifttum	203
D. Rechtsfolge: Wechsel des Arbeitgebers?	206
1. Geschichtliche Entwicklung der Arbeitskräfteüberlassung und der Arbeitsvermittlung	206
2. Zusätzlicher Schutzbedarf bei Payrolling	213

3. Verfassungsrechtliche Bedenken	214
4. Wechsel des Vertragspartners	221
E. Tatbestand: „Pflichten des Arbeitgebers“	223
1. Einleitung	223
2. Entwicklung des Tatbestands des § 2 Abs 4 AMFG und sein Umfeld	223
3. Die aktuelle Diskussion des Arbeitgeberbegriffs	226
4. Übertragung dieser Ergebnisse auf § 2 Abs 4 AMFG	232
F. Zusammenfassung des Auslegungsergebnisses	240
G. § 2 Abs 4 AMFG und das „Payrolling“-Modell	242
5. TEIL: ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE	247
Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag	247
Langfristige Arbeitskräfteüberlassung	250
Payrolling	252
QUELLENVERZEICHNIS	255
Literaturverzeichnis	255
Judikaturverzeichnis	273
OGH	273
VwGH	275
VfGH	276
EuGH	276
Sonstige Entscheidungen	277
ANHANG	279
Abstract	279
Lebenslauf	281
Publikationsliste	282

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AAB	Allgemeine Arbeitsbedingungen
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abl	ablehnend
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Arbeitgeber, -in
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg	allgemein (e, er, es)
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz
AMS	Arbeitsmarktservice Österreich
AN	Arbeitnehmer, -in
AngG	Angestelltengesetz
AktG	Aktiengesellschaft
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis
Art	Artikel
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASoK	Arbeits- und SozialrechtsKartei
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
Aufl	Auflage
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht – Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht

ausf	ausführlich
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz
AV	Arbeitsvertrag
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
bbl	Baurechtliche Blätter
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz
BerG	Berufungsgericht
BG	Bundesgesetz
BGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BI	Betriebsinhaber
Blg	Beilage, -n
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BIStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht
BM	Bundesminister(ium)
BMAS	Bundesminister(ium) für Arbeit und Soziales
BMASK	Bundesminister(ium) für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BPG	Betriebspensionsgesetz
BR	Betriebsrat
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
BT-Dr	Drucksache des Deutschen Bundestages
BÜ	Betriebsübergang
BV	Betriebsvereinbarung
BVG	Bundesverfassungsgesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands

CGZP	Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PersonalService-Agenturen
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
D	Deutschland
d, dt	deutsch(e, en, er, es)
dAÜG	deutsches Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
DB	Der Betrieb
DE	Durchführungserlass
ders	derselbe
DG	Dienstgeber, -in
dh	das heißt
dies	dieselbe
DN	Dienstnehmer, -in
DRdA	Das Recht der Arbeit (Österreich)
E	Entscheidung(en)
EB	Erläuternde Bemerkung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg	endgültig
EO	Exekutionsordnung
Erl	Erlass
Erläut	Erläuterungen
ErlRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EV	Einstweilige Verfügung(en)
EvBl	Evidenzblatt
evtl	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f	und der/die Folgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht, Zeitschrift für die beratende und die gerichtliche Praxis
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff	und die Folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GedS	Gedächtnisschrift
gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GewO	Gewerbeordnung
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Grundrechtecharta
hA	herrschende Ansicht
HH	Herrenhaus
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idZ	in diesem Zusammenhang

ieS	im enge(re)n Sinn
ILJ	Industrial Law Journal
IndB	Industrielle Beziehungen
insb	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
iZm	im Zusammenhang mit
iZw	im Zweifel
JBl	Juristische Blätter
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
Komm	Kommentar
krit	kritisch (e, r, s)
KV	Kollektivvertrag(s), Kollektivverträge
KVAÜ	Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung
kv	kollektivvertraglich (e, er, es)
LAG	Landesarbeitsgericht/Landarbeitsgesetz
Lfg	Lieferung
LG	Landesgericht
Lit	Literatur
lit	litera
LSDB-G	Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz
lt	laut
Mat	Materialien
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
migraLex	Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht

MLR	Modern Law Review
MS	Mitgliedsstaat(en) der Europäischen Union
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
öS	Österreichischer Schilling
österr	österreichisch (e, en, er, es)
ÖVP	Österreichische Volkspartei
ProGe	Produktionsgewerkschaft
RdA	Recht der Arbeit (Bundesrepublik Deutschland)
RdM	Recht der Medizin
RdW	Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rs	Rechtssache/Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
SA	Schlussanträge
Slg	Sammlung
sog	so genannt (e, er, es)
SozSi	Soziale Sicherheit
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands

StGBI	Staatsgesetzblatt
stRsp	ständige Rechtsprechung
SV	Sachverhalt
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen
u	und
ua	unter anderem
usw	und so weiter
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
uzw	und zwar
v	vom/von
V	Verordnung (national)
verb	verbunden(e)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes, Neue Folge
vgl	vergleiche
vllt	vielleicht
VO	Verordnung
vs	versus
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Erkenntnisse und Beschlüsse des VwGH
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WV	Werkvertrag
Z	Ziffer
ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZellKomm	Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

ZfVB	Zeitschrift für Verwaltung, Beilage
ZI	Zahl
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRS	Zivilrechtssachen
zust	zustimmend

1. Teil: Gegenstand und Gang der Untersuchung

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist der sog Drittpersonaleinsatz. Unter diesem Begriff kann man Sachverhalte zusammenfassen, in denen ein Unternehmen A für eine Arbeitsaufgabe keine eigenen AN nutzt.¹ Stattdessen werden AN des Unternehmens B eingesetzt, uzw insb auf dem Betriebsgelände des A.

In vielen Fällen liegt dann Arbeitskräfteüberlassung vor. Arbeitskräfteüberlassung ist zu einem relevanten Teil des österr Arbeitsmarkts geworden. Diese Entwicklung macht die wissenschaftliche Untersuchung dieses Phänomens notwendig. Aktuell wird die meiste Aufmerksamkeit den Rechtsfolgen bei Arbeitskräfteüberlassung gewidmet, also den Arbeitsbedingungen der überlassenen Arbeitskräfte und den entsprechenden Pflichten der beteiligten Dienstleistungsempfänger. Forschungsgegenstand der vorliegenden Arbeit ist nicht die Rechtsfolgenebene der Arbeitskräfteüberlassung, sondern die logisch vorgelagerte Frage nach dem Anwendungsbereich des AÜG: Es geht im weitesten Sinne um die Auslegung des Begriffes der Arbeitskräfteüberlassung.

Der eingangs geschilderte Sachverhalt kann ebenso eine andere Form des Drittpersonaleinsatzes darstellen, nämlich eine sog (freie) Industriedienstleistung. Das Unternehmen A hat dann mit dem Unternehmen B einen Vertrag abgeschlossen, insb einen Werkvertrag, in dem sich das Unternehmen B verpflichtet eine gewisse Aufgabe zu erfüllen und dazu seine eigenen AN einzusetzen. Die Abgrenzung dieser Form des Drittpersonaleinsatzes von der Arbeitskräfteüberlassung ist der erste Gegenstand der vorliegenden Arbeit (2. Teil). Der Gesetzgeber hat diese Grenzziehung mit § 4 Abs 2 AÜG einer Regelung zugeführt. Allerdings wirft diese Bestimmung schwierige Fragen auf. Bei der Beantwortung wird neben der nationalen Rsp und den österr Lehrmeinungen auch der Einfluss des Unionsrechts berücksichtigt.

Der zweite Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Frage, ob dem Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung ein zeitliches Element immanent ist (3. Teil). Gibt es im österr Arbeitsrecht eine zeitliche Begrenzung der Arbeitskräfteüberlassung, genauer eine Höchstdauer? Dies ist deshalb eine wichtige Frage, weil damit über die Funktion der

¹ Vgl *Rebhahn/Schörghofer*, Staatliche Regulierung des Drittpersonaleinsatzes - Erfahrungen in Österreich, in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (Hrsg), Bitburger Gespräche in München, Band 4: Unternehmerische Entscheidungsfreiheit vs. sozialpolitische Regulierung (erscheint 2014).

Arbeitskräfteüberlassung am österr. Arbeitsmarkt entschieden wird. Gibt es keine Höchstdauer, steht Unternehmen der Einsatz von überlassenen Arbeitskräften auch zur Deckung eines dauernden Arbeitsbedarfs zur Verfügung. Ob das der Fall ist, wird durch eine Analyse des AÜG und seiner Schutzzwecke geklärt. Auch dabei wird wiederum auf die Vorgaben des Unionsrechts, genauer der Leiharbeits-RL² eingegangen.

Der letzte Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist eine Sondergestaltung der Arbeitskräfteüberlassung, das sog. „Payrolling“ (4. Teil). Der Beschäftiger zieht dabei weitere Befugnisse an sich. Er entscheidet etwa über die Einstellung eines AN, der in der Folge an ihn überlassen werden soll, und auch über die Beendigung nicht nur der Überlassung, sondern auch des Arbeitsvertrags der überlassenen Arbeitskraft. Den Überlasser kennen die betroffenen AN im Extremfall nur als Firma, die in ihrem Arbeitsvertrag und bei der Lohnauszahlung aufscheint. Wie noch genauer darzulegen sein wird, kann man das Payrolling als arbeitsrechtliche „Treuhand“ bezeichnen. Im Außenverhältnis tritt der Überlasser als vertraglicher AG auf, im Innenverhältnis entscheidet aber der Beschäftiger als faktischer Arbeitgeber. Diese Konstruktion wird im Schrifttum teilweise sehr kritisch gesehen. Diese Kritik wird aufgegriffen und im Kontext aktueller Stellungnahmen zum AG-Begriff analysiert.

Eine genauere Darstellung der gewählten Vorgehensweise findet sich jeweils in der Einleitung zu den einzelnen Abschnitten.

² RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. L 2008/327, 10 (im Folgenden: Leiharbeits-RL oder RL).

2. Teil: Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag

1. Einleitung

Erbringt ein AN in Erfüllung seines Arbeitsvertrags eine Dienstleistung bei einem Dritten, so ist denkbar, dass er damit einen Werkvertrag erfüllt, den sein AG mit ebendiesem Dritten abgeschlossen hat. Allerdings kann auch Arbeitskräfteüberlassung vorliegen, üblicherweise wird dazu ein sog Dienstverschaffungsvertrag zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger abgeschlossen. Der österr Gesetzgeber hat früh erkannt, dass die Werkvertragserfüllung durch Gehilfen in einem Naheverhältnis zur Arbeitskräfteüberlassung steht.³ Er hat daher bereits bei Einführung des AÜG 1988 in § 4 Abs 2 AÜG eine Sonderbestimmung geschaffen:

„Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder

2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder

3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder

4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.“⁴

Diese Regelung hat nach den Materialien das Ziel, der Umgehung des AÜG vorzubeugen, gleichzeitig soll aber der „Abschluss von Werkverträgen [...] keinesfalls erschwert oder verhindert werden.“⁵ Die Bestimmung ist deshalb von großer Bedeutung, weil mit der Einordnung als Arbeitskräfteüberlassung einschneidende Rechtsfolgen eintreten (vgl dazu unten III.). Seit der AÜG Novelle 2012 wird diese Bestimmung wortgleich in § 5a LAG wiederholt.⁶

³ *Rebhahn/Schörghofer*, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 372.

⁴ BGBl 1988/196.

⁵ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

⁶ § 5a LAG idF BGBl I 2012/98.

Die Möglichkeit der Dienstleistungserbringung im Rahmen von Werkverträgen als Alternative zur Arbeitskräfteüberlassung wurde in Deutschland erst kürzlich wiederentdeckt.⁷ Als Folge abnehmender Attraktivität der Arbeitskräfteüberlassung, ua wegen der jüngsten Novelle des dAÜG, wird in Deutschland eine Zunahme „freier Industriedienstleistungen“, auch in Form von Werkverträgen, erwartet.⁸ Dieselbe Entwicklung könnte auch in Österreich eintreten.⁹ Auch in Österreich hat die Attraktivität der Überlassung durch eine Einschränkung der Ausnahmebestimmungen des AÜG¹⁰ und eine Stärkung der Rechte überlassener AN im Rahmen der (verspäteten)¹¹ Umsetzung der LeiharbeitsRL¹² abgenommen.

Dabei handelt es sich keinesfalls um eine neue Problematik, bereits 1973 hat man in der deutschen Lehre eine genaue Abgrenzung des Rechts der Arbeitskräfteüberlassung von Werkvertragsverhältnissen zu einer „dringenden sozialpolitischen Forderung“ erklärt.¹³ In Deutschland wurde das Problem aktuell auf politischer Ebene wiederentdeckt. Es gab zur Abgrenzung Gesetzesvorschläge,¹⁴ im deutschen Koalitionsvertrag wurde eine gesetzliche Regelung zur Abgrenzung vereinbart.¹⁵

⁷ Am 09.09.2011 fand in Düsseldorf die 3.ZAAR-Tagung zum Thema „Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit“ statt. Vgl dazu den Tagungsband *Rieble/Junker/Gießen* (Hrsg), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit (2012). Die Tagung hat auch mediale Aufmerksamkeit erfahren, vgl *Bognanni/Pennekamp*, Es geht noch billiger, *DieZeit* online vom 08.12.2011 „<http://www.zeit.de/2011/50/Leiharbeit-Werkvertraege>“ (zuletzt abgerufen am 04.04.2014)

⁸ *Rieble*, Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit, in *Rieble/Junker/Gießen* (Hrsg), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit (2012) 15 (23 ff, 27 f, 30); *Karthaus/Klebe*, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, *NZA* 2012, 417. Vgl zB die Reaktion der Deutschen Telekom auf die angekündigte Höchstdauer der Überlassung im deutschen Koalitionsvertrag; *Pennekamp/Budras*, /Bünder, Deutsche Telekom sortiert Leiharbeiter aus, *FAZ* 28.11.2013, „<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/koalitionsvertrag-deutsche-telekom-sortiert-leiharbeiter-aus-12684001.html>“. Der deswegen geforderten Regulierung von Werkverträgen im Grenzbereich zur Überlassung wird das Risiko der Abwanderung durch Dienstleistungserbringung aus dem Ausland entgegengehalten: *Loritz*, Anforderungen an die Arbeitswelt von morgen, *ZfA* 2014, 335 (364).

⁹ Dazu und zum Folgenden *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 372.

¹⁰ Insb Beschränkung auf innerösterreich Sachverhalte; vgl § 1 Abs 3 AÜG idF BGBl I 2011/24, dazu *Kühteubl/Wieder*, Das neue Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsg, *ZAS* 2011, 208 (217 f).

¹¹ Vgl zur daraus resultierenden Unsicherheit *Mazal*, AÜG - Gleichstellungsgebot: Rechtsunsicherheit und kaufmännische Sorgfalt, *ecolex* 2012, 456.

¹² Zur Umsetzungsverpflichtung im österr Recht: *Schindler*, Die neue EU-Leiharbeits-RL - der Umsetzungsbedarf in Österreich, *DRdA* 2009, 176; *Grünanger*, Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie auf das AÜG, *ecolex* 2009, 424. Zur erfolgten Umsetzung vgl ua *Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, *ZAS* 2012, 336; *Burger*, Neues zum AÜG, in *Wachter/Burger* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2013 (2013) 3.

¹³ *Göbel*, Arbeitnehmerüberlassung, Werkverträge und verschobene Arbeitsgeberrisiken (II), *BIStSozArbR* 1973, 324 (324).

¹⁴ BT-Dr 17/12373 (Die Linke); BT-Dr 17/12378 (SPD); vgl auch den Antrag auf Entschließung des Bundesrates "Umgehung von Arbeitnehmerschutzrechten durch Werkverträge verhindern - jetzt" 101/12, 24.02.12, der mit Beschluss des Bundesrates vom 30.03.2012 abgelehnt wurde. Zu den Gesetzesentwürfen

In Österreich wird die Abgrenzung aktuell weit weniger diskutiert. Sie fällt aber auch hier in der Praxis schwer.¹⁶ Ein Indiz dafür dürften die vielen Urteile des VwGH (vgl unten IV.B.) zu § 4 Abs 2 AÜG im Zusammenhang mit dem AuslBG sein. Demgegenüber kann man die geringe Anzahl der Urteile des OGH (vgl unten IV.C.) möglicherweise damit erklären, dass sich die betroffenen AN ihrer Rechte in vielen Fällen nicht bewusst sind. Wenn im Folgenden § 4 Abs 2 AÜG ausgelegt wird, muss die (zukünftige) Herausforderung einer „Flucht aus dem Recht der Arbeitskräfteüberlassung“¹⁷ mitbedacht werden.

Im Folgenden wird zuerst auf den Vertrag zwischen den beiden Unternehmen eingegangen (II.). Nach der Darstellung der wichtigsten Rechtsfolgen (III.) wird zuerst die Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG durch die Rsp analysiert (IV.). Im Anschluss wird, aufbauend auf die Meinungen im Schrifttum, ein eigenes Auslegungsergebnis dieser Bestimmung formuliert (V.). Nach einer Untersuchung des unionsrechtlichen Einflusses (VI.) werden die einzelnen Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG und spezielle Fragen untersucht (VII.). Die Analyse endet mit einem kurzen Exkurs über die Abgrenzung von Drittpersonaleinsatz zur Erfüllung eines freien Dienstvertrags und Arbeitskräfteüberlassung (VIII.).

II. Dienstverschaffungsvertrag und Werkvertrag

A. Einleitung

Die Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen Überlasser und Beschäftigter bei einer Arbeitskräfteüberlassung war anfänglich strittig.¹⁸ Heute wird gesagt, einer Arbeitskräfteüberlassung liege „in der Regel“ ein sog Dienstverschaffungsvertrag

Greiner, Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 697 (703).

¹⁵ *CDU/CSU/SPD*, Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag (2013) 69; Es sollen „die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt“ werden. *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

¹⁶ *Bruckner*, Arbeiten zum Sklavenlohn, *DerStandard.at* vom 25.07.2011 „<http://derstandard.at/1310512088026/Albtraumjob-Arbeiten-zum-Sklavenlohn>“ (zuletzt abgerufen am 04.04.2014).

¹⁷ *Hamann* in *Schüren* (Hrsg), AÜG⁴ (2010) § 1 Rz 113: „Flucht in den Werkvertrag“.

¹⁸ *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1978) 105.

zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger zugrunde.¹⁹ Der Begriff des Dienstverschaffungsvertrags wurde schon lange vor dem AÜG verwendet.²⁰ Es handelt sich um einen Vertrag sui generis. Der Dienstverschaffungsvertrag wurde im AÜG kaum geregelt,²¹ anzuwenden sind „die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes“.²² Der Überlasser verpflichtet sich in einem solchen Vertrag gegenüber dem Beschäftiger zur Verschaffung von Arbeitskraft.²³ Der Überlasser hat „nur für das Vorhandensein einer durchschnittlichen Qualifikation und die Arbeitsbereitschaft der überlassenen Arbeitskräfte einzustehen, [...] nicht für eine mangelnde Qualität der Arbeitsleistung.“²⁴ Demgegenüber schuldet der Werkunternehmer die Herstellung eines Werkes, also typischerweise einen (Arbeits-) Erfolg.²⁵ Zur Erfüllung dieses Erfolgs kann der Werkunternehmer ihm weisungsgebundene Erfüllungsgehilfen einsetzen.

Werkvertrag und Dienstverschaffungsvertrag scheinen also auf den ersten Blick klar unterscheidbar.²⁶ Es ist dann naheliegend zu sagen, dass nur bei Vorliegen eines Dienstverschaffungsvertrags Arbeitskräfteüberlassung vorliegen kann, nicht hingegen bei Werkvertragserfüllung. Die Sichtweise, dass Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung einander ausschließen, wird in Deutschland vertreten, uzw soweit zu sehen widerspruchlos.²⁷ Mit der Unterscheidung zwischen Dienstverschaffungsvertrag und Werkvertrag wird dann auch gleichzeitig über das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung entschieden. Diese Sichtweise legen schon die Materialien zum dAÜG aus 1971 nahe: „*Ein Überlassen ‚zur Arbeitsleistung‘ liegt nicht vor, wenn Arbeitnehmer aufgrund einer werkvertraglichen Verpflichtung ihres Arbeitgebers im*

¹⁹ *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz* (Hrsg), AÜG² (2006) 124; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ (2000) § 1151 Rz 131.

²⁰ Vgl etwa *Maultaschl*, Der „Dienstverschaffungsvertrag“, ÖJZ 1952, 1; *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrags (1971) 140 ff jeweils mit Nachweisen von Urteilen aus den 20er Jahren. Vgl auch *Rehbinder*, Arbeitnehmer oder Unternehmer?, ÖJZ 1983, 373 (376).

²¹ *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung und ArbVG, in FS Schwarz (1991) 239 (242).

²² OGH 20.02.1952, 1 Ob 125/52.

²³ *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 35.

²⁴ OGH 1 Ob 203/01m ecolex 2002/38; vgl dazu *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung und Gewährleistung, ecolex 2004, 385. Vgl auch bereits OGH 7 Ob 723/81 ÖJZ 1983/4.

²⁵ *Rebhahn* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB³ (2006) § 1165 Rz 2. Vgl zu dieser Unterscheidung zwischen Überlassung und Werkvertrag bereits OGH 8 Ob 576/83 Arb 10351. Es ist zu erwähnen, dass auch im Werkvertragsrecht ausnahmsweise der Werkunternehmer nicht einen Erfolg bewirken muss, etwa beim Erstlingswerk, vgl *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB³ § 1165 Rz 33.

²⁶ *Wank* in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁴ (2014) § 1 AÜG Rz 12. Vgl für Österreich *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1166 Rz 32; OGH 7 Ob 723/81 ÖJZ 1983/4.

²⁷ Vgl etwa *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 149.

*Betrieb eines Dritten tätig werden.*²⁸ Dabei ist allerdings zu beachten, dass es nicht auf den Wortlaut des Vertrags ankommen soll, wenn die Abwicklung in der Praxis diesem Wortlaut widerspricht.²⁹ *Hamann* kritisiert zum dAÜG zwar das **primäre** Anknüpfen an den Schuldvertragstypen, weil es bei der Prüfung der Arbeitskräfteüberlassung nicht um die zivilrechtlichen Folgen (Gewährleistung, Haftung etc) gehe, die das Gesetz an die Vertragstypen knüpft.³⁰ Allerdings ist nach seiner Ansicht Arbeitskräfteüberlassung weiterhin ausgeschlossen, wenn zweifelsfrei ein Werkvertrag vorliegt.³¹

Zu prüfen ist, ob dieser Befund auch für die österr Rechtslage zutrifft. Dabei sind drei Fragen zu unterscheiden. Erstens ist zu überlegen, ob denkmöglich gleichzeitig ein Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung vorliegen können. Zweitens ist zu klären, welche Rolle die Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen Beschäftigter und Überlasser bei der Prüfung einer Arbeitskräfteüberlassung spielen soll. Zuletzt stellt sich drittens die Frage, in welchen Fällen § 4 Abs 2 AÜG anwendbar ist.

B. Arbeitskräfteüberlassung trotz Werkvertrag?

Zum gleichzeitigen Vorliegen von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung ist zuallererst der Wortlaut des § 4 Abs 2 AÜG anzuführen, der eindeutig zu normieren scheint, dass trotz Abschluss eines Werkvertrags zwischen Überlasser und Beschäftigter Arbeitskräfteüberlassung vorliegen kann. So versteht dies auch der VwGH, der davon ausgeht, dass trotz Abschlusses eines zivilrechtlich gültigen Werkvertrags in bestimmten Fällen Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.³² Neben der Berufung auf den Wortlaut stützt sich der VwGH dabei auf den Regelungszweck und die Materialien, ohne dies jedoch genauer auszuführen. Die Materialien deuten tatsächlich in diese Richtung, dort wird festgehalten, dass im § 4 Abs 2 AÜG für den Werkvertrag typische (Z 1, 2, 4) bzw untypische (Z 3) Merkmale normiert sind.³³ In der Folge heißt es dann, dass “für die Klassifizierung als Werkvertrag an sich bereits die Kombination einzelner für den

²⁸ BT-Dr 6/2303, 10; *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011) 100 FN 431.

²⁹ *Sansone*, Gleichstellung 101; *Oberthür*, Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung in *Rieble/Junker/Gießen* (Hrsg), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit (2012) 43 (44 f). In Österreich ergibt sich dies aus § 4 Abs 1 AÜG. *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung (1988) 17 hat darauf hingewiesen, dass sich der Vorrang des wahren Willens der Vertragsparteien auch bereits aus § 914 ABGB ergibt. Vgl auch OGH 9 Ob 83/01y JBl 2001, 653.

³⁰ *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 109 ff.

³¹ *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 149.

³² VwGH 22.10.1996, 94/08/0178.

³³ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

Werkvertrag typischer Sachverhaltselemente ausreichend sein mag“.³⁴ Dem Wortlaut der Bestimmung und den Materialien sollte in diesem Fall allerdings nicht allzu große Bedeutung beigemessen werden. Es wäre nämlich abwegig dem Gesetzgeber zu unterstellen, er habe mit § 4 Abs 2 AÜG die Änderung des Werkvertragsbegriffs des ABGB bezweckt. Der herkömmliche Werkvertragsbegriff ist auch Ausgangspunkt der Überlegungen von *Tomandl*, der meint, dass in den Fällen des § 4 Abs 2 AÜG bereits kein Werkvertrag vorliegen kann, sondern nur ein „Arbeitsleihvertrag“.³⁵ Die vom Gesetzgeber genannten Elemente würden zu der bereits bekannten Abgrenzung des Werkvertrags nichts beitragen. Dem ist wohl zuzustimmen, wenn man auf das Arbeitsergebnis des AN als „Werk“ iSd § 1151 ABGB abstellt. Wie noch zu zeigen sein wird, arbeitet der AN bei der Überlassung nach den Weisungen des Beschäftigers. Der Überlasser wird dann nicht mehr für den Erfolg haften, weil er dessen Herbeiführung nicht kontrollieren kann.³⁶ Da der Überlasser bzgl des Arbeitsergebnisses für die überlassenen AN eben nicht als seine Erfüllungsgehilfen haftet, führt er kein Werk „unter seiner persönlichen Verantwortung“ iSd § 1165 ABGB aus.

Denkbar ist allerdings die vertragliche Vereinbarung, dass der Überlasser trotz Übertragung des Weisungsrechts für den Erfolg einsteht und ihm die Fehler der AN zugerechnet werden.³⁷ In diesem Fall könnten ein Werkvertrag *und* Arbeitskräfteüberlassung vorliegen. *Geppert* hat darauf hingewiesen, dass die Dispositivität der Bestimmungen über den Werkvertrag dazu führen kann, dass Werkverträge durch Vertragsgestaltung der Arbeitskräfteüberlassung nahe kommen.³⁸

Außerdem ist zu bedenken, dass eventuell nicht nur in dem Arbeitsergebnis, sondern bereits im Zurverfügungstellen bei entsprechender Vertragsformulierung ein Erfolg erblickt werden könnte. So hat auch der OGH bereits gesagt, dass das Zurverfügungstellen von Personal ein Werk darstellen kann.³⁹ In anderen Urteilen hat der

³⁴ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

³⁵ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung (2010) 19 ff.

³⁶ Vgl *Schiiren*, Abgrenzung und Identifikation von (Schein-)werkverträgen - Eine Skizze, in FS Däubler (1999) 90 (92): „Zwischen Ergebnisverantwortung und Ablaufsteuerung besteht ein notwendiger Zusammenhang.“

³⁷ Vgl *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom drittbezogenen Personaleinsatz aufgrund eines Werkvertrages (1992) 48 die darauf hinweisen, dass dies in der Praxis kaum vorkommen wird und eine Prüfung der Sittenwidrigkeit notwendig ist, wohl weil sich der Werkunternehmer ein Risiko auferlegt, dass der Werkbesteller durch die Ausübung des Weisungsrechts kontrolliert.

³⁸ *Geppert*, Anmerkung zu OGH 25.10.2001, 8 ObA 28/01b, DRdA 2003, 25 (29).

³⁹ Vgl OGH 7 Ob 536/91 RdW 1991, 332: der Dienstverschaffungsvertrag sei zwar kein Werkvertrag, stünde ihm aber nahe, „weil durch ihn ein Werk, nämlich das Zurverfügungstellen von Personen für bestimmte

OGH allerdings festgehalten, dass der Inhalt des Dienstverschaffungsvertrags, anders als beim Werkvertrag, eben gerade nicht ein bestimmter Erfolg ist.⁴⁰ Zudem muss trotz Vorliegens einer Erfolgsverbindlichkeit, die mit anderen Vertragspflichten kombiniert wird, nicht automatisch ein Werkvertrag vorliegen.⁴¹ Wird das Zurverfügungstellen von Arbeitskräften als „atypische Erfolgsverbindlichkeit“ ausdrücklich vereinbart, ist Voraussetzung eines Werkvertrages dennoch, dass die geschuldete Leistung genau umschrieben wird,⁴² was bereits nicht der Fall sein könnte, wenn die Überlassungsdauer nicht feststeht.

Möglich ist zuletzt, dass neben einem typischerweise als werkvertragliche Leistung einzuordnenden Vertragsinhalt zusätzlich eine Arbeitskräfteüberlassung als Nebenleistung vereinbart wird. Nach *Geppert* ist dies etwa bei manchen Sachverhalten („Wartung“, „Reparatur“) die § 1 Abs 3 Z 2 AÜG (ehemals § 1 Abs 2 Z 3 AÜG) erfassen will, der Fall.⁴³

Zusammenfassend erfolgt Arbeitskräfteüberlassung grds zur Erfüllung eines Dienstverschaffungsvertrags. In Ausnahmefällen kann aber trotz Abschlusses eines zivilrechtlich gültigen Werkvertrags Arbeitskräfteüberlassung vorliegen.

C. Bedeutung der Vertragstypen für die Prüfung der Arbeitskräfteüberlassung

Die Tatsache, dass Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung einander in den meisten Fällen ausschließen, bedeutet nicht, dass die Zuordnung des Rechtsverhältnisses zwischen Beschäftiger und Überlasser automatisch im Mittelpunkt der Prüfung von Arbeitskräfteüberlassung liegen muss.⁴⁴ Das ergibt sich bereits aus dem

Arbeiten, versprochen wird.“ Vgl ähnlich bereits OGH 4 Ob 153/57 SZ 31/45. Vgl auch *Mayer-Maly*, Buchbesprechung, AuR 1973, 376 (377). Vgl auch *Schnorr*, Anmerkung zu OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87, ZAS 1988, 95 (97): zwischen dem Überlasser und Beschäftiger bestehe ein Vertrag „meist in Form eines Dienstverschaffungsvertrages nach Maßgabe des § 880a ABGB“. Ob *Schnorr* von einer Erfolgs- oder einer Verwendungszusage ausgeht, ist nicht ersichtlich.

⁴⁰ OGH 8 Ob 576/83 Arb 10351; 1 Ob 509/88 ÖJZ 1988/93.

⁴¹ So zum freien Dienstvertrag *Rebhahn*, Vermittlung von Poolkräften am Beispiel der Pflege in Krankenanstalten (2008) 12 f, 15.

⁴² So allg zu atypischen Erfolgsverbindlichkeiten *Rebhahn*, Vermittlung von Poolkräften 15 ff.

⁴³ *Geppert*, AÜG (1989) 23. Fraglich ist dann, ob solche gemischten Verträge noch dem Vertragstyp des „überwiegenden“ Leistungsinhalts zugeordnet werden, im konkreten Fall also noch dem Werkvertrag, oder ob die kleinste Abweichung vom Kern des Vertragstyps dazu führt, dass ein Innominatkontrakt vorliegt.

⁴⁴ Vgl zum deutschen Recht *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 109 ff.

Regelungszweck.⁴⁵ Wie im Rahmen dieser Untersuchung noch mehrmals dargelegt wird, liegt die Aufgabe des Überlassungsrechts zuallererst im Schutz des überlassenen AN.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund ist es kontraintuitiv, bei der Prüfung von Arbeitskräfteüberlassung auf den Vertrag zwischen Beschäftiger und Überlasser abzustellen, weil der AN meist keine genaue Kenntnis vom Inhalt des Vertrags haben wird, sondern nur die tatsächliche Durchführung erlebt.⁴⁷ Auch der BR kann diesen Informationsmangel eher nicht ausgleichen. In § 99 Abs 5 ArbVG wird dem BR des Beschäftigers „nur“ die Befugnis eingeräumt, von dem im Überlassungsvertrag vereinbarten Preis der Überlassung und der Dauer zu erfahren. Neben dem Gesetzeszweck spricht auch der systematische Zusammenhang dafür, dass das AÜG nicht zuallererst auf das Vorliegen eines bestimmten Vertragstyps abstellt. § 4 Abs 1 AÜG verpflichtet zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Darunter kann man auch die Aufforderung verstehen, eben gerade nicht auf bestimmte Vertragstypen abzustellen. Das AÜG enthält generell keinen Hinweis darauf, dass der Überlassung zwingend ein bestimmter Vertragstyp zugrunde liegen muss. Es enthält auch kaum Normen, die auf dieses Vertragsverhältnis Bezug nehmen. Lediglich § 8 Abs 2 AÜG normiert ein Verbot der Umgehung der Arbeitnehmerschutzbestimmungen des AÜG im Vertrag zwischen Überlasser und Beschäftiger, § 12a AÜG sieht Informationspflichten vor. Eine sonstige inhaltliche Bindung besteht nicht, § 11 AÜG bezieht sich auf den Arbeitsvertrag.⁴⁸

Wie von *Hamann* zum dAÜG vertreten,⁴⁹ kann daher auch zum österr Recht festgehalten werden, dass die Definition der Arbeitskräfteüberlassung im AÜG nicht vordergründig auf die Einordnung der vertraglichen Beziehung zwischen einem potentiellen Beschäftiger und einem Überlasser abstellt (vgl zu § 4 Abs 2 Z 4 AÜG unten VII.D.4.).⁵⁰ Die Anordnung des Gesetzgebers in § 4 Abs 2 AÜG, dass auch bei Abschluss

⁴⁵ Vgl in diese Richtung VwGH 22.10.1996, 94/08/0178, der aus dem Regelungszweck allerdings die Möglichkeit des Vorliegens von Arbeitskräfteüberlassung trotz Werkvertragsabschlusses ableitet.

⁴⁶ § 2 Abs 1 Z 1 AÜG; ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 13.

⁴⁷ Auf das Problem der Wahrnehmbarkeit der relevanten Kriterien durch den betroffenen AN hat *Greiner*, NZA 2013, 702 aufmerksam gemacht. Er bezieht diese Kritik sowohl auf das Kriterium der Risikotragung, als auch der Weisungsbindung. In Deutschland wurde vorgeschlagen das Informationsdefizit der AN durch eine Beweislastumkehr bei „Tätigkeit in der Betriebsorganisation des Leistungsempfängers“ auszugleichen: *Brors/Schüren*, Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern, Gutachten für das Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (2014) 21 ff.

⁴⁸ *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 212 f.

⁴⁹ *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 109 ff.

⁵⁰ In diese Richtung bereits *Grillberger*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und Deutschland, in FS Birk (2008) 151 (163): „Auf die häufig diffizile Entscheidung, ob noch ein Werkvertrag nach zivilrechtlichen Kriterien vorliegt, kommt es somit nicht an.“ Dazu passt auch die Meinung von *Dasser* (Vertragstypenrecht

eines Werkvertrages Arbeitskräfteüberlassung vorliegen kann, ist daher insb als Hinweis darauf zu verstehen, dass die Qualifikation des Vertrags zwischen den Unternehmern nicht im Mittelpunkt der Prüfung stehen soll.

Die Tatsache, dass sich die Rsp (insb jene des OGH, vgl unten IV.C.) und Lehre bei der Prüfung einer Arbeitskräfteüberlassung teilweise auf die Vertragstypen konzentrieren, ist möglicherweise durch den folgenden Gedanken erklärbar. Der Dienstverschaffungsvertrag wurde von der Rsp wie schon erwähnt vor Erlassen des Sonderrechts der Arbeitskräfteüberlassung „entdeckt“. Rsp und Lehre wurden durch das vermehrte Auftreten der Überlassung in der Rechtspraxis überrascht und bedienten sich zur Bewältigung dieser Herausforderung eines bereits vorhandenen Rechtsbegriffes, eben des Dienstverschaffungsvertrags.⁵¹ Ein Schwenk des Fokus bei der Qualifikation als Überlassung weg von der Rechtsbeziehung zwischen Beschäftiger und Überlasser, hin zur eigentlich zentralen Rechtsbeziehung zwischen Beschäftiger und überlassenem AN dürfte insb für Rsp nicht sehr verlockend gewesen sein, da man sich damit auf dogmatisch stark schwankenden Boden begeben hätte. Die juristische Qualifikation dieser Beziehung war nämlich zu Beginn höchst umstritten und ist es teilweise sogar bis heute.⁵²

Für die Frage, ob der Werkvertragsbegriff des ABGB erfüllt ist und dennoch Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, bleibt im Ergebnis nur selten praktische Relevanz. Der Inhalt des Vertrags zwischen Überlasser und Beschäftiger ist aber dann von Bedeutung, wenn ein potentielles Überlassungsverhältnis zu beurteilen ist, dessen Erfüllung noch nicht begonnen hat. Mangels faktischer Durchführung kann dann ja nicht auf die Wahrnehmung des AN abgestellt werden. Möglich ist allerdings, dass es sich bei der Vereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen um ein Scheingeschäft handelt, etwa wenn vertraglich ein Werkvertrag vereinbart ist, tatsächlich aber von beiden eine Durchführung als Arbeitskräfteüberlassung geplant ist. Daneben kann die Qualifikation als Werk- oder Dienstverschaffungsvertrag zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger etwa bei der Frage von Bedeutung sein, ob eine Vertragsergänzung durch dispositives Gesetzesrecht für Werkverträge vorzunehmen ist.

im Wandel [2000] 293 ff) der allg im Sinne eines Vertragstypenkontinuums zu Zurückhaltung bei der Schaffung neuer Vertragstypen aufruft.

⁵¹ Vgl zu den verschiedenen Meinungen zur Übernahme des Dienstverschaffungsvertrags *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 105 ff.

⁵² In Österreich dürfte sich die Meinung durchgesetzt haben, der Beschäftiger werde vom Überlasser zur Ausübung des Weisungsrechts bevollmächtigt, vgl *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 23; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 61 f.

D. Zusammenfassung und Anwendungsbereich des § 4 Abs 2 AÜG

Insb wenn man das Zurverfügungstellen von Arbeitnehmern nicht als Erfolg iSd Werkvertragsrechts betrachtet, wird ein Sachverhalt nur in Ausnahmefällen trotz dem Vorliegen eines Werkvertrags als Arbeitskräfteüberlassung zu qualifizieren sein. Ausgeschlossen ist dies im österr Recht allerdings nicht. Die Qualifikation des zugrundeliegenden Vertrags zwischen den beteiligten Unternehmern als Werk- oder Dienstverschaffungsvertrag darf bei der Prüfung einer Arbeitskräfteüberlassung nicht im Vordergrund stehen.

Aufbauend auf diesen Erkenntnissen stellt sich die Frage, in welchen Fällen § 4 Abs 2 AÜG anzuwenden ist. Beschränkt man den Anwendungsbereich auf die Prüfung von Arbeitskräfteüberlassung bei zivilrechtlich gültigen Werkverträgen, würde nur ein kleiner Anwendungsbereich verbleiben. Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers. Die Normierung des § 4 Abs 2 AÜG zeigt, dass der Gesetzgeber damit einem bedeutenden Bedürfnis der Praxis dienen wollte, was für einen weiteren Anwendungsbereich dieser Bestimmung spricht. Dies bestätigt auch ein Blick in die Materialien, in denen der Werkvertrag als „häufigster“ Umgehungsfall der Arbeitskräfteüberlassung genannt wird.⁵³ § 4 Abs 2 AÜG ist daher auch in Sachverhalten anwendbar, in denen nach einer genauen Untersuchung das Vorliegen eines Werkvertrags ausgeschlossen werden könnte.

III. Rechtsfolgen der Einordnung und Sanktion bei Fehleinordnung

A. Einleitung

Im Folgenden werden zuerst die allgemeinen Rechtsfolgen dargelegt, die bei Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung eintreten. Diese Rechtsfolgen entscheiden über die Attraktivität von „freien Industriedienstleistungen“ im Vergleich zur Arbeitskräfteüberlassung und damit über die Anreize in der Praxis das Vorliegen einer Überlassung zu vermeiden. Im Anschluss stellt sich die Frage, ob das österr Recht diesen Anreizen starke Sanktionen bei der missglückten „Verschleierung“ einer Arbeitskräfteüberlassung als bloßen Werkvertrag entgegensetzt.

⁵³ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

B. Rechtsfolgen der Einordnung

Die Qualifikation eines wirtschaftlichen Vorgangs als Arbeitskräfteüberlassung hat weitreichende rechtliche Konsequenzen,⁵⁴ die bei der Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG berücksichtigt werden müssen. Die wichtigste und naheliegendste Rechtsfolge ist die Anwendbarkeit des AÜG, das in alle drei Rechtsbeziehungen eingreift und damit die Rechtsposition aller Beteiligten verändert. Statt/neben der/den dispositiven Werkvertragsbestimmungen des ABGB sind dann die zwingenden Bestimmungen des AÜG anwendbar.⁵⁵ § 8 Abs 2 AÜG beschränkt etwa die Vertragsfreiheit von Werkbesteller/Beschäftiger und Werkunternehmer/Überlasser bei der Gestaltung des Werkvertrags/Dienstverschaffungsvertrags. Den Beschäftiger trifft außerdem gem § 6 Abs 3 AÜG gegenüber den Überlassenen die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht. Auch das Arbeitsverhältnis zwischen dem überlassenen AN und dem Überlasser wird modifiziert, erwähnt sei insb die Verpflichtung zu „equal pay“ gem § 10 AÜG. Während es bei Werkverträgen grds möglich ist, in den Anwendungsbereich eines „billigeren“ KV zu gelangen,⁵⁶ wird dies bei Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung durch das Gleichstellungsgebot verhindert. Darüber hinaus stellt die „Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte“ gem §§ 94 Z 72, 135 GewO ein eigenes, reglementiertes Gewerbe dar. Mit der Ausübung dieses Gewerbes kann ein Wechsel der KV-Angehörigkeit einhergehen.⁵⁷ Auch betriebsverfassungsrechtliche Konsequenzen kommen in Betracht. Die Befugnisse des BR bei der Arbeitskräfteüberlassung sind weit intensiver als bei Vorliegen eines Werkvertrags. Die überlassene AN sind, anders als etwa Reinigungskräfte, die im Rahmen eines Werkvertrags tätig werden,⁵⁸ Teil der Belegschaft im Betrieb des Beschäftigers.⁵⁹ Sie unterliegen auch manchen BV, die im

⁵⁴ Vgl für Deutschland *Hamann in Schüren* (Hrsg) AÜG⁴ § 1 Rz 97 ff.

⁵⁵ Vgl zu den unterschiedlichen Aufgaben und Zielsetzungen von Werkvertragsrecht und (d)AÜG *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 35 ff.

⁵⁶ Vgl etwa für Reinigungskräfte *Rebhahn/Schörghofer in Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

⁵⁷ Vgl zu den einschlägigen KV *Schindler in Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2012) § 10 AÜG Rz 19; *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV 2013² (2013); *Rothe*, Arbeiter- und Angestelltenkollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung² (2013).

⁵⁸ *Tomandl in Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 36 Rz 11.

⁵⁹ Die Rsp bejaht die AN-Eigenschaft iSd § 36 ArbVG, wenn die Überlassung voraussichtlich zumindest für 6 Monate erfolgt (OGH 9 ObA 22/91 DRdA 1991, 352 [*Geppert*]). In der Lehre wird demgegenüber weithin die bedingungslose AN-Eigenschaft des Überlassenen im Beschäftigerbetrieb vertreten; vgl zuletzt *Tomandl*, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2011, 248 (249). Zu beachten sind außerdem die Belegschaftsrechte in § 99 Abs 5 ArbVG.

Beschäftigterbetrieb abgeschlossen sind.⁶⁰ Insb ist dann eine BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG anwendbar, die nach Ansicht des OGH auch eine Höchstquote überlassener AN und die Verpflichtung sie in ein Arbeitsverhältnis zu übernehmen enthalten kann (dazu ausf unten 3. Teil III.C.).⁶¹

Relevant ist das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung auch im AuslBG. Bis zum 01.05.2011 beschränkte das AuslBG die Überlassung von AN aus einem der 2004 der EU beigetretenen mittel- und osteuropäischen Mitgliedstaaten, nicht jedoch (mit einigen Ausnahmen) die Werkvertragserfüllung. Für Staatsangehörige Bulgariens und Rumäniens galt diese Beschränkung bis zum 31.12.2013, sie gilt aktuell für die Arbeitskräfteüberlassung aus Kroatien. Das AuslBG verweist zur Begriffsbestimmung der Überlassung in § 2 Abs 2 lit e & Abs 3 lit c AuslBG auf das AÜG. Das AuslBG übernimmt daher den Begriff der Überlassung des AÜG. Gerade im Ausländerbeschäftigungsrecht wird diese Begriffsbildung vom Unionsrecht beeinflusst, darauf wird später näher eingegangen (VI.).

C. Sanktion bei „Scheinwerkverträgen“

In Deutschland droht als Sanktion bei einer vermeintlichen Industriedienstleistung, die sich als Leiharbeit entpuppt, sofern keine Überlassungserlaubnis vorliegt der Eintritt des Entleihers in die Arbeitsverträge der betroffenen AN (§ 10 dAÜG).⁶² Im deutschen Koalitionsvertrag ist angedeutet, dass diese Sanktion in Zukunft auch bei bestehender Überlassungserlaubnis eintreten soll.⁶³ Diese Ausdehnung wurde bereits vorher in der Lehre gefordert.⁶⁴

In Österreich fehlt eine vergleichbare Bestimmung. Die Sanktion eines Vertragspartnerwechsels wurde auch ansonsten bisher nicht diskutiert. In einer der wenigen (höchstgerichtlichen) Entscheidungen, in denen sich AN auf das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung anstelle von Werkverträgen berufen haben, wurde ein

⁶⁰ Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² 330 ff.

⁶¹ OGH 8 ObA 54/11s wbl 2012,163.

⁶² Schüren, Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, NZA 2013, 176 (177).

⁶³ CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag 69: „Der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber dürfen auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt sein, als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt.“

⁶⁴ Schüren, NZA 2013, 177 f.

Vertragspartnerwechsel gefordert.⁶⁵ Der OGH bejaht das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung anstelle eines vermeintlichen Werkvertrags. Der Wechsel des Arbeitsvertrags zum Beschäftiger folgt für ihn daraus aber offensichtlich nicht. Stattdessen weist der OGH darauf hin, dass bei der Überlassung typischerweise gerade kein AV zwischen dem AN und dem Beschäftiger entsteht. Die gewerberechtliche Befugnis des Überlassers zur Arbeitskräfteüberlassung problematisiert der OGH dabei nicht. In anderen E sagt er nur, dass bei der Abgrenzung „das tatsächliche Vorhandensein einer Konzession oder Bewilligung“ keine Rolle spielt.⁶⁶ Die wahrscheinliche bedeutsamste Sanktion des deutschen Rechts, der Eintritt des vermeintlichen Werkbestellers in die Arbeitsverträge, fehlt also in Österreich. Stattdessen können sich die betroffenen AN nur auf die Bestimmungen des AÜG berufen, insb das Gleichstellungsgebot.⁶⁷ Der Überlasser muss also nur im Rahmen der Verjährungsfrist die Pflichten erfüllen, die ihn bei richtiger Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung von Beginn an getroffen hätten. Diese Rechtsfolge belastet Unternehmer im Vergleich zu legalem Verhalten also nicht zusätzlich und wird sie daher nicht zu einer sorgfältigen Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung oder Werkvertrag anhalten.

Es drohen bei der fälschlichen Behandlung einer Arbeitskräfteüberlassung als Werkvertrag aber Verwaltungsstrafen. Sofern der vermeintliche Werkunternehmer keine Gewerbeberechtigung für die Arbeitskräfteüberlassung hat, begeht er durch die unbefugte Gewerbeausübung eine Verwaltungsübertretung (§ 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994), die mit einer Geldstrafe bis zu € 3600 zu bestrafen ist. Daneben kommen Verwaltungsstrafen gem § 22 AÜG in Betracht.⁶⁸ Ein „Scheinwerkvertrag“ kann eine Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftiger sein, „die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft“ dient, womit der Tatbestand des § 8 Abs 2 AÜG erfüllt ist. Das führt wiederum dazu, dass gem § 22 Abs 1 Z 1 lit a AÜG eine Verwaltungsstrafe verhängt werden kann.⁶⁹ Im Wiederholungsfall droht eine Strafe von bis zu € 10000. Außerdem können aufgrund der Nichtbeachtung der Pflichten des AÜG einer oder mehrere der

⁶⁵ OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*).

⁶⁶ OGH 8 ObA 203/02i ARD 5408/8/2003; OGH 8 ObA 28/01b DRdA 2003, 25 (*Geppert*).

⁶⁷ So etwa erfolgreich in OGH 8 ObA 28/01b DRdA 2003, 25 (*Geppert*).

⁶⁸ Vgl allg zu § 22 AÜG *Raschauer*, Verwaltungsstrafrechtliche und verwaltungsgerichtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, in *Raschauer/Resch* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 161.

⁶⁹ Voraussetzung dafür ist, dass die Einhaltung der Vereinbarung verlangt wird. Das wird bereits der Fall sein, wenn sich die beteiligten Unternehmen „über einen bestimmten Zeitraum“ weigern, die Bestimmungen des AÜG einzuhalten; vgl allg *Raschauer* in *Raschauer/Resch* 182.

Tatbestände des § 22 Abs 1 Z 3 AÜG erfüllt sein. Bei der Strafbemessung kann gem § 22 Abs 2 AÜG berücksichtigt werden, dass ein Scheinwerkvertrag für die beteiligten Unternehmer große finanzielle Vorteile haben kann.

Denkbar wäre zudem auch eine Verwaltungsstrafe des Beschäftigers gem § 160 Abs 1 ArbVG, wenn § 99 Abs 5 ArbVG nicht eingehalten wurde. Wird durch eine Dienstleistung, die als Arbeitskräfteüberlassung qualifiziert wird, gegen das AuslBG verstoßen, drohen ebenfalls Verwaltungsstrafen, hier werden in der Praxis sechsstellige Verwaltungsstrafen verhängt.⁷⁰ Neben Verwaltungsstrafen sind im Rahmen des AuslBG auch zivilrechtliche Folgen zu beachten. Der OGH hat zu einer als Werkvertrag „getarnten“ Überlassung aus einem Nicht-EWR-Mitgliedstaat entschieden, dass der Dienstverschaffungsvertrag wegen Verstoßes gegen § 16 AÜG (Bewilligungspflicht für Überlassung von und ins Ausland) und das AuslBG absolut nichtig ist und hat auch einen bereicherungsrechtlichen Anspruch des Überlassers verneint.⁷¹ Es ist anzunehmen, dass dies auch bei Überlassungen im Anwendungsbereich des § 32a AuslBG gilt. Zwar liegt dann kein Verstoß gegen § 16 AÜG vor, weil § 16a AÜG (alle) EWR-Staaten von den Anforderungen des § 16 AÜG ausnimmt. Allerdings wird bereits der Verbotszweck des AuslBG die absolute Nichtigkeit des (Dienstverschaffungs-)Vertrags verlangen,⁷² der Wortlaut des § 29 AuslBG erfasst auch diesen Fall. Der Verbotszweck des AuslBG verlangt nicht nur die Nichtigkeit von Arbeitsverträgen, sondern auch von anderen Vertragstypen. So hat der OGH bereits einen Gesellschaftsvertrag wegen Umgehung des AuslBG für nichtig erklärt.⁷³ Das Gleiche muss dann auch für einen Dienstverschaffungsvertrag gelten.

Bei der Prüfung dieser Verwaltungsstrafen werden sich der Überlasser und/oder der Beschäftiger in vielen Fällen darauf berufen, dass ihnen die unrichtige Qualifikation als Werkvertrag anstelle einer Arbeitskräfteüberlassung nicht vorwerfbar ist. Es stellt sich die schwierige Frage, ob es sich dabei um einen Tatbildirrtum oder einen Verbotsirrtum handelt. Eine endgültige Beantwortung könnte nur zu jeder Bestimmung einzeln erfolgen. Da jedoch nicht über die Strafbarkeit des Verhaltens als solche geirrt wird, sondern über

⁷⁰ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 373.

⁷¹ OGH 9 Ob 83/01y JBl 2001, 653.

⁷² Den Ausführungen des OGH (9 Ob 83/01y JBl 2001, 653) ist dies nicht eindeutig zu entnehmen. Zwar leitet er das Ergebnis aus der Zielsetzung „sowohl des AÜG als auch des AuslBG“ ab, allerdings begründet er die absolute Nichtigkeit dann damit, dass „sowohl zwingende Bestimmungen des einen wie des anderen Gesetzes verletzt wurden.“

⁷³ OGH 6 Ob 7/94 ecolex 1994, 686.

ein „normatives Tatbestandsmerkmal“, ⁷⁴ das Vorliegen von „Arbeitskräfteüberlassung“, ist wohl von einem Tatbildirrtum auszugehen. Liegt ein solcher Tatbildirrtum tatsächlich vor, scheidet eine vorsätzliche Tatbegehung aus, bei Vorwerfbarkeit des Irrtums kann allerdings aufgrund einer fahrlässigen Tatbegehung bestraft werden. ⁷⁵

D. Zusammenfassung

Wie gezeigt wurde, hat das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung bedeutende Rechtsfolgen. Neben der Anwendung des AÜG und insb dessen Gleichbehandlungsgebots wird dadurch auch die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der betroffenen AN beeinflusst. Im Ausländerbeschäftigungsrecht ist die Qualifikation ebenfalls von Bedeutung. Im Ergebnis dürfte ein erheblicher Anreiz bestehen, diese Rechtsfolgen zu vermeiden, indem stattdessen versucht wird, die wirtschaftliche Beziehung als bloßen Werkvertrag abzuwickeln.

Man kann im Ergebnis sagen, dass die Sanktionen beim Scheitern solcher Versuche („Scheinwerkverträge“) in Österreich schwächer sind als in Deutschland. ⁷⁶ Zwar drohen verschiedene Verwaltungsstrafen. Ob diese bereits einen ausreichenden Anreiz darstellen keinen „Verschleierungsversuch“ zu unternehmen, hängt insb von ihrer tatsächlichen Verfolgung durch die zuständigen Behörden ab. Das scheint tendenziell eher nur im Bereich des AuslBG der Fall zu sein, zumindest wenn man die E des VwGH betrachtet. ⁷⁷ *Raschauer* spricht allg von einem „Schattendasein“ des § 22 AÜG in der Judikatur des VwGH und der UVS. ⁷⁸ Es kann daher bezweifelt werden, dass die genannten Sanktionen ausreichend abschreckend sind, um „Scheinwerkverträgen“ insb auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten vorzubeugen.

⁷⁴ Vgl *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2009) 411.

⁷⁵ *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ 411.

⁷⁶ *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

⁷⁷ Dieses (sehr oberflächliche) Urteil lässt eine kurze Recherche im Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramts zu. Sucht man nach Entscheidungen des VwGH zu § 4 Abs 2 AÜG in Kombination mit dem AuslBG erhält man 84 Ergebnisse. Sucht man nach § 4 Abs 2 AÜG ohne die zusätzliche Einschränkung auf Entscheidungen zum AuslBG erhält man 95 Ergebnisse, also nur 11 zusätzliche Treffer. Diese 11 E des VwGH betreffen nicht die genannten Delikte, sondern teilweise ebenfalls das AuslBG (29.04.2011, 2011/09/0024; 14.10.2011, 2009/09/0274; 30.09.2002, 2002/11/0041 [zu § 16 AÜG]), das SV-Recht (22.10.1996, 94/08/0178; 10.03.1998, 95/08/0345; 21.09.1999, 97/08/0053; 16.02.2011, 2007/08/0123) sowie das ASchG (26.09.2008, 2008/02/0039; 29.06.2011, 2007/02/0358; 25.10.2013, 2013/02/0141; 23.05.2012, 2009/11/0250 [zum AZG]).

⁷⁸ *Raschauer* in *Raschauer/Resch* 188; dennoch bejaht er zutreffend die Wichtigkeit der Verwaltungsstrafen für den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte.

IV. Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG durch die Rechtsprechung

A. Einleitung

Die bereits erwähnte Differenzierung im AuslBG und der Verweis auf das AÜG führen dazu, dass die meisten Entscheidungen über die hier relevante Rechtsfrage vom VwGH zu grenzüberschreitenden Sachverhalten stammen, der dadurch die Auslegung des § 4 AÜG in besonderer Weise prägt.⁷⁹ Der OGH wurde demgegenüber nur selten mit der Problematik befasst. Im Folgenden wird die Rsp dieser beiden Höchstgerichte zu der Abgrenzung dargestellt.

B. Rechtsprechung des VwGH⁸⁰

Mazal hat darauf hingewiesen, dass der VwGH in frühen E das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung bei Werkvertragserfüllung im Wege einer „Gesamtbetrachtung“ der Merkmale prüft.⁸¹ Der VwGH hat an dieser ursprünglichen Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG allerdings nicht festgehalten. *Andexlinger*⁸² und *Mazal*⁸³ bezeichnen eine E des VwGH aus 1996⁸⁴ als „Leitentscheidung“. In dieser E weicht der VwGH von seiner ursprünglichen Auslegung ab und vertritt stattdessen, **dass das Gesetz unwiderleglich das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung vermutet, wenn auch nur eines der Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs 2 AÜG erfüllt ist.** Arbeitskräfteüberlassung könne außerdem auch vorliegen, wenn keine der Ziffern erfüllt ist, sich dies aber aus einer Beurteilung des wirtschaftlichen Gehalts ergebe. Der VwGH bejaht seitdem das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung in vielen E, „sofern auch nur eines der Kriterien des § 4 Abs. 2 AÜG vorliegt“.⁸⁵ *Schindler* bezeichnet dies als stRsp des VwGH.⁸⁶

Die Judikatur des VwGH ist allerdings nicht einheitlich. Bereits 1998 nimmt er wieder, wie in seiner ursprünglichen Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG, eine

⁷⁹ *Schindler* in ZellKomm² § 4 AÜG Rz 4.

⁸⁰ Die folgenden Ausführungen entsprechen weitgehend und teilweise wortgleich dem Beitrag *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 372 ff. Dieser Beitrag geht auf ein Gutachten zurück, das die Verfasser erstattet haben.

⁸¹ *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung, in FS Krejci (2001) 1589 (1599); VwGH 21.03.1995, 94/09/0097.

⁸² *Andexlinger*, Arbeitskräfteüberlassung im Wege eines Werkvertrags, *ecolex* 1997, 111.

⁸³ *Mazal* in FS Krejci 1599.

⁸⁴ VwGH 22.10.1996, 94/08/0178.

⁸⁵ VwGH 2008/09/0094 VwSlg 17713 A; ähnliche E sind über die Jahre verteilt immer wieder zu finden; vgl etwa VwGH 10.03.1998, 95/08/0345; 21.09.1999, 97/08/0053; 04.09.2006, 2005/09/0068; 26.09.2008, 2008/02/0039; 24.06.2009, 2008/09/0094; 25.03.2010, 2008/09/0292; 29.04.2011, 2010/09/0161.

⁸⁶ *Schindler* in Zellkomm² § 4 AÜG Rz 5; vgl auch *Obereder* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht, XV.3.

„Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale“ vor.⁸⁷ Er tut das auch in Fällen, in denen die Ziffern „1, 2 und 4 des § 4 Abs 2 AÜG eindeutig erfüllt sind“.⁸⁸ Nach der „Leitentscheidung“ hätte bereits die Erfüllung auch nur einer der Ziffern ausgereicht. Stattdessen prüft der VwGH, ob die „Hinweise auf eine bewilligungspflichtige Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte insgesamt überwiegen.“⁸⁹ Die „Gesamtbeurteilung“ erfolgt also nicht nur subsidiär, weil keine der Ziffern erfüllt ist. Die Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG im Sinne einer notwendigen „Gesamtbetrachtung“ der Kriterien wendet der VwGH ebenfalls bis heute häufig an.⁹⁰ Der VwGH verweist zur Begründung auf ältere E,⁹¹ die *Mazal* als Beispiele für die alte Judikatur vor ihrer „Weiterentwicklung“ durch die „Leitentscheidung“ 94/08/0178 nennt.⁹²

Im Ergebnis gibt es daher (zumindest) zwei verschiedene Methoden des VwGH, das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung bei Werkverträgen zu prüfen.⁹³ Einerseits das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung bei Erfüllung auch nur einer Ziffer des § 4 Abs 2 AÜG. Andererseits die Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung anhand einer Gesamtbetrachtung verschiedener Elemente. Die Rsp erscheint daher uneinheitlich.⁹⁴ Der VwGH erkennt hingegen darin keinen Widerspruch. In einer E aus dem Jahr 2011 nennt er beide Ansätze (wobei die Gesamtbetrachtung von der belangten Behörde angewandt wurde) ohne darauf einzugehen, dass sich die beiden Auslegungsvarianten eigentlich widersprechen: **„Liegt aber bereits auch nur eines der in § 4 Abs 2 AÜG genannten Kriterien vor, ist von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen.** Selbst wenn man daher mit dem Beschwerdeführer davon ausginge, dass im vorliegenden Fall Werkverträge mit den Subunternehmern vorlägen, so kann das Ergebnis der von der belangten Behörde **anhand der Kriterien des § 4 Abs 2 AÜG angestellten Gesamtbeurteilung** letztlich nicht als rechtswidrig erachtet werden“ (Hervorhebung nicht im Original).⁹⁵

⁸⁷ VwGH 18.11.1998, 96/09/0281. Auf diese Entwicklung macht auch *Sacherer* (in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 133) aufmerksam.

⁸⁸ VwGH 18.11.1998, 96/09/0281.

⁸⁹ VwGH 18.11.1998, 96/09/0281.

⁹⁰ Vgl zB VwGH 21.06.2000, 99/09/0024; 23.11.2005, 2004/09/0169; 18.12.2006, 2005/09/0142; 22.04.2010, 2007/09/0358, 12.07.2011, 2008/09/0239.

⁹¹ VwGH 17.11.1994, 94/09/0223; 21.03.1995, 94/09/0097.

⁹² *Mazal* in FS Krejci 1599 f.

⁹³ *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

⁹⁴ Vgl *Tinhofer*, 17. Klausel: Überlassung zur Dienstleistung an Dritte, in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) 240 (241).

⁹⁵ VwGH 14.10.2011, 2009/09/0274.

Die Vorhersehbarkeit der E des VwGH wird durch die unterschiedlichen Auslegungen des § 4 Abs 2 AÜG reduziert. Die strenge Prüfung einzelner gesetzlicher Kriterien einerseits und die offenere Prüfung anhand einer Gesamtbeurteilung andererseits können in Einzelfällen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Es ist anzunehmen, dass bei isolierter Prüfung der Ziffern häufiger Arbeitskräfteüberlassung vorliegen wird als bei einer Gesamtbetrachtung des Sachverhalts.

C. Rechtsprechung des OGH

Der OGH hatte sich, im Vergleich zum VwGH, seltener mit der Prüfung der Arbeitskräfteüberlassung bei Werkvertragserfüllung zu beschäftigen. Schon vor dem AÜG nennt er in einer E aus dem Jahr 1972 als wesentliches Erfordernis der Überlassung die organisatorische Unterstellung und Eingliederung des AN in den Betrieb des Werkbestellers.⁹⁶ Er stellt Werkvertrag und Dienstverschaffungsvertrag gegenüber und meint, die beiden klar anhand des Vertragsinhalts unterscheiden zu können: „Herbeiführung eines bestimmten Erfolges“ oder „Zurverfügungstellung arbeitsbereiter Dienstnehmer“.⁹⁷

Bei der Abgrenzung von Werkvertrag und „Dienstnehmerüberlassungsvertrag“ nach Inkrafttreten des AÜG stellt er darauf ab, wem die „Instruierung und Überwachung“ der AN⁹⁸ oder die Weisungsbefugnis⁹⁹ obliegt, erwähnt wird auch die „temporäre“ Eingliederung des AN in die Betriebsorganisation des potentiellen Beschäftigers¹⁰⁰. Das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung verlange die Prüfung der Umstände des Einzelfalls.¹⁰¹ Wird eine Arbeitskraft mit einer Baumaschine überlassen und weiß der Überlasser nicht einmal, wozu die Maschine eingesetzt werden soll, so könne kein Werkvertrag vorliegen.¹⁰² 2001 hat sich der OGH die Beantwortung der Frage, ob im Rahmen des § 4 Abs 2 AÜG eine Gesamtabwägung vorzunehmen ist, noch vorbehalten.¹⁰³ Auch in einer jüngeren E geht der OGH nicht eindeutig auf die Bedeutung des § 4 Abs 2

⁹⁶ OGH 01.02.1972, 5 Ob 269-274/71 DRdA 1972, 246 (*Fenyves/Holzer*). So auch das zweitinstanzliche Gericht, dem vom OGH nicht widersprochen wird im Verfahren OGH 8 Ob 576/83 Arb 10351. Ähnlich auch OLG Wien 9 Ra 56/06f ARD 5819/4/2007.

⁹⁷ OGH 12.04.1984, 8 Ob 576/83 Arb 10351; ähnlich OGH 1 Ob 509/88 ÖJZ 1988/93; 03.12.2003, 7 Ob 256/03b.

⁹⁸ OGH 22.04.1999, 6 Ob 46/99d; 03.12.2003, 7 Ob 256/03b.

⁹⁹ OGH 8 ObA 203/02i ARD 5408/8/2003.

¹⁰⁰ OGH 1 Ob 165/04b bbl 2005, 85.

¹⁰¹ OGH 9 ObA 96/08w DRdA 2009, 426.

¹⁰² OGH 8 ObA 73/03y JBl 2005, 114.

¹⁰³ OGH 8 ObA 28/01b DRdA 2003, 25 (Geppert).

AÜG ein, sondern stellt Werkvertrag und „Dienstnehmerüberlassungsvertrag“ einander gegenüber und prüft das Vorliegen des letzteren anhand der Kriterien Eingliederung, Fachaufsicht und Kontrolle der AN.¹⁰⁴

D. Zusammenfassung

Der Rsp lässt sich keine einheitliche Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG entnehmen. Das gilt bereits für die Rsp des VwGH alleine. Er wechselt scheinbar willkürlich zwischen zwei Auslegungsvarianten: Der strikten Alternativität der vier Ziffern und der Gesamtbetrachtung aller Kriterien. Der OGH hat sich bisher die Entscheidung für die eine oder die andere Auslegungsvariante vorbehalten.

Interessant ist schon das bloße Faktum, dass der OGH mit der Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung nur selten befasst wird, während der VwGH in grenzüberschreitenden Fällen sehr häufig zu entscheiden hatte. Es ist anzunehmen, dass die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung bei reinen Inlandssachverhalten ebenso kompliziert ist wie bei grenzüberschreitenden. Die seltene Befassung des OGH kann daher ein Indiz dafür sein, dass sich viele beteiligte AN ihrer Rechte aus dem AÜG (noch) nicht bewusst sind. Dies spricht wiederum für die oben vertretene Konzentration der Prüfung auf Merkmale, die für den eingesetzten AN wahrnehmbar sind.

V. Meinungsstand im Schrifttum und eigene Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG

A. Meinungsstand

Im Schrifttum geht man hauptsächlich auf die Rsp des VwGH ein. In der isolierten Prüfung der einzelnen Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG durch den VwGH wird eine Belastung der Wirtschaftswelt gesehen.¹⁰⁵ Gefragt wird etwa, ob § 4 Abs 2 Z 2 AÜG dazu führen kann, dass bereits dann Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, wenn ein Kunde seinem Elektriker mit Material aushilft.¹⁰⁶ Ähnlich drastische Beispiele lassen sich zu dem zweiten Teil des § 4 Abs 2 Z 1 AÜG finden („oder an dessen Herstellung mitwirken“), denn jede

¹⁰⁴ Vgl OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*).

¹⁰⁵ *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001) 59.

¹⁰⁶ *Mazal* in FS Krejci 2001, 1606.

Dienstleistung, die für ein Unternehmen erfolgt, wird im weitesten Sinne an der Herstellung des Endproduktes mitwirken. Von Beginn an wurde daher vertreten, dass bei Prüfung des § 4 Abs 2 AÜG eine Gesamtabwägung vorzunehmen sei.¹⁰⁷ Hervorgehoben wird insb die Möglichkeit des Beschäftigers dem AN Weisungen zu erteilen.¹⁰⁸ „Einsetzen“ iSd § 3 Abs 3 AÜG könne nur „wer Verfügungsberechtigt ist“,¹⁰⁹ nur bei Übertragung der Verfügungsmacht über den AN liege Arbeitskräfteüberlassung vor.¹¹⁰ *Bachler* sieht ein „Mosaik des beweglichen Systems der Abgrenzungsmerkmale“.¹¹¹ Die Prüfung müsse „alle Kriterien berücksichtigen“ und deren Überwiegen erfassen, ansonsten liege im Verfahren vor dem VwGH ein wesentlicher Verfahrensmangel vor. Interessant ist besonders, dass *Bachler* auf die Elemente zur Prüfung der AN-Eigenschaft verweist, mit der Maßgabe, dass zu prüfen sei, ob die Kriterien im Verhältnis zum Werkunternehmer oder zum Werkbesteller erfüllt sind.¹¹² Außerdem weist er auf den Einleitungssatz des § 4 Abs 2 AÜG hin, nach dem die Tätigkeit „im Betrieb des Werkbestellers“ erfolgen muss, darunter sei die „betriebliche Sphäre“ des Werkbestellers zu verstehen.¹¹³ *Mazal* macht darauf aufmerksam, dass die organisatorische Eingliederung ein notwendiges Element einer Arbeitskräfteüberlassung ist.¹¹⁴ Auch *Schrammel* hält die Formulierung des Gesetzes für überschießend und stellt auf den „Grad der Eingliederung“ ab.¹¹⁵ Unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes kommt er zu der Ansicht es sei zu prüfen, ob der Werkbesteller über den Arbeitnehmer „wie ein Arbeitgeber verfügen“ kann, ob er also befugt ist, ihn „nach eigenen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb“ einzusetzen. Der Durchführungserlass des BMAS zum AÜG¹¹⁶ verlangt ebenfalls eine „Gesamtabwägung aller maßgeblichen Umstände“. Abgestellt wird auf ein „dem Direktionsrecht des Arbeitgebers vergleichbares Anweisungsrecht“ und „mithin die Eingliederung der

¹⁰⁷ *Andexlinger*, Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung? RdW 1988, 391 (393); *Kerschner*, Rohrverlegung in „Subauftrag“ DRdA 1989, 134 (136); *Geppert*, AÜG 56; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 59; *Andexlinger*, *ecolex* 1997, 111; *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 133. *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG (1989) 77 möchten nur in Grenzfällen auf das Überwiegen abstellen.

¹⁰⁸ *Kerschner*, DRdA 1989, 136.

¹⁰⁹ *Mazal*, Arbeitnehmerüberlassung im Konzern, DRdA 1989, 216 (217).

¹¹⁰ *Mazal* in FS Krejci 1598 f.

¹¹¹ *Bachler*, Ausländerbeschäftigung – Eine Gratwanderung zwischen Legalität und Illegalität (1995) 65 f.

¹¹² *Bachler*, Ausländerbeschäftigung 11 ff, 65 f.

¹¹³ *Bachler*, Ausländerbeschäftigung 16, 65 f.

¹¹⁴ *Mazal*, DRdA 1989, 217.

¹¹⁵ Vgl dazu und zum Folgenden *Schrammel*, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995) 89.

¹¹⁶ Erlass des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales zur Durchführung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes – AÜG BGBl 1988/196, Beilage zu Zl 36902/2-2/88. Vgl zum DE auf *Mazal* in FS Krejci 1591 ff.

überlassenen AN in die Betriebsorganisation des Beschäftigers.“ *Tomandl* vertritt, wie bereits erwähnt, dass bei Vorliegen eines Werkvertrags niemals Arbeitskräfteüberlassung vorliegen kann und daher nur zwischen Werkvertrag und „Arbeitsleihvertrag“ zu unterscheiden sei.¹¹⁷ Der § 4 Abs 2 AÜG wiederhole in den Z 1, 3 und 4 Elemente des Werkvertragsbegriffs, die Z 2 könne zur Unterscheidung nichts beitragen.¹¹⁸

Die Annahme von Arbeitskräfteüberlassung bei Erfüllung nur einer Ziffer des § 4 Abs 2 AÜG, wie teilweise vom VwGH vertreten, stimmt daher nicht mit der weit überwiegenden Meinung in der Lehre überein. Stattdessen sei eine Gesamtabwägung vorzunehmen.¹¹⁹ *Mazal* versucht in dieser Meinungsverschiedenheit zu vermitteln: Die Elemente des § 4 Abs 2 AÜG seien sorgfältig und wertend auszulegen, wobei „ebenfalls eine gesamtbildhafte Beurteilung“ stattzufinden hat.¹²⁰

Es lassen sich daher grob zwei Auslegungsvarianten des § 4 Abs 2 AÜG unterscheiden. Die Lehre verlangt zur Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung überwiegend die Vornahme einer Gesamtabwägung, durch die geprüft werden soll, ob der Werkbesteller über den AN des Werkunternehmers wie über einen eigenen AN verfügen kann.¹²¹ Der VwGH lässt demgegenüber (zumindest manchmal) schon die Erfüllung nur einer der Ziffern genügen um einen Drittpersonaleinsatz als Arbeitskräfteüberlassung zu qualifizieren.

Im Folgenden werden die aufgefundenen Argumente den einzelnen Auslegungsmethoden zugeordnet und ergänzt. Die gefundenen Erkenntnisse werden dann einer Stellungnahme zugrunde gelegt.

B. Wortlaut(grenze)

Der Wortlaut des § 4 Abs 2 spricht eindeutig für die isolierte Prüfung der einzelnen Ziffern. Die einzelnen Ziffern werden mit „oder“ verbunden, was gegen kumulative Tatbestandsmerkmale spricht.¹²²

¹¹⁷ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 19 ff.

¹¹⁸ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 19 ff.

¹¹⁹ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 378.

¹²⁰ *Mazal* in FS Krejci 1604 ff.

¹²¹ Vgl insb *Schrammel*, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995) 89 aber auch *Bachler* (Ausländerbeschäftigung 11 ff, 65 f), der in seinem Buch überhaupt auf die Prüfung des AN-Begriffs verweist. Darauf laufen auch jene Lehrmeinungen hinaus, die auf das Vorliegen eines Weisungsrechts des Werkbestellers und/oder der Eingliederung des AN in dessen Betrieb abstellen.

¹²² *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

Es ist sogar fraglich, ob ein anderes Ergebnis, als die strikte Alternativität der einzelnen Ziffern noch mit dem Wortlaut vereinbar ist. Betrachtet man nur den § 4 Abs 2 AÜG scheint die Grenze zur Rechtsfortbildung jedenfalls überschritten. Allerdings spricht der Wortlaut der §§ 1-3 AÜG dafür, dass auch eine Gesamtabwägung noch durch den Wortlaut erfasst wird. Nach § 1 AÜG gilt dieses Gesetz „für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.“ Die Überlassung wird in § 3 Abs 1 AÜG weiter definiert als „die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.“ Der Beschäftiger setzt gem § 3 Abs 3 AÜG „Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben“ ein. § 1 AÜG regelt also den Anwendungsbereich des Gesetzes, § 3 AÜG definiert die verwendeten Begriffe. Auf diesen Normen baut erkennbar § 4 AÜG auf, der unter der Überschrift „Beurteilungsmaßstab“ steht. Bereits diese Überschrift deutet darauf hin, dass diese Bestimmung nur die Beurteilung im Einzelfall erleichtert und nicht der Anwendungsbereich auf Fälle ausgedehnt werden soll, die nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls nicht unter § 1 AÜG fallen. So hält § 4 Abs 1 AÜG nur fest, dass bei der Prüfung „der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.“ ist.¹²³ Die Materialien bezeichnen § 4 als „Orientierungshilfe“.¹²⁴ Beachtet man also den Wortlaut der anderen Bestimmungen und insb die Überschrift „Beurteilungsmaßstab“ des § 4 AÜG, so liegt es mE durchaus noch innerhalb der Wortlautgrenze, wenn man die einzelnen Ziffern des Abs 2 nicht alleine prüft, sondern verlangt, dass der Sachverhalt gleichzeitig noch innerhalb der äußersten Grenze dessen liegt, was unter den Grundtatbestand der Überlassung gem §§ 1 und 3 AÜG fällt. Es ist daher auch mit dem Wortlaut der §§ 1 – 4 AÜG vereinbar, wenn man eine Gesamtabwägung verlangt.

Somit sind beide Auslegungsvarianten grds mit dem Wortlaut der Bestimmung(en) vereinbar. Es ist allerdings festzuhalten, dass die Verknüpfung der Ziffern mit „oder“ eher für eine isolierte Prüfung der Z 1 - 4 spricht.

¹²³ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 75: Die wirtschaftliche Betrachtungsweise nach § 4 Abs 1 AÜG verlangt ein Abstellen auf die tatsächliche Durchführung. Dies ergibt sich außerdem bereits aus § 914 ABGB (*Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 17). Das Abstellen auf die tatsächliche Handhabung kann außerdem mit den selben Argumenten wie bei der AN-Eigenschaft gerechtfertigt werden, vgl dazu *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 63 f.

¹²⁴ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

C. Entstehungsgeschichte und Materialien

Das AÜG geht auf zwei Forschungsarbeiten von *Schnorr* und *Geppert* zurück, die im Auftrag des Ministeriums entstanden sind.¹²⁵ *Schnorr* weist auf die Möglichkeit der Umgehung der Arbeitskräfteüberlassung durch WV hin.¹²⁶ Selbst wenn der Erfüllungsgehilfe in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sei, müsse dieser „atypische Werkvertrag“ allerdings nicht der Überlassung gleichgestellt werden, wenn der Werkunternehmer weiterhin das Unternehmerrisiko trage, er überwiegend das Weisungsrecht ausübe und das Leistungsversprechen individualisierbar sei. An einem deutschen Gesetzesvorschlag, der sogleich näher dargestellt wird, kritisierte *Schnorr*, dass eine bloß widerlegbare Vermutung das Abgrenzungsproblem nicht löse, sondern nur die Beweislast verschiebe.¹²⁷ *Geppert* hat sich ebenfalls intensiv mit der Problematik beschäftigt.¹²⁸ Er schlägt vor darauf abzustellen, dass die „wesentlichen Kriterien des Werkvertrages [...] in ihrer Gesamtheit vorliegen“. Er nennt dann mehrere Kriterien, die offensichtlich als Vorlage der nunmehrigen § 4 Abs 2 Z 1-4 AÜG dienen. Angeführt wird die Übernahme der „vollen Verantwortung“ für die Herstellung des Erfolgs (vgl Z 4), das Verbleiben der Ermächtigung für die „erforderlichen fachlichen, organisatorischen und zeitlichen Dispositionen beim Werkunternehmer“ (vgl Z 3) und das Vorliegen eines unterscheidbaren Arbeitsergebnisses (vgl Z 1). Er konzentriert sich insb auf letzteres Element. Wenn der Erfolg ein Bestandteil des Produktionsergebnisses des Bestellers sei oder ein Teil der „zum normalen Arbeitsgang gehörenden arbeitstechnischen Bearbeitung“ der Produkte des Werkbestellers sei, so liege Überlassung vor. Dies deshalb, weil dann ein „bis ins Detail vorbestimmter Arbeitsgang“ anzunehmen sei. *Geppert* beruft sich dabei auf Meinungen in der deutschen Lehre¹²⁹ und den, auch von *Schnorr* angeführten, Entwurf zur Novellierung des dAÜG, in dem ebenfalls durch einen Vermutungstatbestand die Grenzen der Arbeitskräfteüberlassung geschärft werden sollten.¹³⁰ In diesem Entwurf wurde auch, wie nunmehr in § 4 Abs 2 Z 2 AÜG, auf das Material und Werkzeug abgestellt, ein Punkt

¹²⁵ Vgl ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 14.

¹²⁶ Dazu und zum Folgenden *Schnorr*, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung (1979) 30 f.

¹²⁷ *Schnorr*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 35.

¹²⁸ *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 107 ff.

¹²⁹ Vgl insb *Göbel*, Arbeitnehmerüberlassung, Werkverträge und verschobene Arbeitsgeberrisiken (I), BStSozArbR 1973, 309 und *Göbel*, Arbeitnehmerüberlassung, Werkverträge und verschobene Arbeitsgeberrisiken (II), BStSozArbR 1973, 324.

¹³⁰ Abgedruckt in *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 228 und *Becker*, Zur Abgrenzung des AN-Überlassungsvertrages gegenüber anderen Vertragstypen mit drittbezogenem Personaleinsatz, ZfA 1978, 131 (148).

den *Geppert* für das AÜG nicht vorgeschlagen hat. Allerdings fehlt dem Entwurf eine dem § 4 Abs 2 Z 1 AÜG vergleichbare Bestimmung. Abgestellt wird nur darauf, ob die AN des Werkunternehmers die gleiche Arbeit ausführen wie die des Werkbestellers.¹³¹

Der offensichtlich sehr enge Zusammenhang mit den Entwicklungen in Deutschland¹³² verlangt zwei kritische Anmerkungen. Erstens ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzesentwurf in Deutschland nicht umgesetzt wurde,¹³³ der deutsche Gesetzgeber gibt bis heute bewusst keine Abgrenzungskriterien vor.¹³⁴ In Umsetzung des Koalitionsvertrags 2013 könnte sich das allerdings ändern.¹³⁵ Zweitens muss darauf aufmerksam gemacht werden, dass der Entwurf zum dAÜG nur eine **widerlegbare** Vermutung der Überlassung aufstellte,¹³⁶ was auch in der Lehre Zustimmung fand.¹³⁷ Zwar wurde teilweise in der deutschen Lehre wegen der ansonsten drohenden Rechtsunsicherheit¹³⁸ auch eine unwiderlegbare Vermutung der Arbeitskräfteüberlassung gefordert.¹³⁹ Mit dieser Forderung ging aber eine Ablehnung mancher Umgehungsmerkmale einher (insb des Abstellens auf Materialien und Werkzeug). Voraussetzung einer unwiderlegbaren Vermutung sollte außerdem das **kumulative** Vorliegen verschiedener Merkmale sein.¹⁴⁰ In Deutschland wurden daher zum Zeitpunkt der Schaffung des österr AÜG, soweit zu sehen, zwei unterschiedliche Lösungen vertreten. Entweder eine widerlegbare gesetzliche Vermutung bei Erfüllung bereits eines von mehreren eher weit formulierter Merkmalen, oder eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung bei kumulativer Erfüllung aller (eng gefassten) Merkmale. Das österr AÜG kombiniert in seinem § 4 Abs 2 AÜG, zumindest in seiner Auslegung durch den VwGH, die auch der Wortlaut nahelegt, weit gefasste, alternative Merkmale mit der Rechtsfolge

¹³¹ Vgl kritisch *Becker*, ZfA 1978, 149 f.

¹³² Zu diesem Zusammenhang *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 81 (FN 396); vgl zum Folgenden auch *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

¹³³ *Becker*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber Werk- und Dienstverträgen, DB 1988, 2561.

¹³⁴ *Sansone*, Gleichstellung 99 f (FN 429).

¹³⁵ *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

¹³⁶ *Becker*, Zur gesetzlichen Entwicklung auf dem Gebiet der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, BStSozArbR 1976, 225 (228); *Becker*, ZfA 1978, 149.

¹³⁷ *Halbach*, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte des Einsatzes von Leiharbeitnehmern und Unternehmerarbeitern, DB 1980, 2389 (2393). Kritisch *Schnorr*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 35.

¹³⁸ *Becker*, BStSozArbR 1976, 231.

¹³⁹ *Becker*, ZfA 1978, 149 f.

¹⁴⁰ *Becker*, ZfA 1978, 150.

einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung. Diese Kombination von Tatbestand und Rechtsfolge wurde damals in Deutschland nie vertreten. Auch wenn die dargestellte Entstehungsgeschichte kaum methodisches Gewicht hat, so gibt sie dennoch einen ersten Eindruck davon, dass eine streng am Wortlaut des § 4 Abs 2 AÜG orientierte Auslegung möglicherweise kein schlüssiges Ergebnis liefern wird.

Die Materialien weisen ausdrücklich auf die genannten Vorarbeiten hin¹⁴¹ und deuten einerseits in die Richtung, dass bei Erfüllung einer der Z 1-4 das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung unwiderlegbar vermutet wird:¹⁴² „Sofern ein für den Werkvertrag typisches Merkmal nicht vorhanden ist (Z 1, 2 und 4) oder ein für den Werkvertrag völlig untypisches Merkmal (Z 3) gegeben ist, wird das Vorliegen des Tatbestandes der Arbeitskräfteüberlassung angenommen.“¹⁴³ Diese erfolge „um der Erfahrung Rechnung zu tragen, daß häufig die Überlassung von Arbeitskräften den eigentlichen Zweck des Werkvertrages bildet.“¹⁴⁴ Es gibt aber auch zwei Hinweise in den Materialien, die gegen diese Auslegung sprechen. Erstens kann man in der zitierten Stelle einen (schwachen) Hinweis auf den Vorrang der Z 3 finden, weil dieses Element als „völlig untypisch“ bezeichnet wird, während die anderen nur „untypisch“ seien.¹⁴⁵ Zweitens wird zur Begründung der Z 1 darauf hingewiesen, dass die „Rückführbarkeit des Arbeitsergebnisses auf den Werkunternehmer [...] vor allem die ihm hinsichtlich der Werkentstehung zukommende Dispositionsgewalt“ verlangt.¹⁴⁶ Diese „Dispositionsgewalt“ entspricht aber wohl der „Dienst- und Fachaufsicht“ der Z 3. Die Z 1 soll also anscheinend nur das Vorliegen der Z 3 indizieren. Aus den Materialien ergibt sich daher kein eindeutiger Hinweis auf die zugrundeliegende gesetzgeberische Wertung. Dies macht die teleologische und systematische Interpretation umso wichtiger.

D. Teleologische Auslegung

Seit der Einführung des AÜG wurde eine Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG anhand des Gesetzeszwecks gefordert.¹⁴⁷ Die Lehre ist dieser Aufforderung gefolgt,¹⁴⁸ auch in

¹⁴¹ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 14.

¹⁴² So auch VwGH 22.10.1996, 94/08/0178.

¹⁴³ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

¹⁴⁴ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

¹⁴⁵ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

¹⁴⁶ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

¹⁴⁷ Grillberger, Neuerungen durch das AÜG, wbl 1988, 313.

¹⁴⁸ Insb Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung 89.

Deutschland spielt der Gesetzeszweck bei der Abgrenzung des Werkvertrags von der Überlassung eine wichtige Rolle.¹⁴⁹ § 4 Abs 2 AÜG beeinflusst die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des AÜG. Abzustellen ist daher auf den Zweck des gesamten AÜG.¹⁵⁰ Der Gesetzgeber hat in § 2 AÜG die von ihm verfolgten Zwecke explizit offengelegt.

Wesentlicher Zweck des AÜG ist der Schutz der überlassenen Arbeitskraft (§ 2 Abs 1 Z 1 AÜG). In den Materialien wird die Wichtigkeit dieses Zwecks hervorgehoben.¹⁵¹ Die Priorität dieses Ziels wird sich auch durch den Einfluss der Leiharbeits-RL nicht verändern, da diese ebenfalls den Schutz der Leiharbeiter als zentrales Ziel hat.¹⁵² Zum dAÜG wurde teilweise auf den Zweck abgestellt, die AN vor unseriösen AG ohne Kapital und Betriebsorganisation zu schützen.¹⁵³ Zwar wird auch in den Materialien des AÜG auf „dubiose Geschäftspraktiken und fehlende finanzielle Grundlagen“ der Überlasser hingewiesen.¹⁵⁴ Die überlassene Arbeitskraft ist allerdings nicht primär wegen mangelnder Seriosität der Überlasser schutzbedürftig.¹⁵⁵ Als Grund für die Schutzbedürftigkeit ist vielmehr die Schwächung kollektiver Mechanismen und die Schwächung des AN auf einzelvertraglicher Ebene zu sehen.¹⁵⁶ Zentral ist, dass dem überlassenen AN mit dem Beschäftiger ein zweiter Arbeitgeber gegenübersteht,¹⁵⁷ die Materialien sehen den überlassenen AN „im Spannungsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftiger“. ¹⁵⁸ Insb *Schrammel* stellt diesen Zweck ins Zentrum seiner Auslegung des § 4 Abs 2,¹⁵⁹ „eine besondere Schutzbedürftigkeit der Erfüllungsgehilfen ist aber nur dann gegeben, wenn sie im Betrieb des Werkbestellers wie eigene Arbeitskräfte des Werkbestellers eingesetzt werden.“¹⁶⁰ Abzustellen sei daher auf die Eingliederung im Betrieb des Werkbestellers. Dem liegt zutreffend der Gedanke zugrunde, dass dem AN (nur) dann ein weiterer,

¹⁴⁹ *Wank* in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁴ § 1 AÜG Rz 19 ff; *Sansone*, Gleichstellung 106.

¹⁵⁰ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 378.

¹⁵¹ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 13: „absoluter Vorrang“

¹⁵² Vgl zur Zielsetzung der RL mit ausführlicher Begründung *Sansone*, Gleichstellung 448 ff.

¹⁵³ *Wank* in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁴ § 1 AÜG Rz 20.

¹⁵⁴ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 13.

¹⁵⁵ Vgl zum dAÜG *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 140.

¹⁵⁶ *Schindler* in *ZellKomm²* § 2 AÜG Rz 4.

¹⁵⁷ *Schindler* in *ZellKomm²* § 2 AÜG Rz 4; *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 93: „faktisches Abhängigkeitsverhältnis“.

¹⁵⁸ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

¹⁵⁹ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012 378; *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014). So auch für Deutschland *Sansone*, Gleichstellung 106.

¹⁶⁰ *Schrammel*, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung 89.

faktischer AG gegenübersteht. Das spricht dafür, bei der Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung auf die Verfügungsbefugnis des einsetzenden Unternehmens abzustellen.

Es bleibt zu überprüfen, ob die anderen in § 2 AÜG genannten Zwecke diesem Ergebnis widersprechen. Nach § 2 Abs 3 bezweckt das AÜG auch den Schutz der StammAN im Beschäftigterbetrieb, *Schindler* sieht darin den maßgeblichen Grund für die Schaffung des AÜG.¹⁶¹ Der Grund dieser Schutzbedürftigkeit liegt in der Konkurrenzsituation zwischen überlassenen AN und StammAN.¹⁶² Abstrakt betrachtet schafft jede Fremdvergabe einer Aufgabe (insb im Rahmen eines Werkvertrags) eine gewisse Konkurrenzsituation für die StammAN eines Unternehmens. Zum einen ist die Fremdvergabe von Aufgaben und damit die Arbeitsteilung aber eine wichtige Grundlage der Wirtschaft.¹⁶³ Zum anderen zeigt das AÜG, dass es diese Konkurrenzsituation nur in gewissen Fällen zu Gunsten der StammAN regulieren will. Da der Gesetzgeber also nicht jede Form des Drittpersonaleinsatzes dem AÜG unterwerfen will, geht er offensichtlich davon aus, dass die Konkurrenzsituation in bestimmten Fällen unmittelbarer und daher für die StammAN bedrohlicher ist. Die Konkurrenz zwischen den StammAN und den (überlassenen) AN des Werkunternehmers wird umso stärker, je ähnlicher ihre Einsatzmöglichkeiten für den Werkbesteller sind. Nur wenn der Dienstleistungsempfänger über die AN, die bei ihm tätig sind, beinahe ebenso verfügen kann wie über die eigenen StammAN, werden diese in vieler Hinsicht ersetzbar. Der Dienstleistungsempfänger könnte dann (gäbe es nicht die Sonderregelungen des AÜG) abhängig Beschäftigte nach eigenem Gutdünken einsetzen, ohne dass ihn diesen AN gegenüber besondere Verpflichtungen treffen würden. Arbeitskräfte des Dienstleisters, die im Betrieb des Dienstleistungsempfängers (Werkbesteller/Beschäftigter) tätig werden, sind also nur dann eine besondere „Gefahr“ für die dort arbeitenden StammAN, die das Eingreifen der Regelungen des AÜG rechtfertigt, wenn sie wie diese dem Dienstleistungsempfänger gegenüber weisungsgebunden sind. Dieser Gedanke spielt auch bei der Grenzziehung der unionsrechtlich zulässigen Abschottung der nationalen Arbeitsmärkte eine Rolle (vgl unten VI.B.2.). Auch der Schutz der StammAN rechtfertigt es daher, bei der Prüfung des

¹⁶¹ *Schindler* in Zellkomm² § 2 AÜG Rz 5 f.

¹⁶² Vgl *Schindler* in Zellkomm² § 2 AÜG Rz 6 „Schmutzkonkurrenz“.

¹⁶³ *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

Vorliegens einer Überlassung auf das Verhältnis des Werkbestellers zu den AN des Werkunternehmers abzustellen.

Auch der letzte im Gesetz genannte Zweck widerspricht diesem Ergebnis nicht. Nach § 2 Abs 1 Z 2 AÜG bezweckt das AÜG „die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen.“ Gerade in der Belastung bisher üblicher Werkverträge und damit der sinnvollen Arbeitsteilung durch das AÜG könnte eine arbeitsmarktpolitisch nachteilige Entwicklung gesehen werden.¹⁶⁴ In diese Richtung gehen auch die Materialien, nach denen Werkverträge, sofern sie nicht der Umgehung des AÜG dienen, „keinesfalls erschwert oder verhindert werden“ sollen,¹⁶⁵ was für eine restriktive Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG spricht. Der Zweck Umgehungen zu verhindern, spricht schließlich auch gegen die Konzentration der Prüfung auf bestimmte Kriterien, weil dadurch (ähnlich wie beim AN-Begriff)¹⁶⁶ der gezielten Vermeidung dieser Kriterien in der Praxis vorgebeugt wird.

E. Systematische Auslegung

Wie schon bei der Bestimmung der Wortlautgrenze ausgeführt wurde und insb auch *Mazal* hervorgehoben hat,¹⁶⁷ darf § 4 Abs 2 AÜG nicht isoliert betrachtet werden. § 4 Abs 1 AÜG will nur die Prüfung beeinflussen „ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt“. Auch die Materialien sprechen davon, dass § 4 AÜG eine „Orientierungshilfe“ sein soll.¹⁶⁸ Wie auch die Überschrift des § 4 AÜG zeigt („Beurteilungsmaßstab“), bezieht sich diese Bestimmung also auf den Grundtatbestand des § 1 Abs 1 AÜG, der „Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.“ § 3 Abs 1 AÜG bezeichnet die Überlassung als „Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte“. Im Schrifttum versteht man darunter die Übertragung der Verfügungsmacht über den AN, insb die Übertragung des Weisungsrechts,¹⁶⁹ und die Eingliederung in den Betrieb des Beschäftigers.¹⁷⁰ § 4 Abs 2 Z 3 AÜG nennt nun ebenfalls diese Kriterien, also die organisatorische Eingliederung und die Dienst- und Fachaufsicht,

¹⁶⁴ *Schnorr* (Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 36 f) sieht einen starken Unterschied in der „arbeitsmarktpolitischen Zielsetzung“ zwischen der gewerbsmäßigen AÜ und „atypischen Werkverträgen“.

¹⁶⁵ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

¹⁶⁶ Vgl dazu *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 84.

¹⁶⁷ *Mazal* in FS Krejci 1597 ff; *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 378.

¹⁶⁸ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

¹⁶⁹ *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 120; *Mazal* in FS Krejci 1597 f; *Geppert*, AÜG 17.

¹⁷⁰ *Geppert*, AÜG 17 mit Hinweis auf die Rsp; *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 378.

worunter nach Lehre und Materialien das Weisungsrecht zu verstehen ist.¹⁷¹ Lässt man dann bei Erfüllung nur einer Ziffer Arbeitskräfteüberlassung vorliegen, würde das bedeuten, dass auch ohne Erfüllung der Z 3 und daher ohne Vorliegen von Eingliederung und Weisungsbefugnis das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung bejaht werden kann. Dann handelt es sich bei § 4 Abs 2 AÜG aber nicht mehr um einen bloßen „Beurteilungsmaßstab“, sondern um eine erhebliche Erweiterung des Grundtatbestandes der §§ 1 und 3 AÜG. Die Überschrift des § 4 AÜG und die eindeutige Bezugnahme dieser Bestimmung auf den bereits in den §§ 1 und 3 AÜG abgesteckten Anwendungsbereich des Gesetzes sprechen dagegen, dass § 4 Abs 2 AÜG zur Gänze von der Prüfung entbinden will, ob Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb des Werkbestellers vorliegt. Dies spricht gegen die Bejahung von Arbeitskräfteüberlassung, wenn nur eine Ziffer erfüllt ist.

F. Stellungnahme

Bereits die Entstehungsgeschichte der Norm zeigt, dass sich eine Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG nicht streng am Wortlaut dieser Bestimmung orientieren sollte. Die Materialien enthalten Anhaltspunkte dafür, dass die Prüfung der Dispositionsgewalt des Werkbestellers/Beschäftigers über die AN des Werkunternehmers/Überlassers im Mittelpunkt der Prüfung stehen soll. Diese Auslegung entspricht auch der Zielsetzung des AÜG. Nur wenn dem AN wegen der Verfügungsbefugnis des einsetzenden Unternehmens ein zweiter, faktischer AG gegenübersteht, liegt die besondere Schutzwürdigkeit vor, die das Eingreifen des AÜG notwendig macht.¹⁷² Einzig in diesen Fällen treten die AN im Betrieb des Dienstleistungsempfängers auch in eine direkte Konkurrenzsituation zu den StammAN, die dann ebenfalls des Schutzes durch das AÜG bedürfen. Die systematische Interpretation hat gezeigt, dass § 4 AÜG als bloßer „Beurteilungsmaßstab“ den Begriff der Arbeitskräfteüberlassung nicht auf solche Sachverhalte ausdehnen will, in denen das Kernelement der Überlassung, die Übertragung von Verfügungsmacht über den AN, nicht vorliegt.¹⁷³ Im Ergebnis ist daher zu prüfen, ob der Werkbesteller/Beschäftiger über den AN des Werkunternehmers/Überlassers ähnlich wie über einen eigenen AN verfügen

¹⁷¹ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 18. *Schindler* in *ZellKomm*² § 4 AÜG Rz 11.

¹⁷² Ähnlich bereits *Schrammel*, *Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung* 89.

¹⁷³ Ähnlich bereits *Mazal*, *DRdA* 1989, 217.

kann.¹⁷⁴ Damit wird den gleichlautenden Meinungen in der Lehre gefolgt.¹⁷⁵ Das Ergebnis entspricht auch jenen Meinungen im Schrifttum, die ein Weisungsrecht des Beschäftigers¹⁷⁶ und/oder die Eingliederung der AN in dessen Betrieb prüfen wollen,¹⁷⁷ weil Weisungsbindung und Eingliederung wesentliche Elemente der AN-Eigenschaft sind.¹⁷⁸

Es wäre begrifflich unnötig unscharf, auf eine „Gesamtabwägung“ abzustellen. Vielmehr rückt dieses Auslegungsergebnis eindeutig § 4 Abs 2 **Z 3** AÜG in den Vordergrund der Prüfung.¹⁷⁹ Z 3 stellt auf die organisatorische Eingliederung und die Dienst- und Fachaufsicht ab, worunter nach Lehre und Materialien das Weisungsrecht zu verstehen ist.¹⁸⁰ Diese Bestimmung entspricht also den Elementen zur Prüfung der AN-Eigenschaft.¹⁸¹ § 4 Abs 2 Z 3 wiederholt damit die wesentlichen Merkmale der Arbeitskräfteüberlassung, zu deren Konkretisierung sie eigentlich dienen soll. Das spricht eindeutig gegen die Rechtsmeinung des VwGH, bereits die Erfüllung einer Ziffer genüge für die unwiderlegbare Vermutung der Arbeitskräfteüberlassung. Die Prüfung der Z 3 ist jedenfalls notwendig. Unzulässig wäre es daher jedenfalls, zu sagen, dass Arbeitskräfteüberlassung etwa wegen der Erfüllung der Z 2 vorliegt, obwohl Z 3 nicht erfüllt ist, weil man dann Arbeitskräfteüberlassung ohne das notwendige Element der Ermächtigung des Beschäftigers zur Weisungserteilung bejahen könnte. Ansonsten würde man die Grenze dessen überschreiten, was von den §§ 1 und 3 AÜG als Arbeitskräfteüberlassung beschrieben wird. Eine Gleichrangigkeit und ein Alternativverhältnis der Z 1 – 4 sind daher abzulehnen. *Stattdessen steht Z 3 über den anderen Ziffern. Sie beschreibt jenen Tatbestand, der durch die anderen Ziffern nur indiziert werden soll.*¹⁸² Dieses Ergebnis entspricht auch vereinzelt E des VwGH.¹⁸³ Der

¹⁷⁴ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 378.

¹⁷⁵ *Schrammel*, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung 89. *Bachler* (Ausländerbeschäftigung 11 ff, 65 f) verweist in seinem Buch auf die Prüfung des AN-Begriffs.

¹⁷⁶ Vgl für Deutschland insb *Hamann*, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen (1995) 155: „Denn es gibt nur ein einziges Abgrenzungskriterium, die Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts.“

¹⁷⁷ *Kerschner*, DRdA 1989, 136; *Mazal*, DRdA 1989, 217; vgl oben A. Zum deutschen Recht *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 111.

¹⁷⁸ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 378.

¹⁷⁹ Dazu und zum Folgenden *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 378.

¹⁸⁰ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 18. *Schindler* in *ZellKomm*² § 4 AÜG Rz 11.

¹⁸¹ So auch *Schindler* in *ZellKomm*² § 4 AÜG Rz 10.

¹⁸² *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 378.

¹⁸³ Vgl VwGH 15.05.2009, 2006/09/0157; VwGH 23.04.2009, 2009/09/0049; VwGH 16.09.2010, 2010/09/0059.

VwGH stellt in diesen E auf die Unterordnung des AN unter den Werkbesteller ab.¹⁸⁴ Geprüft wird also, ob die Beziehung zwischen AN und Werkbesteller jener zwischen AN und AG so angenähert wird, dass die Schutzbedürftigkeit des AN und damit Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Dieses Ergebnis ist mit dem Wortlaut des AÜG vereinbar, da den einzelnen Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG durchaus Indizwirkung für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung zugestanden wird (vgl unten VII.D.). Wie oben (B.) gezeigt wurde, ist es mit dem Wortlaut des AÜG vereinbar, dass unabhängig von der Indizwirkung des „Beurteilungsmaßstabs“ § 4 Abs 2 AÜG noch geprüft wird, ob der Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung gem den §§ 1 und 3 AÜG erfüllt ist. Bei dieser Prüfung kommt es dann auf die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Beschäftiger an, die in § 4 Abs 2 Z 3 AÜG nur wiederholt wird.

Im Folgenden wird der Einfluss des Unionsrechts auf die hier diskutierte Fragestellung dargestellt, im Anschluss wird näher auf die Weisungsgebundenheit/Eingliederung und andere relevante Elemente der Prüfung eingegangen.

VI. Einfluss des Unionsrechts

A. Einleitung

Die Unterscheidung zwischen Industriedienstleistung (Werkverträgen) und Arbeitskräfteüberlassung ist im Unionsrecht sowohl im Primär- als auch Sekundärrecht von Bedeutung.¹⁸⁵ In der E *Vicoplus* hat der EuGH zur Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung von anderen Formen der Dienstleistungserbringung Stellung genommen.¹⁸⁶ Bei der Untersuchung dieses Urteils ist zuerst zu klären, wie es im Anlassfall zu der Notwendigkeit einer unionsrechtlichen Beurteilung dieser Problematik

¹⁸⁴ Vgl VwGH 15.05.2009, 2006/09/0157: „Ein Unterordnungsverhältnis liegt aber nach den Feststellungen der belangten Behörde jedenfalls vor. Im vorliegenden Fall ist daher davon auszugehen, dass es sich bei den von den ausländischen Arbeitnehmern erbrachten Tätigkeiten nicht um Tätigkeiten entsendeter Arbeitnehmer eines ausländischen Unternehmens in Erfüllung eines Werkvertrages im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit eines slowakischen Unternehmens, sondern um Arbeitskräfteüberlassung handelt.“ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 378.

¹⁸⁵ *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

¹⁸⁶ EuGH 10.02.2011, verb Rs C 307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453. Vgl zu diesem Urteil *Peneva-Gädeke*, Begriff der Arbeitnehmerentsendung – Zugang polnischer Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt früherer Unionsmitgliedstaaten, *EuZW* 2011, 347; *Oberndorfer*, Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung – ein europarechtlicher Januskopf, *DRdA* 2012, 23; *Gundt*, Working person = worker = employee? *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2011, 366 (374 ff).

gekommen ist, bevor dann die unionsrechtliche Definition der Arbeitskräfteüberlassung dargestellt wird. Daraufhin werden die Auswirkungen des Urteils auf die nationale Rechtslage untersucht, indem die Definition durch den EuGH der eben dargelegten nationalen Auslegung gegenübergestellt wird. Dabei ist auch die Frage zu beantworten, ob das Unionsrecht das Verhältnis von Werkvertragsrecht und Arbeitskräfteüberlassung im nationalen Recht nur in bestimmten (insb grenzüberschreitenden) Sachverhalten beeinflusst oder generell, also auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten.

B. Das Urteil *Vicoplus*¹⁸⁷

1. Grundfreiheiten, Beitrittsakte und Arbeitskräfteüberlassung

Die verb Rs *Vicoplus* beruht auf Vorabentscheidungsersuchen Niederländischer Gerichte. Die E des EUGH betrifft aber, wie zu zeigen sein wird, auch die Rechtslage in Österreich. Ausgangspunkt ist die Abgrenzung der Dienstleistungs- von der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung im Rahmen eines Werkvertrags unterliegt der Dienstleistungsfreiheit (Art 56 AEUV). Die Überlassung von AN ist nach stRsp des EuGH eine Dienstleistung iSd Art 56 AEUV.¹⁸⁸ Gleichzeitig anerkennt der EuGH aber, dass die Überlassung auch einen gewissen Zusammenhang zur Arbeitnehmerfreizügigkeit hat, wenngleich er deren Anwendbarkeit auf überlassene AN bisher nur in Aussicht gestellt hat.¹⁸⁹ Diese Sonderstellung der Arbeitskräfteüberlassung zwischen den beiden Grundfreiheiten wurde im Zusammenhang mit den Beitrittsverträgen der 2004 beigetretenen mittelosteuropäischen Mitgliedsstaaten (Tschechische Republik, Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowenien, Slowakei und Ungarn) relevant. Den bisherigen Mitgliedsstaaten wurde darin erlaubt, für bis zu sieben Jahre eine Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit bzgl der AN der Beitrittsstaaten vorzusehen. Deutschland und Österreich wurde außerdem die Möglichkeit eingeräumt, die Dienstleistungsfreiheit einzuschränken, allerdings nur in bestimmten, taxativ aufgezählten Sektoren. Abgesehen davon erlaubten die Beitrittsverträge eine Einschränkung der

¹⁸⁷ Die folgenden Ausführungen entsprechen weitgehend und teilweise wortgleich dem Beitrag *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 372 ff. Dieser Beitrag geht auf ein Gutachten zurück, das die Verfasser erstattet haben.

¹⁸⁸ *Franzen*, Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011, 255 (256).

¹⁸⁹ *Franzen*, ZAS 2011, 257; *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

Dienstleistungsfreiheit also grds nicht. Die Arbeitskräfteüberlassung war keiner dieser Sektoren. Österreich hat bis zum 01.05.2011 sowohl eine Einschränkung der Dienstleistungs- als auch der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorgesehen. Dabei war fraglich, ob die Übergangbestimmungen den „alten“ Mitgliedsstaaten auch eine Einschränkung der Arbeitskräfteüberlassung aus den „neuen“ Mitgliedsstaaten erlaubten.

Ausgangspunkt des Urteils *Vicoplus* ist das Handeln Niederländischer Behörden. Sie verlangten von AN, die aus Polen überlassen wurden, eine Arbeitserlaubnis. Das Urteil des EuGH gliedert sich in zwei Teile. Im ersten Teil klärt der EuGH, dass auch die Einschränkung der Arbeitnehmerüberlassung von der vorübergehenden Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in den Beitrittsverträgen gedeckt ist. Das, obwohl es sich dabei um eine Dienstleistung iSd Art 56 f AEUV handelt. Er begründet das damit, dass diese Dienstleistungen „gerade darin bestehen, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats Arbeitnehmer zuzuführen“ und der Überlassene „typischerweise auf einem Arbeitsplatz im verwendenden Unternehmen verwendet wird, der sonst mit einem Arbeitnehmer dieses Unternehmens besetzt worden wäre.“¹⁹⁰ Die ausdrückliche Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit in den Beitrittsakten nur für Deutschland und Österreich vermag im Rahmen einer systematischen Interpretation nichts an diesem Ergebnis zu verändern.¹⁹¹ Die nationale Maßnahme kann also bereits durch die Übergangsmaßnahmen gerechtfertigt werden. Die Frage ihrer Vereinbarkeit mit den Art 56 f AEUV stellt sich daher nicht.¹⁹²

Der EuGH bejaht also auf Basis der Beitrittsakte während der Übergangsfrist eine Möglichkeit der Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Diese Möglichkeit begrenzt er allerdings auf die Überlassung von Arbeitnehmern. Liegt keine Überlassung vor und wird die Dienstleistung dennoch eingeschränkt, liegt ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit vor, der bei unmittelbarer Diskriminierung (Anknüpfung an die Nationalität im Ausländerbeschäftigungsrecht) nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt werden kann.¹⁹³ Wegen dieser Differenzierung ist es notwendig, dass das Unionsrecht eine Grenze des Begriffs der Arbeitskräfteüberlassung vorgibt, damit die Mitgliedstaaten nicht unter Berufung auf diese Ausnahme die Dienstleistungsfreiheit unterwandern.

¹⁹⁰ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 30 f.

¹⁹¹ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 40. Vgl dazu krit *Peneva-Gädeke*, EuZW 2011, 352.

¹⁹² EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 24.

¹⁹³ Art 62 AEUV verweist auf Art 52 AEUV.

2. Definition der Überlassung¹⁹⁴

Der EuGH arbeitet im zweiten Teil des Urteils sehr gründlich mehrere Merkmale der Arbeitskräfteüberlassung heraus. Er kommt damit der Bitte des vorlegenden Gerichts um eine Definition der Entsendung iSd Art 1 Abs 3 lit c EntsendeRL¹⁹⁵ nach.

Aus der E *Webb*¹⁹⁶ leitet der EuGH ab, dass „die Überlassung von Arbeitnehmern eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung im Sinne des Art 57 Abs 1 AEUV“ ist. Aus dieser E übernimmt er außerdem, dass Überlassene für den Beschäftiger arbeiten, „ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem Entleiher geschlossen wird.“¹⁹⁷ Ein Arbeitsverhältnis besteht stattdessen für die Dauer der Entsendung zwischen dem AN und dem Überlasser, wie der EuGH aus Art 1 Abs 3 lit c Entsende-RL ableitet.¹⁹⁸

Im Vordergrund steht für den EuGH die Abgrenzung der Überlassung (Art 1 Abs 3 lit c EntsendeRL) zu der sog „Werkvertragsentsendung“¹⁹⁹ iSd Art 1 Abs 3 lit a Entsende-RL. Bei der Überlassung sei der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung „der Wechsel der Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat“.²⁰⁰ Wesentlich ist die Aussage des EuGH, dass ein AN im Rahmen einer Überlassung „unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens“ Arbeit leistet. „Dies folgt zwingend daraus, dass ein solcher Arbeitnehmer seine Arbeit nicht im Rahmen einer Dienstleistung verrichtet, die sein Arbeitgeber im Aufnahmemitgliedstaat erbringt.“²⁰¹ Der EuGH begründet das Abstellen auf die Aufsicht und Leitung außerdem mit dem Wortlaut der RL 91/383/EG²⁰² („für und unter Kontrolle eines entleihenden Unternehmens“). Er beruft sich zudem auf die Erklärungen der Regierungen. Demgegenüber sind zwei Kriterien nach dem EuGH nicht oder kaum relevant;²⁰³ Irrelevant ist, ob der AN nach Beendigung der Tätigkeit in seinen

¹⁹⁴ Vgl zum Folgenden *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 374 f.

¹⁹⁵ RL 96/71/EG des europäischen Parlaments und des Rates v 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 1997/18, 1.

¹⁹⁶ EuGH 17.12.1981, C-279/80, *Webb*, Slg 1981, 03305 Rz 9.

¹⁹⁷ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 43, 51, Tenor.

¹⁹⁸ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 44, 51, Tenor.

¹⁹⁹ *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173.

²⁰⁰ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 46, 51, Tenor.

²⁰¹ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 47.

²⁰² RL 91/383/EWG des Rates v 25.06.1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, ABl L 1991/206, 19.

²⁰³ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 49 f. Ebenso SA des GA *Bot*, 09.09.2010, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 68 f.

Herkunftsstaat zurückkehrt. Kein abschließendes Urteil lasse die Prüfung zu, ob der AN im Aufnahmestaat Tätigkeiten ausführt, die sein AG auch im Herkunftsstaat ausübt.

Im Ergebnis beschreibt der EuGH die Überlassung als *„eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen würde. Ihr wesentliches Merkmal besteht darin, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt.“*²⁰⁴

Das „wesentliche Merkmal“ ist für den EuGH also die Beschränkung der Dienstleistung auf den „Wechsel des Arbeitnehmers“ und die Arbeitsleistung des AN „unter Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens“.²⁰⁵ Dieser Hinweis entspricht dem SA des *GA Bot*, der sich dazu noch genauer äußert.²⁰⁶ Der GA beruft sich auf den Wortlaut der Entsende-RL, genauer die Formulierungen der Art 1 Abs 3 lit a und c Entsende-RL. Nach Lit a wird der AN „im Namen und unter Leitung“ des Unternehmens entsendet. Bei der Definition der Überlassung in Art 1 Abs 3 lit c Entsende-RL fehlt demgegenüber dieses Merkmal. Der GA leitet daraus ab, dass Überlasser „keinen Einfluss auf die Art und Weise ausüben, wie der Arbeitnehmer die ihm übertragenen Aufgaben ausführt.“²⁰⁷ Ein Kriterium der Überlassung sei also „die tatsächliche Unterordnung des Arbeitnehmers gegenüber dem verwendenden Unternehmen hinsichtlich der Organisation, der Ausführung und der Bedingungen der Arbeit“. Der Überlasser übertrage dem Beschäftigten das Weisungsrecht „hinsichtlich der Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen Aufgaben“.²⁰⁸ „Subunternehmer“ behalten demgegenüber „die Herrschaft über ihr Personal“.²⁰⁹ Im Gegensatz zum EuGH beruft sich der GA ausdrücklich auf die Leiharbeits-RL. Der EuGH schweigt zur Leiharbeits-RL, übernimmt mit dem Abstellen auf „Aufsicht und Leitung“²¹⁰ aber eine Formulierung aus dieser RL. Der EuGH erwähnt

²⁰⁴ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Tenor.

²⁰⁵ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 51, Tenor.

²⁰⁶ Vgl SA des *GA Bot*, 09.09.2010, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 62 ff.

²⁰⁷ SA des *GA Bot*, 09.09.2010, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 62.

²⁰⁸ SA des *GA Bot*, 09.09.2010, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 63.

²⁰⁹ SA des *GA Bot*, 09.09.2010, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 64.

²¹⁰ Anders etwa Art 1 Z 2 RL 91/383/EG: Tätigkeit „unter der Kontrolle“ des Beschäftigten.

allerdings nicht das umstrittene Tatbestandsmerkmal der „vorübergehenden“ Überlassung von AN in der Leiharbeits-RL (vgl dazu 3. Teil VI.).

Im Urteil *Vicoplus* wird nicht ausdrücklich gesagt, in welcher Intensität dem Dienstleistungsempfänger die „Aufsicht und Leitung“ der AN zukommen muss, damit Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Damit dieses Kriterium zur Unterscheidung der Überlassung von Entsendungen gem Art 1 Abs 3 lit a EntsenderL beiträgt, muss die Aufsicht und Leitung überlassener AN jedenfalls über die Befugnis hinausgehen, die dem Empfänger einer Dienstleistung gem Art 1 Abs 3 lit a EntsenderL zukommt.

Wie in der vorliegenden Arbeit mehrmals dargelegt wird, besteht zwischen überlassenen AN und StammAN eine unmittelbare Konkurrenzsituation. Diese Konkurrenzsituation entsteht aber nur dann, wenn die Aufsicht und Leitung des Beschäftigers über die überlassenen AN ähnlich intensiv ist, wie gegenüber seinen StammAN. Überlassene AN sind dann für den Beschäftiger ähnlich einsetzbar wie eigene AN. Auch der EuGH geht von dieser besonderen Konkurrenzsituation aus. Er erlaubt im ersten Teil des Urteils *Vicoplus* ja nur eine Beschränkung der grenzüberschreitenden Überlassung, nicht jedoch eine Beschränkung anderer Entsendungen. Diesen Unterschied begründet er damit, dass der Beschäftiger einen Arbeitsplatz mit einem überlassenen AN besetzen kann, anstatt selbst einen AN einzustellen.²¹¹ Die Ersetzbarkeit der Stammebelegschaft mit Überlassenen setzt voraus, dass der Beschäftiger letztere ähnlich einsetzen kann, wie „eigene“ AN. Das ist wiederum nur dann der Fall, wenn der Beschäftiger den Einsatz der überlassenen AN ebenso intensiv steuern kann, wenn seine „Aufsicht und Leitung“ mit derjenigen vergleichbar ist, die er über die Stammebelegschaft ausübt. Dieses Ergebnis entspricht auch Überlegungen in der Lehre zur Formulierung „Aufsicht und Leitung“ in der Leiharbeits-RL, und damit zum „Ursprung“ der Formulierung des EuGH.²¹²

Es ist also anzunehmen, dass der EuGH bei der Definition der Überlassung auf eine „Verfügungsbefugnis“ des Beschäftigers über den AN abstellt, die mit der eines vertraglichen AG über seine AN vergleichbar ist. So stellt auch der GA darauf ab, ob der Überlasser „das ihm als Arbeitgeber hinsichtlich der Ausführungen der dem Arbeitnehmer übertragenen Aufgaben zustehende Weisungsrecht überträgt.“²¹³ Diese Überlegung wird

²¹¹ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 31.

²¹² *Sansone*, Gleichstellung 455 f.

²¹³ SA des GA *Bot*, 09.09.2010, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 63.

zuletzt auch durch einen Vergleich mit der Rsp des EuGH zur AN-Eigenschaft bestätigt. Die Formulierung „unter der Aufsicht“ wird vom EuGH in der E *Danosa* bei Auslegung des AN-Begriffs verwendet.²¹⁴ Es gibt zwar keinen einheitlichen AN-Begriff des Unionsrechts, im Zentrum steht aber bei den unterschiedlichen Auslegungen zumeist die „organisatorische Unterordnung“.²¹⁵

C. Bedeutung für die Auslegung des AÜG

1. Im Anwendungsbereich des § 32a AuslBG²¹⁶

Der österreichische Gesetzgeber hat die Möglichkeit genutzt, die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung aufgrund der Beitrittsakte zur Erweiterung 2004 einzuschränken. Die Übergangsbestimmungen der Beitrittsakte wurden im nationalen Recht durch § 32a AuslBG idF BGBl I 2005/101 umgesetzt. § 32a Abs 1 AuslBG sah vor, dass bis zum 01.05.2011 für Staatsangehörige der 2004 der EU beigetretenen mittel- und osteuropäischen Mitgliedstaaten das AuslBG weiterhin anwendbar ist. Daraus folgte insb das Erfordernis eines Rechtsaktes zur rechtmäßigen Aufnahme einer Beschäftigung. Die Entsendung durch AG mit Sitz in einem dieser Staaten war in § 32a Abs 6 AuslBG aF geregelt. Dabei wird zwischen zwei Gruppen von Sektoren unterschieden; jene für welche die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit vereinbart wurde, und jene, bei denen das nicht zulässig ist. Für die erste Gruppe von Dienstleistungen, also jene, die nach den Beitrittsakten eingeschränkt werden durften, war § 18 Abs 1 – 11 AuslBG anwendbar und daher eine Entsendebewilligung oder eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich. Für die zweite Gruppe, also Dienstleistungen, bei denen eine Einschränkung nicht erlaubt war, genügte hingegen gem § 32a Abs 6 AuslBG aF eine Entsendebestätigung gem § 18 Abs 12 AuslBG, wie bei der Entsendung von Nicht-Unionsbürgern durch ein Unternehmen mit Sitz im EWR. Diese Bestimmungen galten bis zum 31.12.2013 für AN aus und AG mit Sitz in Rumänien und Bulgarien (§ 32a Abs 12 AuslBG). Aktuell gelten die § 32a Abs 1 bis 9 AuslBG für AN und AG aus Kroatien (§ 32a Abs 11 AuslBG).

²¹⁴ EuGH 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*, Slg 2010, I-11405 Rz 56, Tenor. Vgl zu dieser E und zur Übereinstimmung dieser Formulierung mit der LeiharbeitsRL *Rebhahn*, Die Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts, EuZA 2012, 3 (27).

²¹⁵ *Rebhahn*, EuZA 2012, 31; vgl zur Weisungsbindung *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht (2011) 138 f.

²¹⁶ Vgl zum Folgenden *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 376.

Die Arbeitskräfteüberlassung ist in den Beitrittsverträgen nicht ausdrücklich geregelt, insb wird sie bei der zulässigen Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit in bestimmten Sektoren nicht genannt. Der VwGH ist dennoch von Beginn an von der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Einschränkung der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung während der Übergangszeit ausgegangen. Eine EU-Entsendebestätigung war daher bei einer Arbeitskräfteüberlassung nach seiner Judikatur nicht ausreichend.²¹⁷ Im Schrifttum wurde diese Auslegung des AuslBG von *Muzak* abgelehnt.²¹⁸ Er sah darin insb einen Verstoß gegen das Unionsrecht, eine Meinung, die der EuGH, wie das Urteil *Vicoplus*²¹⁹ zeigt, nicht teilt. Der VwGH sieht sich zu Recht durch diese E des EuGH bestätigt.²²⁰ Auch der UVS Salzburg hat zwei Vorabentscheidungsersuchen zur gleichen Rechtsfrage aufgrund der E *Vicoplus* nach Anfrage des EuGH zurückgezogen.²²¹

Der VwGH berücksichtigt jedoch nicht, dass der EuGH nicht nur eine bestimmte Rechtsfolge unionsrechtlich legitimiert, sondern in der E *Vicoplus* auch für den Tatbestand, nämlich den Begriff der Arbeitskräfteüberlassung, Vorgaben macht. Fraglich ist, ob der österr nationale Begriff der Arbeitskräfteüberlassung weiter ist als der unionsrechtliche, den der EuGH in der E *Vicoplus* geprägt hat. Jede Überschreitung des unionsrechtlichen Begriffs der Leiharbeit wäre ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit, weil dann die Ausnahmebestimmungen der Beitrittsakte überschritten werden. Der nationale Begriff muss sich daher in jenem Rahmen bewegen, den das Unionsrecht vorgibt.

Das AuslBG verweist zur Begriffsbestimmung der Überlassung in § 2 Abs 2 lit e & Abs 3 lit c auf das AÜG. Das AuslBG übernimmt daher den Begriff der Überlassung des AÜG und damit insb auch § 4 Abs 2 AÜG. Jedenfalls im Anwendungsbereich des § 32a AuslBG sind daher bei der Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG die Grenzen des Unionsrechts zu berücksichtigen.

Legt man diesem Test des § 4 Abs 2 AÜG am Unionsrecht die in dieser Untersuchung vertretene Auslegung zugrunde, entspricht das nationale Recht den

²¹⁷ VwGH 2006/09/0157 VwSlg 17697 A. Vgl zust *Gerhartl*, Entsendung von Arbeitskräften aus neuen EU-Mitgliedstaaten, *ecolex* 2010, 481.

²¹⁸ *Muzak*, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Entsendung und Überlassung von Arbeitnehmern aus „neuen“ Mitgliedstaaten, *migraLex* 2009, 74.

²¹⁹ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453.

²²⁰ VwGH 30.05.2011, 2011/09/0073; 30.05.2011, 2011/09/0082, 0083.

²²¹ Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs, 07.04.2011, C-241/10, *Jung & Hellweger*; Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs, 07.04.2011, C-471/10, *Wohl & Veres*.

Anforderungen des Unionsrechts. Die prioritäre Prüfung der organisatorischen Eingliederung und der Dienst- und Fachaufsicht gem § 4 Abs 2 Z 3 AÜG entspricht dem Abstellen auf die „Aufsicht und Leitung“, die der EuGH verlangt. Im österr Recht wird dann, ebenso wie im Unionsrecht auf die Verfügungsbefugnis des Beschäftigers abgestellt und geprüft, ob er den überlassenen AN ebensolche Weisungen erteilen kann, wie der Stammebelegschaft. *Tomandl* hat schon zur LeiharbeitsRL darauf hingewiesen, dass die Formulierung „Aufsicht und Leitung“ dem vom AÜG verlangten Einsetzen „für betriebseigene Aufgaben“ entspricht.²²²

Hingegen ist eine Qualifikation als Überlassung bei Erfüllung nur der Ziffer 1, 2 oder 4, mit dem unionsrechtlichen Begriff der Leiharbeit nicht vereinbar. Auf Material und Werkzeug (Z 2) und das Einstehen für den Erfolg (Z 4) stellt der EuGH bei der Definition der Überlassung nicht ab. § 4 Abs 2 Z 1 AÜG scheint zwar auf den ersten Blick mit der *Vicoplus* in Einklang zu stehen, weil der EuGH das Vorliegen einer Dienstleistung prüft, die über die bloße Bereitstellung von AN hinausgeht. Dies entspricht dem Abstellen des § 4 Abs 2 Z 1 AÜG auf ein „dem Werkunternehmer zurechenbares Werk“. Die nationale Bestimmung lässt es dabei aber nicht bewenden. Selbst wenn ein solches Werk erbracht wird, liegt dennoch Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn das vereinbarte Werk nicht von den Produkten des Werkbestellers unterscheidbar ist. Auch der zweite Teil des § 4 Abs 2 Z 1 AÜG („oder an dessen Herstellung mitwirken“) scheint überschießend. Jede Dienstleistung, die für ein Unternehmen erfolgt, wird im weitesten Sinne an der Herstellung des Endproduktes mitwirken. Doch selbst wenn man Z 1 eng interpretiert, kann bei Erfüllung nur dieser Ziffer nicht unwiderlegbar das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung vermutet werden. Der EuGH verlangt nämlich das Nichtvorliegen einer über die Zurverfügungstellung von AN hinausgehenden Dienstleistung **und** deren Arbeitsleistung „unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens“.²²³

Eine unwiderlegbare Vermutung der Arbeitskräfteüberlassung bei Erfüllung einer der Z 1, 2 oder 4 weicht daher vom unionsrechtlichen Begriff der Überlassung ab, es kommt zu einer deutlichen Überschreitung dieses Begriffsverständnisses. Wenn man die oben angeführten Argumente im Rahmen des nationalen Rechts für die hier vertretene Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG nicht teilt, muss man sich daher den Vorwurf einer

²²² *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 15.

²²³ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 51, Tenor.

unionsrechtswidrigen Auslegung gefallen lassen. Der EuGH vertritt in stRsp auf Grundlage des Art 4 Abs 3 EUV eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts.²²⁴ Die genaue Grenze der unionsrechtskonformen Interpretation ist zwar umstritten, es werden aber tendenziell hohe Anforderungen an die Phantasie und Innovationsfähigkeit des Rechtsanwenders gestellt.²²⁵ Alle bereits diskutierten Auslegungsansätze des § 4 Abs 2 AÜG bewegen sich in diesem Rahmen. Von diesen verschiedenen Auslegungsergebnissen würde die isolierte Prüfung der Z 1-4 des § 4 Abs 2 AÜG bei der Erfüllung eines Werkvertrags durch einen Werkunternehmer im Anwendungsbereich der Beitrittsakte in die Dienstleistungsfreiheit eingreifen, weil die Beitrittsakte dazu nicht ermächtigen. Es stellt sich dann die Frage, ob dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann. Da im AuslBG auf die Nationalität abgestellt wird, handelt es sich um eine unmittelbare Diskriminierung. Der Eingriff kann daher nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt werden.²²⁶ Der Schutz des heimischen Arbeitsmarkts wird als Rechtfertigungsgrund nicht in Frage kommen, in den Beitrittsakten findet sich ja eine ausdrückliche, primärrechtliche Wertung, wie weit dieser Schutz reichen darf. In Frage kommt allenfalls der Versuch einer Rechtfertigung durch die Steigerung der Rechtssicherheit, der EuGH steht Vermutungstatbeständen grds aber eher skeptisch gegenüber.²²⁷ Es ist also anzunehmen, dass eine Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht möglich sein wird. Aus diesem Grund ist die Rechtsmeinung des VwGH, dass Arbeitskräfteüberlassung bereits bei Erfüllung irgendeiner Ziffer des § 4 Abs 2 AÜG vorliegt, jedenfalls deshalb abzulehnen, weil damit gegen das Gebot der unionsrechtskonformen Interpretation verstoßen wird. Dies kann an diesem Punkt allerdings nur für Sachverhalte behauptet werden, die in den Anwendungsbereich des § 32a AuslBG fallen.

²²⁴ Vgl etwa *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁵ (2011) 103.

²²⁵ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ (2014) 92.

²²⁶ Art 62 AEUV iVm Art 52 AEUV.

²²⁷ Vgl zum AN-Begriff *Rebhahn*, Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsvergleich und Regelungsperspektive, RdA 2009, 236 (246 f) zu einer französischen Regelung. Auf die Skepsis des Unionsrechts gegenüber Vermutungsregeln im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung hat bereits *Rieble*, Industriennahe Dienstleistungen zwischen freiem Werkvertrag und regulierter Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 137 (164) aufmerksam gemacht.

2. In anderen Sachverhalten

Es stellt sich nun die Frage, ob das Unionsrecht die Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG auch in Fällen beeinflusst, in denen die Überlassung aus Mitgliedsstaaten erfolgt, für die die Übergangsbestimmungen nicht (mehr) gelten. Weiters muss geklärt werden, ob sich das Unionsrecht auch auf die Anwendung des § 4 Abs 2 AÜG bei rein innerstaatlichen Sachverhalten auswirkt.

Dazu muss zuerst beantwortet werden, ob die unionsrechtliche Definition der Arbeitskräfteüberlassung neben der Dienstleistungsfreiheit auch durch andere unionsrechtliche Normen auf das nationale Recht einwirkt. Es stellen mehrere Richtlinien auf den Begriff der Arbeitskräfteüberlassung ab: die Entsende-RL, die RL 91/383/EG und die Leiharbeits-RL. Der EuGH beruft sich, wie oben dargestellt, in der Rs *Vicoplus* ausdrücklich auf die Entsende-RL und auf die RL 91/383/EG und verwendet, allerdings ohne dies offen zu legen, eine Formulierung der Leiharbeits-RL. Der EuGH scheint daher von einem einheitlichen Begriff der Arbeitskräfteüberlassung im Unionsrecht auszugehen. Dafür spricht etwa auch, dass die Formulierung des Tatbestands der Überlassung in der Leiharbeits-RL von der Entsende-RL beeinflusst wurde.²²⁸ Das AÜG dient (zumindest teilweise) der Umsetzung aller drei RL in Österreich.²²⁹ Daraus allein folgt allerdings noch nicht zwingend die Bindung an die unionsrechtliche Definition und insb auch kein Verbot eines weiteren Begriffsverständnisses der Arbeitskräfteüberlassung, wie eben etwa teilweise durch die extensive Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG vom VwGH vertreten.²³⁰ Insb verbietet die Leiharbeits-RL nicht, ihre Regeln auf Fälle anzuwenden, die eigentlich nicht in ihren Anwendungsbereich fallen, die Regelung dieser Fälle ist ja grds dem Beurteilungsspielraum des nationalen Gesetzgebers überlassen.²³¹

Wird allerdings vom nationalen Recht aufgrund dieser extensiven Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG eine grenzüberschreitende Entsendung als Arbeitskräfteüberlassung behandelt, die auf Basis des Unionsrecht eine sog „Werkvertragsentsendung“²³² iSd Art 1

²²⁸ Vgl zu diesem Einfluss mwN *Sansone*, Gleichstellung 455.

²²⁹ Vgl zur Entsende-RL *Schindler* in ZellKomm² § 16, 16a AÜG Rz 15; zur RL 91/383/EG vgl *Schindler* in ZellKomm² § 6 AÜG Rz 2 (auch mit Hinweis auf § 9 ASchG); zur Leiharbeits-RL vgl *Schörghofer*, ZAS 2012, 336.

²³⁰ Unionsrechtlich bedenklich wäre demgegenüber eine starke Einschränkung des Begriffs der Arbeitskräfteüberlassung.

²³¹ Vgl *Sansone*, Gleichstellung 461 ff, der allerdings davon ausgeht, dass dies gerade für die „nicht vorübergehende“ Überlassung nicht gilt, diese sei durch die RL verboten.

²³² *Rebhahn*, DRdA 1999, 176.

Abs 3 lit a) Entsende-RL darstellt, könnte ein Verstoß gegen Unionsrecht vorliegen.²³³ Dies deshalb, weil das AÜG die Entsendung stärker reguliert, als Art 3 Abs 1 Entsende-RL für die Werkvertragsentsendung erlaubt. Die Anwendbarkeit des AÜG auf Überlassungen aus dem EWR wurde durch den Gesetzgeber in § 1 Abs 5 AÜG klargestellt,²³⁴ aber auch vorher bereits vertreten.²³⁵ Der OGH hat in weiterer Folge entschieden, dass das Verbot der Verkürzung von Verfalls- oder Verjährungsvorschriften in § 11 Abs 2 Z 5 AÜG²³⁶ nicht unter Art 3 Abs 1 lit c Entsende-RL (Mindestlohnsätze) fällt. Die Anwendung des § 11 Abs 2 Z 5 AÜG wäre aber bei der Überlassung durch Art 3 Abs 1 lit d und Art 3 Abs 9 Entsende-RL erlaubt.²³⁷ Art 3 Abs 1 lit d und Art 3 Abs 9 Entsende-RL erlauben eine weitergehende Bindung an nationales Recht aber nur für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art 1 Abs 3 lit c Entsende-RL. Die Entsende-RL würde die Anwendung des § 11 Abs 2 Z 5 AÜG daher etwa nicht erlauben, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der zwar nach der (mE verfehlten) extensiven Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG eine Überlassung darstellt, aber nicht den unionsrechtlichen Begriff der Arbeitskräfteüberlassung erfüllt.²³⁸ Dieser Unionsrechtsverstoß könnte/müsste dann wiederum durch eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Begriffs der Arbeitskräfteüberlassung und damit auch des § 4 Abs 2 AÜG verhindert werden. Es stellt sich allerdings die Frage, ob dabei von einem drohenden Verstoß gegen die Entsende-RL, die Dienstleistungsfreiheit oder beidem auszugehen ist. Je nachdem wäre dann eine richtlinienkonforme Interpretation, eine primärrechtskonforme Interpretation oder beides vorzunehmen. Dies macht einen Unterschied für die Begründung des Gebots der unionsrechtskonformen Interpretation, die primärrechtskonforme Interpretation beruht auf Art 4 Abs 3 EUV oder dem

²³³ Vgl zum Folgenden *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

²³⁴ IdF BGBl I 2011/24.

²³⁵ Vgl OGH 8 ObA 74/11g wbl 2012,338 (*Grillberger*) = ZAS 2013, 81 (*Windisch-Graetz*).

²³⁶ Vgl jüngst zum Verfall in der Arbeitskräfteüberlassung *Kozak*, *Doppelter Verfall in der Arbeitskräfteüberlassung*, DRdA 2014, 104.

²³⁷ Vgl allg zu Art 3 Abs 9 Entsende-RL *Slezak*, *Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung und Sozial- und Weiterbildungsfonds nach der AÜG-Novelle 2012*, in *Raschauer/Resch* (Hrsg), *Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung* (2014) 145 (151).

²³⁸ Vgl zur Einschränkung der Gestaltungsmacht des Gesetzgebers bei der Definition der Leiharbeit durch die Entsende-RL *Rieble*, *ZfA* 2013, 164. Bzgl des Begriffs der Leiharbeit ergibt sich im Rahmen der Entsende-RL eine Besonderheit. Die Entsende-RL verweist auf den nationalen AN-Begriff des Empfängerstaats (Art 2 Abs 2 RL). Bei der Qualifikation als Leiharbeit kommt, es wie gezeigt wurde, insb auf das Weisungsrecht an. Möglicherweise kann es dann in den MS unterschiedliche Standards geben, je nachdem welche Intensität des Weisungsrechts beim AN-Begriff maßgebend ist.

Anwendungsvorrang.²³⁹ Die richtlinienkonforme Interpretation entspringt (zusätzlich) dem Art 288 Abs 3 AEUV.²⁴⁰ Ob diese Unterschiede dazu führen, dass die Anwendung der beiden Regeln unterschiedliche Ergebnisse haben können, wurde aber soweit zu sehen noch nicht untersucht. Im Folgenden wird von einem Verstoß (jedenfalls) gegen die Entsende-RL ausgegangen. Dieser Verstoß ergibt sich aus der „Sperrwirkung“ der Entsende-RL gegenüber der weitergehenden Anwendung des Rechts des Empfängerstaats.²⁴¹

Das Unionsrecht verlangt daher unabhängig von den Beitrittsverträgen bei grenzüberschreitenden Überlassungen im EWR weiterhin eine Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung und beeinflusst damit die Definition dieser Rechtsbegriffe. Die EntsendeRL verlangt dies allerdings nur bei grenzüberschreitenden Überlassungen/Werkverträgen zwischen Mitgliedstaaten. Die Frage, ob das Unionsrecht die Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG auch in den übrigen Fällen beeinflusst ist also immer noch nicht beantwortet. Überlassungen aus/in einem/einen Drittstaat dürften wegen § 16 AÜG nicht häufig sein. Sehr wohl interessant ist die Lösung dieses Problems aber für rein innerstaatliche Überlassungen.

Würde man den bzgl § 4 Abs 2 AÜG drohenden Widerspruch zwischen Unionsrecht und nationalem Recht durch den Anwendungsvorrang lösen, entstünde das Problem nicht. Dies würde nämlich bedeuten, dass die Bestimmung des nationalen Rechts, die dem Unionsrecht widerspricht, unangewendet zu bleiben hat. Wenn man wegen des Anwendungsvorrangs § 4 Abs 2 AÜG nicht anwenden würde, hätte das keine unmittelbare Auswirkung auf innerstaatliche Sachverhalte. Beim Anwendungsvorrang bleibt die unionsrechtswidrige Norm nämlich auf Sachverhalte anwendbar, die vom Unionsrecht nicht erfasst werden.²⁴² Es würde sich dann nur das Problem der sog „Inländerdiskriminierung“ stellen.²⁴³

Wie bereits aus den bisherigen Ausführungen hervorgegangen ist, wird an dieser Stelle für die Berücksichtigung der Vorgaben des Unionsrechts zum Begriff

²³⁹ *Leible/Domröse*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre² (2010) 250 (272 ff).

²⁴⁰ *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁵ 103; *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 83 ff.

²⁴¹ EuGH 18.12.2007, C-341-05, *Laval un Partneri*, Slg 2007, I-11767 Rz 81; Für eine Sperrwirkung davor bereits *Rebhahn*, DRdA 1999, 177 f.

²⁴² *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ 78.

²⁴³ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ 93 ff.

Arbeitskräfteüberlassung statt dem Anwendungsvorrang jedoch eine unionsrechtskonforme Interpretation vertreten. Dies deshalb, weil der Versuch einer unionsrechtskonformen Interpretation vor der Prüfung des Anwendungsvorrangs zu erfolgen hat, der Anwendungsvorrang setzt ja eine Norm voraus, die dem Unionsrecht widerspricht.²⁴⁴ Ob dies der Fall ist, muss zuerst unter Heranziehung aller Auslegungsmethoden,²⁴⁵ also insb auch der unionsrechtskonformen Interpretation festgestellt werden. Auch wenn es unterschiedliche Ansichten über die Strenge des Gebots der unionsrechtskonformen Interpretation gibt, liegt die hier vertretene Auffassung jedenfalls innerhalb der vertretbaren Grenzen. Wie dargelegt wurde, ist im hier vertretenen Interpretationsergebnis keine Auslegung „contra legem“ zu erblicken, eine Grenze, die der EuGH für die unionsrechtskonforme Auslegung zulässt.²⁴⁶ So ist die hier vertretene Auslegung insb vom Wortlaut der Bestimmung gedeckt und entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Gegen die unionsrechtskonforme Interpretation spricht auch nicht zwingend, dass § 4 Abs 2 AÜG bereits vor dem Beitritt zu den europäischen Gemeinschaften geschaffen wurde. Es wird gesagt, dass die unionsrechtskonforme Interpretation schwerer wiegt als die historische.²⁴⁷ So wurde auch vom EuGH eine Bestimmung unter Berücksichtigung einer Richtlinie ausgelegt, die erst nach der nationalen Bestimmung erlassen wurde.²⁴⁸ Das Spannungsverhältnis zwischen nationalem Recht und Unionsrecht ist daher im konkreten Fall durch unionsrechtskonforme Interpretation zu lösen, nicht durch den Anwendungsvorrang.

§ 4 Abs 2 AÜG ist eine „hybride Norm“²⁴⁹, sie erfasst sowohl Sachverhalte, die das Unionsrecht betreffen, als auch andere, insb rein innerstaatliche Sachverhalte. Bei solchen Normen stellt sich die Problematik der „gespaltenen Auslegung“, die in der Lehre intensiv für den Fall der überschießenden Richtlinienumsetzung diskutiert wird.²⁵⁰ In Bezug auf die

²⁴⁴ Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht 115 zu Richtlinien; Für diese Reihenfolge auch *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang Kommentar, Band 1³ (erscheint 2014) nach §§ 6, 7 Rz 137; EuGH 24.01.2012, C-282/10 *Dominguez* Rz 23.

²⁴⁵ Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht 115.

²⁴⁶ Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ 92; vgl etwa EuGH 24.06.2010, C-98/09, *Sorge*, Slg 2010, I-05837 Rz 52. Zu dieser Grenze vgl auch Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht 94 ff.

²⁴⁷ Vgl dazu und zum Folgenden *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ 93.

²⁴⁸ EuGH 13.11.1990, C-106/89, *Marleasing*, Slg 1990, I-04135 Rz 8; vgl Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht 79 & 93.

²⁴⁹ Zu diesem Begriff *Drexl*, Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur einheitlichen richtlinienkonformen Auslegung hybrider Rechtsnormen und deren Grenzen, in FS Heldrich (2005) 67 (68).

²⁵⁰ Vgl *Habersack/Mayer* Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre² (2010) 425; *Schmidt-Räntsch*, Die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe

Leiharbeits-RL und § 4 Abs 2 AÜG ist die Fragestellung etwas anders. Durch die Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG wird ja gerade erst geklärt, ob (bzgl der Leiharbeits-RL) überhaupt eine solche überschießende Richtlinienumsetzung vorliegt. § 4 Abs 2 AÜG dient jedoch wie gezeigt wurde in gewisser Weise der Umsetzung der Entsende-RL, weil sie die Grenze im nationalen Recht nachzieht, die diese RL zwischen der Werkvertragsentsendung (Art 1 Abs 3 lit a) und der Überlassung (Art 1 Abs 3 lit c) vorgibt. Allerdings ist zu beachten, dass § 4 Abs 2 AÜG bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Entsende-RL und selbst vor deren Beschluss bestanden hat. Eine aktive „Umsetzung“ der Entsende-RL durch § 4 Abs 2 AÜG ist also nicht erfolgt. Es handelt sich auch nicht um den Fall, dass der Gesetzgeber bloß das Ende der Umsetzungsfrist der RL nicht abgewartet hat. § 4 Abs 2 AÜG stammt noch aus der Zeit vor dem EU-Beitritt Österreichs. Dies wird bei der Anwendung der Regeln, die in der Rechtswissenschaft zur überschießenden Richtlinienumsetzung gefunden wurde, zu berücksichtigen sein. Allgemein wird gesagt, dass das Unionsrecht die überschießende Umsetzung einerseits nicht grds verbietet²⁵¹ und andererseits die unionsrechtskonforme Auslegung für den Überschussbereich nicht gebietet.²⁵² Die Lösung ist daher anhand der nationalen Methodenlehre zu finden.²⁵³ Ob aus dem nationalen Recht ein Verbot der gespaltenen Auslegung folgt, ist in Deutschland umstritten.²⁵⁴ Dagegen wird vorgebracht, eine gesplattene Auslegung sei dem nationalen Recht nicht unbekannt.²⁵⁵ *Perner* sieht im österr Recht kein Verbot der gespaltenen Auslegung.²⁵⁶ Verneint man ein Gebot der einheitlichen Auslegung, wird gesagt, die Entscheidung zwischen einheitlicher und gesplattener Auslegung müsse im Einzelfall aufgrund einer „interpretatorischen Gesamtabwägung“ fallen.²⁵⁷ Dies deshalb, weil die Berücksichtigung des Unionsrechts im Überschussbereich nicht mehr als Vorrangregel

des Bundes (OGB), in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre² (2010) 679 (Rn 81); *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht 129 f. Zur vergleichbaren Problematik bei der Primärrechtskonformen Interpretation, nämlich ihrer Beschränkung auf den Anwendungsbereich des Primärrechts vgl *Leible/Domröse* in *Riesenhuber*² 271 f.

²⁵¹ *Habersack/Mayer* in *Riesenhuber*² 436 ff.

²⁵² Vgl eingehend, insb mit einer Analyse der Rsp des EuGH *Habersack/Mayer* in *Riesenhuber*² 441 ff.

²⁵³ *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht 129.

²⁵⁴ *Habersack/Mayer* in *Riesenhuber*² 448 f.

²⁵⁵ Vgl *Mayer/Schürnbrand*, Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien. JZ 2004, 545 (549) die jedoch selber darauf hinweisen, dass die genannten Fälle die differenzierte Auslegung in Bezug auf verschiedene Sanktionen betreffen, während bei der überschießenden Richtlinienumsetzung derselbe Tatbestand im Hinblick auf ein und dieselbe Rechtsfolge unterschiedlich ausgelegt werden soll.

²⁵⁶ *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht 129.

²⁵⁷ *Canaris*, Die richtlinienkonforme Rechtsauslegung im System der juristischen Methodenlehre, in FS Bydliński (2002) 47 (74); *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht 129 f.

erfolgt. Vorgeschlagen wird daher ein eigener Rechtsbegriff, etwa „richtlinienorientierte Auslegung“.²⁵⁸ Teilweise wird die Bevorzugung der einheitlichen Auslegung auf den Willen des historischen Gesetzgebers gestützt.²⁵⁹ Für die Vermutung einer einheitlichen Auslegung wird aber auch die „Einheitlichkeit der nationalen Norm“ ins Treffen geführt.²⁶⁰ Gegen die einheitliche Auslegung kann im Einzelfall dann insb eine diesem Auslegungsergebnis widersprechende Sachentscheidung des Gesetzgebers sprechen.²⁶¹ *Rebhahn* sieht eine Tendenz des OGH zur einheitlichen Auslegung.²⁶² Zuletzt ist zu bedenken, dass bei einer gespaltenen Auslegung eine unterschiedliche Grenze zwischen Überlassung und Werkvertrag für innerösterreichische und grenzüberschreitende SV gelten würde. Das ist einerseits wirtschaftlich wenig sinnvoll, andererseits würde sich dann die Frage einer verbotenen Inländerdiskriminierung stellen.²⁶³

Wegen der Vermutung der „Einheitlichkeit der nationalen Norm“ beeinflussen die Grenzen des unionsrechtlichen Begriffs der Leiharbeit auch die Abgrenzung rein innerstaatlicher Sachverhalte, jedoch weniger intensiv als bei grenzüberschreitenden. Wie aber gezeigt wurde, ist das hier vertretene Auslegungsergebnis bereits auf Basis rein des nationalen Rechts zu bevorzugen, es wird durch das Unionsrecht nur bestätigt.²⁶⁴

D. Zusammenfassung

Der EuGH gibt in der E *Vicoplus* eine genaue Definition der Leiharbeit iSd Unionsrechts vor. Er stellt insb darauf ab, ob dem Beschäftigten die Verfügungsbefugnis über die eingesetzten AN zukommt.

Die Definition erfolgt durch den EuGH im Zusammenhang mit der Einschränkung der Grundfreiheiten in Beitrittsverträgen. Jedenfalls bei der Auslegung der nationalen Bestimmungen, die auf diesen Beitrittsverträgen basieren (§ 32a AuslBG) ist die Definition

²⁵⁸ *Lorenz* in *Säcker/Rixecker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB, Band 3⁶ (2012) vor § 474 Rz 4. In anderem Zusammenhang verwendet *Perner* (EU-Richtlinien und Privatrecht 87 ff) diesen Begriff.

²⁵⁹ Krit *Habersack/Mayer* in *Riesenhuber*² 450 ff.

²⁶⁰ *Habersack/Mayer* in *Riesenhuber*² 452 sprechen von einem „systematischen Argument“. Bei der gespaltenen Auslegung einer Norm, die nicht zwischen Inlands- und grenzüberschreitenden Sachverhalten differenziert (§ 4 Abs 2 AÜG), stellt sich aber mE schon die Frage, ob dadurch nicht der Wortlaut überschritten wird, was die erweiterte Begründungslast der Rechtsfortbildung zur Folge hätte.

²⁶¹ *Habersack/Mayer* in *Riesenhuber*² 454; *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht 130; vgl etwa BGH 17.10.2012, VIII ZR 226/11.

²⁶² *Rebhahn* in *Klang I*³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz 143.

²⁶³ Vgl *Gleissner*, Impulsreferat 6. Wiener Oktobergespräche 2013, in *Brodil* (Hrsg), Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2014); *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

²⁶⁴ *Mayer/Schürmbrand*, JZ 2004, 551 bezeichnen diesen Fall als „unspektakulär“.

durch den EuGH zu beachten. Eine weitere Definition der Arbeitskräfteüberlassung im nationalen Recht würde gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen. Im Rahmen einer unionsrechtskonformen Interpretation ist daher eine Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG abzulehnen, bei der die Prüfung der Verfügungsbefugnis des Dienstleistungsempfängers über die AN keine zwingende Rolle spielt.

Das gleiche gilt für andere Fälle der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung im Anwendungsbereich der Entsende-RL. Die Definition der Überlassung durch den EuGH in der Rs *Vicoplus* gibt auch hier den äußeren Rahmen vor, innerhalb dessen die MS über das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung entscheiden können.

Die hier vertretene Auslegung, die Konzentration der Prüfung auf § 4 Abs 2 Z 3 AÜG und damit das Weisungsrecht des Dienstleistungsempfängers, entspricht der Definition der Leiharbeit durch den EuGH. Dieses Ergebnis entspricht daher jedenfalls bei grenzüberschreitenden Sachverhalten dem Gebot einer unionsrechtskonformen Interpretation.

Demgegenüber beeinflusst das Unionsrecht die Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG bei rein innerstaatlichen Sachverhalten nicht unmittelbar. § 4 Abs 2 AÜG als „hybride Norm“ könnte daher grds gespalten ausgelegt werden. Allerdings besteht in Österreich eine Tendenz zur einheitlichen Auslegung. Ein Gleichlauf mit dem unionsrechtlichen Begriff und damit eine Anwendung der hier vertretenen Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG dient jedenfalls der Einheitlichkeit der österr Rechtsordnung.

VII. Elemente der Prüfung

A. Einleitung

Wie nun bereits ausführlich begründet wurde, ist bei der Abgrenzung zu prüfen, ob eine Weisungsbefugnis des Werkbesteller/Beschäftigers und Eingliederung des (überlassenen) AN in seinen Betrieb vorliegt. Auf diese Kriterien wird nun (unten B. und C.) genauer eingegangen. Die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung (oft auch Einordnung)²⁶⁵ sind zentrale Elemente des AN-Begriffs. Dies hat zu Folge, dass sich viele

²⁶⁵ Vgl *Mayer-Maly*, Das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 1972, 1 (7).

Probleme der Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung zum AN-Begriff im zweipersonalen Verhältnis in gleicher oder zumindest ähnlicher Weise stellen.²⁶⁶

Nicht nur bei der Weisungsbefugnis, sondern auch in anderer Hinsicht können Argumente aus der Prüfung der AN-Eigenschaft für die Prüfung der Arbeitskräfteüberlassung übernommen werden. So sind, ähnlich wie beim AN-Begriff, Elemente zu prüfen, die eine starke Bindung einer bestimmten Person zur Folge haben, wie die Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung, insb ein Vertretungsverbot.²⁶⁷ Die Möglichkeit des Dienstleistungsempfängers einen bestimmten AN auszuwählen oder bestimmte AN abzulehnen stellt daher ein Indiz für Arbeitskräfteüberlassung dar.²⁶⁸

Die Ähnlichkeit mit der Prüfung der AN-Eigenschaft gilt auch bei der Entgeltgestaltung. Dieser wird im Arbeitsvertrag zur Abgrenzung von Werk- und freiem Dienstvertrag wenig Bedeutung beigemessen.²⁶⁹ Der Art der Entgeltberechnung zwischen Beschäftiger/Werkbesteller und Überlasser/Werkunternehmer sollte ebenso wenig Bedeutung beigemessen werden, schon deswegen, weil damit der Inhalt des Dienstverschaffungsvertrags angesprochen wird, den die Arbeitskraft nicht kennen muss und in keinsten Weise beeinflussen kann (vgl oben II.C.).²⁷⁰ Die Berücksichtigung der Entgeltgestaltung wird nunmehr auch in Deutschland abgelehnt.²⁷¹ Außerdem kann auch bei einem Werkvertrag die Anzahl der Arbeitsstunden im Rahmen eines Regiepreises²⁷² berücksichtigt werden.²⁷³

Darüber hinaus gibt es bei der Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung aber Aspekte, die nicht bei der Prüfung der AN-Eigenschaft auftauchen. Zuerst muss bedacht werden, dass der Gesetzgeber in § 4 Abs 2 AÜG neben der Eingliederung und dem Weisungsrecht die Berücksichtigung zusätzlicher Elemente vorgesehen hat (unten D.). Danach wird auf die Meinung in der Lehre eingegangen, die bei einem

²⁶⁶ Vgl zur „stillen Autorität“ des Beschäftigers zB VwGH 30.05.2011, 2010/09/0179.

²⁶⁷ Vgl zum AN-Begriff *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 85 ff.

²⁶⁸ Vgl zum Ablehnungsrecht *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 129; Nach *Mazal* (in FS Krejci 1609) hängt die Indizwirkung der Auswahl von der Schwierigkeit der auszuübenden Tätigkeit ab.

²⁶⁹ *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 122.

²⁷⁰ Vgl zur Berücksichtigung dieses Elements in der frühen deutschen Rsp abl *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 52 & 107.

²⁷¹ *Oberthür* in *Rieble/Junker/Giesen* 49; vgl auch *Hamann*, Erkennungsmerkmale 181 mit dem Hinweis darauf, dass dieses Kriterium bewusst zur Verdeckung einer Überlassung gewählt wurde.

²⁷² *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB³ § 1165 Rz 61.

²⁷³ In diese Richtung auch *Mazal* in FS Krejci 1615, der der „Abrechnungsmodalität“ aber dennoch eine gewisse Bedeutung beimisst (mit Hinweis auf differenzierende Aussagen im DE, Beilage zu ZI 36902/2-2/88, 462); vgl auch *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 129 f.

Zwischenvorgesetzten eine abgeschwächte Prüfung der Überlassung verlangt (unten E.). Zuletzt können bei der Überlassung dadurch Probleme auftauchen, dass die tatsächliche Durchführung von der vertraglichen Vereinbarung (insb im Überlassungsvertrag) abweicht (F.).

B. Weisungsrecht und Eingliederung

Es gibt allg viele Erklärungsmodelle der juristischen Konstruktion der Arbeitskräfteüberlassung,²⁷⁴ in Österreich wird wohl überwiegend vertreten, dass der Überlasser den Beschäftigten zur Ausübung seines Weisungsrechts bevollmächtigt.²⁷⁵

Ob bei der AN-Eigenschaft primär auf die Eingliederung oder die Weisungsabhängigkeit abzustellen ist, wird im Arbeitsrecht schon lange diskutiert.²⁷⁶ Die Inhaltsleere des Eingliederungskriteriums wurde auch explizit bei der Abgrenzung von Werkvertrag und Überlassung kritisiert.²⁷⁷ Der Gesetzgeber nennt in § 4 Abs 2 AÜG die „Dienst- und Fachaufsicht“. Darunter ist das Weisungsrecht und (zumindest teilweise) die Kontrollbefugnis des AG zu verstehen.²⁷⁸ Daneben wird in § 4 Abs 2 AÜG aber auch die Eingliederung genannt. Vorgeschlagen wird, die Eingliederung als „Unterordnung unter ein generelles, betriebliches Weisungsgefüge in organisatorischer Hinsicht“ zu verstehen.²⁷⁹

Unter einer Weisung versteht man das Gestaltungsrecht des AG, mit dem die Pflichten des AN ausgestaltet werden.²⁸⁰ Unterschieden werden im Arbeitsvertrag fachliche (sachliche) und persönliche Weisungen, erstere beziehen sich auf den Inhalt der Arbeitspflicht, zweitere auf die „Rahmenbedingungen“,²⁸¹ also „die persönliche Gestaltung der Dienstleistung“²⁸². Diese Unterscheidung soll insb eine Rolle bei der Abgrenzung von AV und WV spielen.²⁸³ Ein Problem, das bei dieser Unterscheidung nämlich auftaucht, ist das Weisungsrecht des Werkbestellers. Bei typischen Werkverträgen besteht ein gewisses

²⁷⁴ Vgl *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 61 ff.

²⁷⁵ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 23; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 61 f.

²⁷⁶ Vgl *Uffmann*, Vertragstypenzuordnung zwischen Reformzwang und Privatautonomie im Bereich der „Neuen Selbständigkeit“, ZfA 2012, 1 (20 f); vgl auch krit zum Kriterium der Eingliederung *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA 1992, 93 (100).

²⁷⁷ *Mayer-Maly*, ZfA 1972, 10 ff: „nebulos“.

²⁷⁸ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 18. *Schindler* in *ZellKomm*² § 4 AÜG Rz 11.

²⁷⁹ *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 101, 111; Zum AV: *Strasser*, DRdA 1992, 100.

²⁸⁰ *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 58.

²⁸¹ *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 58.

²⁸² *Strasser*, DRdA 1992, 97.

²⁸³ ZB *Strasser*, DRdA 1992, 97.

Weisungsrecht des Werkbestellers, wie bereits die Formulierung des § 1168a ABGB zeigt ("offenbar unrichtige Anweisungen").²⁸⁴ Zur Abgrenzung zum AV wird daher auf den Unterschied zwischen sachlichen und persönlichen Weisungen abgestellt, charakteristisch für den AV sei die durch Weisung erreichte „persönliche Gestaltung der Dienstleistung“.²⁸⁵ Fachliche Weisungen seien demgegenüber mit dem Weisungsrecht des Werkbestellers gleichzusetzen.²⁸⁶ Dem wird allerdings entgegengehalten, dass auch eine stark ausgeprägte sachliche Weisungsbefugnis für einen AV spricht, weil bei diesem die geschuldete Tätigkeit meist nur allgemein umschrieben wird.²⁸⁷

Das Problem der Weisungsbefugnis des Werkbestellers stellt sich ebenso bei der Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung. Hier kann allerdings bereits aus dem Gesetzeswortlaut die Relevanz auch von fachlichen Weisungen abgeleitet werden. § 4 Abs 2 Z 3 AÜG erwähnt ja kumulativ die Dienst- **und** die Fachaufsicht, wobei unter der Dienstaufsicht eher persönliche Weisungen und unter der Fachaufsicht eher sachliche Weisungen verstanden werden.²⁸⁸ Auch der VwGH hat festgehalten, dass die in Z 3 geforderten Elemente kumulativ vorliegen müssen.²⁸⁹ Erst dadurch entsteht jenes Maß an Kontrolle über die AN, das über die Einflussmöglichkeit jedes Werkbestellers hinausgeht und die Arbeitskräfteüberlassung kennzeichnet. Umgekehrt kann durch eine genaue Beschreibung der Dienstleistung ein Direktionsrecht auch unnötig werden, es wird gesagt, die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung bedürfe dann einer wertenden Beurteilung.²⁹⁰

Bei der Überlassung stehen sich allerdings nicht wie bei der Abgrenzung AV/WV die Ausübung oder Nichtausübung des Weisungsrechts gegenüber, sondern die Ausübung des Weisungsrechts durch den Werkbesteller/Beschäftigter oder durch den Werkunternehmer/Überlasser. Bereits *Schnorr* hat deshalb darauf hingewiesen, dass auf die „überwiegende tatsächliche Ausübung des Weisungsrechts“ abzustellen sei.²⁹¹ Es ist

²⁸⁴ *Reiner* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Taschenkommentar² (2012) § 1165 Rz 26. Eine partielle Weisungsbindung zeige auch die Fürsorgepflicht des Werkbestellers: *Reiner*, Zur Konstruktion des Arbeitnehmerbegriffs durch Referenzrahmen, JBl 2010, 549 (562).

²⁸⁵ OGH 4 Ob 121/51 Arb 5329.

²⁸⁶ Vgl etwa *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 95.

²⁸⁷ *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 110.

²⁸⁸ Vgl in diese Richtung *Schindler* in *ZellKomm*² § 4 AÜG Rz 11. *Hamann* möchte im deutschen Recht nur auf „arbeitsbezogene Weisungen“ abstellen, das sind „arbeitsnotwendige“ und arbeitsbegleitende“ Weisungen, nicht aber bloß „organisationsbedingte“ Weisungen (*Hamann*, Erkennungsmerkmale 154 ff).

²⁸⁹ VwGH 10.03.1998, 95/08/0345.

²⁹⁰ *Karthaus/Klebe*, NZA 2012, 419.

²⁹¹ *Schnorr*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 33.

für die Qualifikation als Überlassung also **nicht notwendig**, dass **nur** der Beschäftiger Weisungen erteilt, dem Überlasser können Weisungsrechte verbleiben.²⁹² Es stellt sich dann allerdings, wie bei der Unterscheidung von AV und WV, die Frage in welcher Intensität die Weisungsbefugnis des Dienstleistungsempfängers vorliegen muss.²⁹³ Die Ausübung von AG-Weisungen in Ausnahmesituationen reicht nicht zur Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung.²⁹⁴ Allgemein ist die „vereinzelte und für die sonstige Vertragsdurchführung untypische“ Erfüllung von Kriterien der Arbeitskräfteüberlassung nicht für die Qualifikation ausreichend.²⁹⁵ Schon aus diesem Grund wird die Einschulung von Arbeitskräften nur zu Beginn der Dienstleistung durch den Dienstleistungsempfänger (Werkbesteller/Beschäftiger) nicht für die Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung ausreichen.²⁹⁶ Bei der Überlegung, welche Intensität der Weisungsbefugnis des Beschäftigers das AÜG voraussetzt, ist zu bedenken, dass die Weisungsbefugnis des Beschäftigers nicht über diejenige hinausgehen kann, die der zugrundeliegende Vertrag zwischen Überlasser und Arbeitskraft dem Überlasser einräumt. Dabei ist wiederum zu berücksichtigen, dass das AÜG auch auf die Überlassung Arbeitnehmerähnlicher anwendbar ist (§ 3 Abs 4 AÜG). Das Miteinbeziehen Arbeitnehmerähnlicher spricht für eine geringe Anforderung an die Intensität des Weisungsrechts im AÜG.²⁹⁷ Der Überlasser kann den Beschäftiger auch in diesem Fall nicht zu Weisungen ermächtigen, die er selbst der betroffenen Arbeitskraft nicht erteilen könnte. Arbeitnehmerähnlichen Vertragsverhältnissen liegen aber gerade Verträge zugrunde (etwa ein freier Dienstvertrag), die sich durch eine geringere Weisungsbindung der Dienstleistungserbringer auszeichnen. Bei der Abgrenzung der Werkvertragserfüllung durch Arbeitnehmerähnliche und der Überlassung von arbeitnehmerähnlichen Arbeitskräften wird dann die organisatorische Unterordnung eine besondere Rolle spielen, die immer wieder auch als konstitutives Element der Arbeitnehmerähnlichkeit²⁹⁸ genannt wird.

²⁹² *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 75.

²⁹³ Nach dem DE (Beilage zu ZI 36902/2-2/88, 462) spricht die „Erteilung von ergänzenden sachlichen Anordnungen“ nicht für eine Überlassung, sondern nur „ein mit dem Direktionsrecht des AG vergleichbares Anweisungsrecht.“

²⁹⁴ *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 72.

²⁹⁵ *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 75.

²⁹⁶ Vgl zur Ablehnung dieses Elements in der dt Rsp auch *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 128.

²⁹⁷ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 378.

²⁹⁸ *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 125 f.

C. Der Sachzwang als Argumentationstopos

Zur Reichweite des Weisungsrechts des Werkbestellers im Unterschied zum Beschäftigter verweist *Mazal* auf den „Sachzwang als Argumentationstopos“. Er möchte bei der Prüfung von § 4 Abs 2 Z 3 AÜG Weisungen unberücksichtigt lassen, die „aus der Sache heraus erforderlich“ sind.²⁹⁹ Ähnliches vertreten *Ritzberger-Moser/Strasser*, die eine Eingliederung, die aus der Natur der Tätigkeit folgt, nicht berücksichtigen wollen.³⁰⁰ Lehre und Rsp in Deutschland nutzen ebenfalls dieses Argument.³⁰¹ Auch vom Verfasser wurde in einem anderen Beitrag vorgebracht, dass bei der Qualifikation einer „Fleischzerlegung“ in einem Schlachthof als Arbeitskräfteüberlassung oder Werkvertrag zu berücksichtigen sei, dass ein zeitlicher Zusammenhang und damit ein „Gesamtarbeitsablauf“ bei der Verarbeitung von verderblichen Lebensmitteln sinnvoll ist.³⁰²

Mazal leitet daraus ab, dass es keine Rolle spiele, ob der AN solche Weisungen von seinem AG oder dem Dienstleistungsempfänger empfängt, solange der AG diese Weisungen „over-rulen“ könne.³⁰³ *Schindler* hat allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass Beschäftigter und Überlasser intern die Weisungsbefugnis aufteilen müssen, sodass widersprüchliche Weisungen verhindert werden.³⁰⁴ Daneben folgert *Mazal* aus dem Sachzwang, dass auch persönliche Weisungen nicht eine Überlassung begründen, wenn sich diese „zur Koordination der Tätigkeit des Auftraggebers als notwendig“ erweisen.³⁰⁵ Zuletzt könne der Sachzwang selbst dann gegen das Vorliegen einer Überlassung sprechen, wenn der Dienstleistungsempfänger bei komplexen Tätigkeiten einen bestimmten Mitarbeiter des Werkunternehmers aussucht.³⁰⁶

Die Argumentationsstruktur des „Sachzwangs“ entspricht der Berücksichtigung der „Natur der Tätigkeit“ bei der Prüfung der AN-Eigenschaft im zweipersonalen Verhältnis. Bei der Qualifikation von zweipersonalen Dienstleistungsverträgen ist die österr Rsp etwa der Meinung, dass bei einem Gefängnisarzt, einem Sprachlehrer³⁰⁷ und einem Skilehrer die

²⁹⁹ *Mazal* in FS Krejci 1607 ff. Er sieht Ansätze dafür auch im DE, Beilage zu ZI 36902/2-2/88.

³⁰⁰ *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 83.

³⁰¹ *Rieble*, ZfA 2013, 153.

³⁰² *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 379 – es wurde aber nur bezweifelt, dass diese Elemente daher alleine ausreichend für die Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung sein können.

³⁰³ *Mazal* in FS Krejci 1608 f.

³⁰⁴ *Schindler* in ZellKomm² [2012] AÜG § 3 Rz 13.

³⁰⁵ *Mazal* in FS Krejci 1609.

³⁰⁶ *Mazal* in FS Krejci 1609.

³⁰⁷ Ähnlich auch das BAG 30.10.1991, 7 ABR 19/91; vgl *Reiner*, JBl 2010, 554.

Bindung an einen Arbeitsort in der Natur der Sache liegt und daher *nicht* für die AN-Eigenschaft spricht.³⁰⁸

In beiden Fällen, also bei der Prüfung der AN-Eigenschaft und der Unterscheidung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, geht es darum, dass Bindungen des AN bei der Qualifikation der zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen deshalb unberücksichtigt bleiben sollen, weil sie durch die Art der Tätigkeit vorgegeben sind. Dieses Argument wurde zum Arbeitnehmerbegriff von *Reiner* eingehend analysiert und im Ergebnis abgelehnt.³⁰⁹ Dabei hat er herausgearbeitet, dass das Argument des „Sachzwangs“ voraussetzt, dass jede Tätigkeit sowohl in abhängiger Arbeit wie auch als Selbständiger erfüllt werden kann.³¹⁰ Analog müsste man dann für die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung davon ausgehen, dass jede Dienstleistung einerseits im Rahmen eines Werkvertrags und andererseits durch eine Arbeitskräfteüberlassung erbracht werden kann. Bei jeder Weisung wäre dann zu prüfen, ob diese bereits durch die Natur der Tätigkeit bedingt ist und deshalb auch bei Vorliegen eines Werkvertrags notwendig wäre.³¹¹ Ist dies der Fall, so dürfte diese Weisung bei der Prüfung der Arbeitskräfteüberlassung nicht berücksichtigt werden.

Reiner weist auf die bedenklichen Folgen dieser Argumentation für die Beurteilung der AN-Eigenschaft hin. Seine Beobachtung ist auch für die Unterscheidung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung zutreffend. Eine Folge wäre demnach eine Einengung der Argumentationsmöglichkeiten³¹² bei der Prüfung des § 4 Abs 2 Z 3 AÜG, weil viele Weisungen sachnotwendig sind und daher bei der Qualifikation nicht mehr berücksichtigt werden dürften. Weitere Folge wäre eine seltenere Annahme von Arbeitskräfteüberlassung. Zudem würde eine Ungleichbehandlung potentiell überlassener AN eintreten, weil jede Tätigkeit unterschiedlichen Sachzwängen unterliegt.³¹³ Insb würde eine Benachteiligung von gering Qualifizierten eintreten, weil gering qualifizierte Tätigkeiten in der Regel stärkeren Bindungen unterliegen. Für die Zulässigkeit der Orientierung am Sachzwang führt *Reiner* die Gewerbeordnung an, die zeige, dass der

³⁰⁸ *Reiner*, JBl 2010, 553.

³⁰⁹ *Reiner*, JBl 2010, 549, vgl außerdem *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 101 ff.

³¹⁰ *Reiner*, JBl 2010, 556 f.

³¹¹ Vgl dazu und zum Folgenden zum AN-Begriff *Reiner*, JBl 2010, 559.

³¹² Ein Beispiel für diese Argumentationsverkürzung bei der Prüfung des Arbeitnehmerbegriffes kann in Deutschland bei den sog Honorarärzten gefunden werden. Die Berücksichtigung der Sachzwänge führt dazu, dass es für die Qualifikation als AN oder freier DN nur noch auf das zeitliche Weisungsrecht ankommt (vgl *Uffmann*, *ZfA* 2012, 18 ff).

³¹³ Dazu und zum Folgenden beim AN-Begriff *Reiner*, JBl 2010, 560.

Gesetzgeber von der Möglichkeit der selbständigen Erbringung von Tätigkeiten ausgeht. Dies ist ebenso bei der Grenzziehung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag zu berücksichtigen.

Die zusätzlichen Argumente,³¹⁴ die *Reiner* gegen die Zulässigkeit der Berücksichtigung des Sachzwangs bei der Prüfung der AN-Eigenschaft findet, sind auch bei § 4 Abs 2 Z 3 AÜG beachtlich. Er lehnt die Berücksichtigung der Natur der Tätigkeit deshalb ab, weil dadurch eine Differenzierung im Tatbestand entstehen würde, während das Arbeitsrecht keine Differenzierung bei der Rechtsfolge kennt.³¹⁵ Das Gleiche gilt für die Unterscheidung von Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag. Auch das AÜG kennt grds einheitliche Rechtsfolgen.³¹⁶

Ein klares Indiz für die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Sachzwängen scheinen auf den ersten Blick die Materialien zum AÜG zu enthalten. „Eine ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers, die in der Praxis aus Zweckmäßigkeitsgründen unvermeidlich ist“ soll nicht für die Überlassung sprechen, ebenso wenig „Weisungen des Werkbestellers, mit denen im Regelfall zu rechnen ist“.³¹⁷ Fraglich ist nur, ob damit wirklich eine differenzierende Sichtweise je nach ausgeübter Tätigkeit angeordnet wird. Dafür spricht das Wort „Zweckmäßigkeitserwägungen“, das sich allerdings nur auf die Verwendung von Materialien und Werkzeugen bezieht, deren Bedeutung für die Abgrenzung allgemein eher gering ist.³¹⁸ Dagegen spricht die im Anschluss erfolgende demonstrative Aufzählung von unerheblichen Weisungen: „Die Zuweisung von Räumlichkeiten, die Einschärfung besonderer Rücksichtnahme auf bestehende Einrichtungen, die Warnung vor Gefahrenquellen, schließlich auch vertraglich vereinbarte Spezifikationen, wie etwa die Mittelung von Wünschen hinsichtlich der farblichen Gestaltung, die Auswahl unter mehreren möglichen Varianten (etwa welche

³¹⁴ Neben den im Folgenden genannten verweist *Reiner* noch auf den Wortlaut des § 1151 ABGB, der mit der Berücksichtigung von Sachzwängen nicht vereinbar wäre, er berücksichtigt auch grundrechtliche und ökonomische Erwägungen vgl *Reiner*, JBl 2010, 561, 563, 565.

³¹⁵ *Reiner*, JBl 2010, 562.

³¹⁶ Zu einer Differenzierung kann es zwar durch die Gleichstellung gem § 10 AÜG kommen, allerdings würde diese Differenzierung in der Rechtsfolge nicht parallel zur Differenzierung im Tatbestand bei Berücksichtigung der Natur der Tätigkeit laufen. Ein Überlassener/Erfüllungsgehilfe kann ein und dieselbe Tätigkeit mit identen Sachzwängen in zwei verschiedenen Betrieben ausführen und dabei zB den Regeln unterschiedlicher Beschäftiger-KV unterliegen.

³¹⁷ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 18.

³¹⁸ *Mazal* in FS Krejci 1605 f; *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 135; *Grillberger*, wbl 1988, 314; *Kerschner*, DRdA 1989, 136.

Fließen, Tapeten, Furniere Verwendung finden sollen) usw.“³¹⁹ Abgesehen vllt von der Zuweisung der Räumlichkeiten handelt es sich um Äußerungen, die bei den meisten Tätigkeiten erforderlich sind. Möglicherweise sollte daher in den Materialien nur auf das Weisungsrecht jedes Werkbestellers hingewiesen werden, uzw ohne Differenzierung nach der jeweiligen Tätigkeit. Missverständlich ist das Anführen der Warnungen vor Gefahrenquellen, dabei handelt es sich nicht um ein Recht des Werkbestellers, sondern um eine Verpflichtung aus der werkvertraglichen Fürsorgepflicht.³²⁰ Gegen die Berücksichtigung von Sachzwängen sprechen die Materialien zu § 4 Abs 2 Z 1 AÜG. Dort heißt es, dass „eine Einbindung in die üblichen Arbeitsgänge des Bestellerbetriebs unter dem Deckmantel der Erfüllung eines Werkvertrags“ verhindert werden soll.³²¹ Angeordnet wird damit wohl eine Berücksichtigung von Bindungen, die aus Zwängen der konkreten Gestaltung durch den Beschäftiger resultieren.

Während die Materialien im Ergebnis beide Deutungen zulassen, spricht der Normzweck des AÜG eindeutig gegen die Zulässigkeit des Arguments des Sachzwangs. *Reiner* hat für die AN-Eigenschaft auf den Normzweck hingewiesen: Das Arbeitsrecht möchte Dienstleistende schützen, die besonders intensiv gebunden sind, dabei ist es unerheblich, aus welchem Grund diese Bindungen bestehen.³²² Wie oben dargestellt steht im Mittelpunkt des AÜG der Schutz der überlassenen AN, die dieses Schutzes insb deswegen bedürfen, weil sie nicht nur ihrem vertraglichen AG sondern noch gegenüber einer weiteren Person weisungsgebunden sind. Das AÜG schützt AN, weil sie durch die Befugnisse des Entleihers einem zweiten faktischen AG gegenüberstehen.³²³ Weshalb diese Bindung gegenüber dem Entleiher entsteht, ist irrelevant. Auch der Schutz der Stammebelegschaft durch das AÜG (§ 2 Abs 3 AÜG) spricht gegen eine Berücksichtigung der Sachzwänge. Die Stammebelegschaft soll bei der besonderen Konkurrenzsituation mit überlassenen AN geschützt werden, die dadurch entsteht, dass die Überlassenen aufgrund der Weisungsbindung gegenüber dem Beschäftiger wie eigene AN eingesetzt werden können. Auch dabei ist irrelevant, ob der Beschäftiger diese Weisungen bereits aufgrund von Sachzwängen erteilen können muss. Aus diesen Gründen ist es bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Leiharbeit bedenklich, wenn damit argumentiert wird, dass eine

³¹⁹ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 18.

³²⁰ *Rebhahn* in *Schwimmann*, ABGB³ § 1169 Rz 8.

³²¹ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

³²² *Reiner*, JBl 2010, 564.

³²³ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

Bindung der eingesetzten AN gegenüber dem einsetzenden Unternehmen in der Natur der Tätigkeit liegt und daher unbeachtlich sein soll.

Ähnlich zweifelhaft wie die Annahme eines eigenen Maßstabs abhängig von der Tätigkeit ist die Annahme eines eigenen Maßstabs für jeden Einsatzbetrieb. Letzteres wird von *Schindler* vertreten, der als Vergleichsmaßstab für die Beurteilung der Eingliederung und des Weisungsrechts StammAN des Beschäftigers/Werkbestellers vorschlägt, die eine ähnliche Tätigkeit ausüben.³²⁴ Richtig ist, dass die Betrachtung der StammAN wertvolle Indizien für die Prüfung der Überlassung bieten kann. So zeigt sich daran möglicherweise, auf welche Weise der Dienstleistungsempfänger seine Weisungsbefugnis ausübt. Verfehlt ist es jedoch, in der Stellung der StammAN einen allein anwendbaren Vergleichsmaßstab zu sehen und dadurch für jeden Beschäftigerbetrieb im Ergebnis einen unterschiedlichen Überlassungsbegriff anzuwenden. Dies folgt wieder aus dem Zweck des AÜG. Das Abstellen auf die persönliche Abhängigkeit der StammAN im Beschäftigerbetrieb wäre nur dann zutreffend, wenn der Schutz dieser StammAN der wesentliche Zweck des Überlassungsrechts wäre. Beim Schutz der StammAN steht wie schon häufiger erwähnt wurde, die Konkurrenz durch überlassene AN im Mittelpunkt. Diese Konkurrenz entsteht durch vergleichbare Einsetzbarkeit, die zumindest teilweise wiederum von einer gleichartigen Weisungsunterworfenheit abhängt. Berücksichtigt man nur den Zweck des Schutzes der jeweiligen StammAN, so reicht ein Vergleich mit deren Weisungsunterworfenheit aus um feststellen zu können, ob ein Ersatz droht, dieses Risiko müsste dann durch die Anwendbarkeit des AÜG verringert werden. Wie bereits gezeigt wurde, ist aber der Schutz der Überlassenen AN der Hauptzweck des AÜG. Dieser Zweck erlaubt gerade nicht, einen relativen Vergleichsmaßstab anzuwenden. Überlassene AN sind in ihrer besonderen Situation schutzwürdig, uzw unabhängig von der Situation der StammAN im jeweiligen Beschäftigerbetrieb. Ihre Schutzwürdigkeit hängt nicht davon ab, wie der Beschäftiger seine StammAN einsetzt. Ebenso abzulehnen ist daher das Ignorieren von Weisungen, die aus einer intensiveren Verbindung („wirtschaftliche Abhängigkeit“) zwischen den beteiligten Unternehmen resultieren.³²⁵

³²⁴ *Schindler* in ZellKomm² § 4 AÜG Rz 10: nur bei „wesentlich geringerer Eingliederung“ liege keine Arbeitskräfteüberlassung vor.

³²⁵ So auch *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 64 f.

D. Bedeutung der Z 1, 2 und 4 des § 4 Abs 2 AÜG

1. Einleitung

In dieser Untersuchung wird, wie bereits dargelegt, der Z 3 des § 4 Abs 2 AÜG Vorrang vor den anderen Ziffern eingeräumt. Das bedeutet aber nicht, dass die Z 1, 2 und 4 irrelevant sind. Es handelt sich dabei um eine bewusste Anordnung des Gesetzgebers. Bei der Qualifikation eines Drittpersonaleinsatzes als Arbeitskräfteüberlassung muss den Z 1, 2 und 4 eine wichtige Indizfunktion zugestanden werden.³²⁶

2. § 4 Abs 2 Z 1 AÜG

Wie der EuGH dargelegt hat, muss bei Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung gefragt werden, was „*der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist*“.³²⁷ Bei der Leiharbeit ist das nach Meinung des EuGH „*der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat*“. Dies folgt im nationalen Recht aus § 4 Abs 2 Z 1 AÜG, der auf die Leistung des Überlassers abstellt und bei den Anforderungen an einen Werkvertrag sehr streng ist. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass die Materialien darauf hindeuten, dass der Gesetzgeber mit dieser weiten Formulierung eigentlich auf die tatsächliche Verfügungsbefugnis über die eingesetzten AN verweist: „Die Rückführbarkeit des Arbeitsergebnisses auf den Werkunternehmer als dessen Leistung verlangt vor allem die ihm hinsichtlich der Werkentstehung zukommenden Dispositionsgewalt.“³²⁸ Dies zeigt sich in den Tatbestandselementen „Zurechenbarkeit“ und „mitwirken“, die daher zur Prüfung der Überlassung wenig Zusätzliches beitragen können.

Was bleibt ist der Hinweis der Z 1 auf das „Abweichen“ und die „Unterscheidbarkeit“ von den „Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des

³²⁶ Die Kriterien dieser Ziffern sind auch in der deutschen Lehre und Rsp aufgetaucht, wobei ihre Bedeutung im Einzelnen umstritten ist; *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014). Vgl zum deutschen Recht *Hamann*, Erkennungsmerkmale 176 ff, der grds als Abgrenzungsmerkmal nur das arbeitsbezogene Weisungsrecht anerkennt, der anderen Kriterien aber dennoch eine gewisse Bedeutung zugesteht.

³²⁷ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Tenor.

³²⁸ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17. Der Verweis auf die „Dispositionsgewalt“ in diesem Zusammenhang wurde bereits von *Geppert* (Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 108) verwendet, der darauf hinweist, dass hiermit auch „das dem Werkunternehmer gegenüber seinen Erfüllungsgehilfen zukommende Weisungsrecht verknüpft“ ist. Vgl davor bereits *Göbel* (BStSozArbR 1973, 328) der meint die „Unterscheidbarkeit des Werkergebnisses und seine Zuordnung zum Werkhersteller“ stünden „in engem Bezug zu den [...] Dispositionsrechten“.

Werkbestellers“. Mangelnde Unterscheidbarkeit spricht für Arbeitskräfteüberlassung. Geprüft soll also werden, ob das Arbeitsergebnis der überlassenen AN dem ähnelt, was StammAN herstellen. Dies kann durchaus ein Indiz für eine Weisungsbindung der überlassenen AN sein. Dahinter steht nämlich der Gedanke, dass der Werkbesteller sein Kerngeschäft grds nicht aus der Hand geben will und bei Einbindung Dritter in diesen Bereich seinen Einfluss weiterhin durch Weisungen an die (daher überlassenen) AN ausüben wird. Natürlich ist dies nicht zwingend der Fall und bedarf daher der Überprüfung im Einzelfall. Ansonsten könnte etwa ein Reinigungsunternehmen die Reinigung der eigenen Büroräumlichkeiten nie im Rahmen eines Werkvertrags an ein anderes Unternehmen vergeben (auch wenn das ein seltener Wunsch sein wird). Dieselben Überlegungen sprechen dafür, umgekehrt auch der Ähnlichkeit der Tätigkeit der Arbeitskräfte mit dem Betriebszweck des Werkunternehmers/Überlassers eine gewisse Bedeutung beizumessen.³²⁹ Auch der EuGH gesteht dem Übereinstimmen der Arbeitsaufgabe der Arbeitskraft mit der Tätigkeit des zur Verfügung stellenden Unternehmens eine, allerdings widerlegbare, Indizfunktion zu.³³⁰

3. § 4 Abs 2 Z 2 AÜG

Diese Norm verlangt die Prüfung, wer vorwiegend Materialien und Werkzeuge zur Dienstleistungserbringung zur Verfügung stellt. Tut dies der Dienstleistungsempfänger, spricht das für eine Arbeitskräfteüberlassung. Bereits die Materialien schränken die Bedeutung dieser Ziffer ein,³³¹ ebenso der Durchführungserlass.³³² Auch in der Lehre wird die Z 2 einschränkend interpretiert.³³³ Teilweise wird vertreten, dem Werkzeug komme mehr Bedeutung zu als dem Material.³³⁴

³²⁹ Vgl zu diesem Kriterium *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 108 f.

³³⁰ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 50. Vgl SA des GA *Bot*, 09.09.2010, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 68: „nur ein Indiz“.

³³¹ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17: „Aber nicht jede Benutzung von Geräten soll die Einstufung als Überlassung zur Folge haben, sondern nur jene, die bei Würdigung aller Umstände des konkreten Falles das Vorliegen des Tatbestandes der Überlassung von Arbeitskräften erhärtet.“

³³² DE, Beilage zu ZI 36902/2-2/88, 463 mit beinahe identem Wortlaut wie in den Materialien.

³³³ *Mazal* in FS Krejci 1605 f; *Grillberger*, wbl 1988, 313 (314); *Kerschner*, DRdA 1989 136; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 21.

³³⁴ *Geppert*, AÜG 59; *Schindler* in ZellKomm² § 4 AÜG Rz 9; vgl auch VwGH 2001/09/0073 ZfVB 2004/901. Interessant ist, dass § 1166 ABGB das Bereitstellen von Material durch den Hersteller bei der Abgrenzung vom Kaufvertrag gerade als Indiz gegen einen Werkvertrag wertet, während § 4 Abs 2 Z 2 AÜG in der Bereitstellung der Materialien durch den Dienstleistungserbringer ein Indiz für einen Werkvertrag sieht.

Beim Zurverfügungstellen der Arbeitsmittel handelt es sich wiederum um ein Merkmal, das bei Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft für einen AV spricht.³³⁵ Schon die Materialien zu § 1151 ABGB nennen die Leistungserbringung „mit den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers“ als Element des Dienstvertrags im Gegensatz zum Werkvertrag, wo „mit eigenen Mitteln“ gearbeitet wird.³³⁶ Das „Arbeitsmittelrisiko“ ist Teil des allg Unternehmensrisikos³³⁷ und bezeichnet das Risiko, dass die bereitgestellten Arbeitsmittel für die zugewiesene Tätigkeit sinnvoll eingesetzt werden können.³³⁸

In vielen Fällen wird die Weisungserteilung mit der Ausstattung mit Werkzeug einhergehen. Wer weiß wie und wozu AN genau eingesetzt werden, wird am besten beurteilen können, mit welchen Werkzeugen sie auszustatten sind. Das Gleiche gilt auch umgekehrt. Wer beurteilen kann welche Geräte er braucht, weiß meistens auch wie die Arbeitskraft am besten eingesetzt wird. Insb bei komplizierten Tätigkeiten kann in der Kenntnis über spezielle Werkzeuge ein Indiz für Know-How erblickt werden. Mit der Fachkenntnis wird dann wiederum in vielen Fällen die Weisungsbefugnis einhergehen. Das gilt aber selbstverständlich nicht für alle Tätigkeiten gleichermaßen. Wer einen AN in der Baubranche mit einem Werkzeuggürtel ausstattet, muss noch nicht wissen, wozu er diesen einsetzen soll.

4. § 4 Abs 2 Z 4 AÜG

Nach dieser Bestimmung ist relevant, ob der Werkunternehmer für den Erfolg seiner Leistung haftet. Tut er dies nicht, spricht das für Arbeitskräfteüberlassung. Im Grunde handelt es sich bei dieser Bestimmung um einen Verweis auf den Unterschied zwischen Dienstverschaffungsvertrag und Werkvertrag.³³⁹ Der Hinweis auf die Ausgestaltung der Haftung wurde schon in der frühen Judikatur des BAG zur Abgrenzung verwendet.³⁴⁰ Problematisch an diesem Element ist, dass es nicht bedenkt, dass als dritte

³³⁵ Vgl *Strasser*, DRdA 1992, 100 f. „Arbeitsgeräte“; *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 114. Vgl auch *Tomandl* (Arbeitskräfteüberlassung 21), der das Element bei der Prüfung von Arbeitskräfteüberlassung aber für „überflüssig“ hält. Der OGH (4 Ob 19/65 Arb 8030) hat ein Dienstverhältnis ua deswegen verneint, weil ein Vertreter die Reisespesen selber trägt. *Rebhahn* (in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 114) sieht im Bereitstellen der Arbeitsmittel durch den Arbeitenden nur ein „schwaches Indiz“ gegen einen AV, weil diese Vereinbarung sittenwidrig sein kann.

³³⁶ 78 BlgHH 21. Session 206 f.

³³⁷ Vgl zur Bedeutung des Unternehmerrisikos im Arbeitsrecht *Reiner*, Der OGH, das Arbeitsrecht und das Unternehmerrisiko: Ein erster Befund, ZAS 2008, 203 der auch das „Betriebsmittelrisiko“ anführt (207).

³³⁸ *Rebhahn*, in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 116.

³³⁹ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 21.

³⁴⁰ Vgl *Ritzberger-Moser/Strasser*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung 52.

Alternative auch ein freier Dienstvertrag vorliegen kann, der durch Gehilfen erfüllt wird. Dann wird ebenfalls nicht für den Erfolg gehaftet, dennoch liegt nicht zwingend Arbeitskräfteüberlassung vor (vgl unten VIII.).

Diese Ziffer verweist also eindeutig auf den Inhalt des Vertrags zwischen dem AG und dem Dienstleistungsempfänger. Wie bereits gezeigt wurde, ist das problematisch, weil der Inhalt des Vertrags dem eingesetzten AN oft nicht bekannt sein wird.³⁴¹ So will auch *Schindler* eine „interne“ Gewährleistungsvereinbarung streng prüfen, eine „bloß formelle Vereinbarung“ reiche nicht aus.³⁴² Ein vermeintlicher Beschäftigter oder Überlasser sollte sich daher gegenüber der eingesetzten Arbeitskraft nicht auf eine, diesem unbekannt, Vertragsbestimmung berufen können. Dies ändert aber nichts daran, dass ein Zusammenhang zwischen der Risikotragung und der Weisungsbefugnis besteht. Wer für ein Werk einsteht wird grds die Ausführung und damit auch die eingesetzten AN kontrollieren wollen. Wie oben (II.C.) bereits aufgezeigt, kann der Inhalt des Werk- oder Dienstverschaffungsvertrags insb dann relevant sein, wenn die Erfüllung des Vertrags noch nicht begonnen hat. Die Überprüfung der tatsächlichen Weisungserteilung an den eingesetzten AN ist ja dann noch nicht möglich. Stattdessen bleibt nur die Beurteilung der zugrundeliegenden Verträge. Dann wird auch den Haftungsbestimmungen zwischen den beiden Unternehmern einige Bedeutung zukommen, da sie die Weisungsbefugnis des Haftenden indiziert. Wie oben (II.B.) bereits gesagt, wird derjenige, der für den Erfolg haftet, sich auch die Möglichkeit sichern, den Erfolgseintritt durch Direktion der eingesetzten Arbeitskräfte beeinflussen zu können. *Schüren* hat zum deutschen Recht jüngst vertreten, dass neben der Haftung auch das „Qualitätsmanagement“ eine entscheidende Rolle spielt.³⁴³ Insb wenn die Haftung nicht feststellbar ist, sei darauf abzustellen, wer die „Personaleinsatzplanung, Personalentwicklung und Prozessoptimierung“ vornimmt. Ist dies der Vertragspartner der eingesetzten Arbeitskräfte so spreche dies für seine Verantwortung für das Arbeitsergebnis und damit für einen Werkvertrag und gegen Arbeitskräfteüberlassung.

³⁴¹ Vgl für Deutschland im Hinblick auf die Beweislastverteilung *Francken*, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- und Dienstverträgen, NZA 2013, 985 (986); *Greiner*, NZA 2013, 702; LAG Baden-Württemberg 01.08.2013, 2 Sa 6/13.

³⁴² *Schindler* in *ZellKomm*² § 4 AÜG Rz 13.

³⁴³ *Schüren*, Qualitätsmanagement des Subunternehmers als Indiz zum Nachweis eines Werkvertrags – eine (weitere) Skizze, in FS Wank (erscheint 2014).

E. Sonderfall bei Zwischenvorgesetzten?

Schindler hat zu dem Sonderfall Stellung genommen, dass ein „Zwischenvorgesetzter“ des Werkunternehmers die Dienst- und Fachaufsicht ausübt.³⁴⁴ Er bejaht in diesem Fall dann das Vorliegen einer Überlassung, wenn der Zwischenvorgesetzte wiederum Weisungen vom Werkbesteller erhalten. Im Verhältnis Werkbesteller/Zwischenvorgesetzter stehe das Vorliegen von Fachaufsicht im Vordergrund.

Der erste Teil dieser Meinung ist überzeugend. Auch *Hamann* hält es wie *Schindler* für unerheblich, wenn Weisungen des Beschäftigers/Werkbestellers über einen Zwischenvorgesetzten des Überlassers/Werkunternehmers an die eingesetzten AN weitergeleitet werden.³⁴⁵ Entscheidend sei nicht „wer die Weisungen ausspricht, sondern von wem sie herrühren“.³⁴⁶ Es wird von vergleichbaren Verschleierungsversuchen in den USA berichtet, wo durch einen „on-site Manager“, der durch den Überlasser gestellt wird, verhindert werden soll, dass der Beschäftiger als Arbeitgeber qualifiziert wird. Diesem Versuch wird im Schrifttum ebenfalls wenig Aussagekraft zugestanden.³⁴⁷

Im zweiten Teil seiner Aussage versucht *Schindler* zu definieren, wann ein solcher Zwischenvorgesetzter vorliegt, und stellt dabei die Fachaufsicht in den Vordergrund, also die Erteilung von fachlichen Weisungen. Diese Modifikation der Prüfung ist nicht sinnvoll.³⁴⁸ Entscheidend muss sein, ob der Werkbesteller im Ergebnis über die (übrigen) AN des „Werkunternehmers“ verfügen kann, wie über eigene AN. Warum die Anforderungen an den Inhalt des Weisungsrechts geringer werden sollen, wenn eine weitere Person dazwischen geschaltet wird, ist demgegenüber nicht verständlich. Die Ansicht *Schindlers* darf nicht dazu führen, dass das Element der Dienstaufsicht weitgehend entwertet wird. Gerade die Dienstaufsicht wird durch einen „herkömmlichen“ Werkbesteller nicht ausgeübt. Gerade diese Weisungen (betreffend Arbeitszeit, Arbeitspausen, evtl Meldung von Dienstverhinderung³⁴⁹) durch den Beschäftiger führen dazu, dass dem AN ein weiterer, faktischer AG gegenübersteht. Nur dann benötigt der AN Schutz durch die Bestimmungen des AÜG.

³⁴⁴ *Schindler* in ZellKomm² § 4 AÜG Rz 12; *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 379.

³⁴⁵ *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 185; ausf *Hamann*, Erkennungsmerkmale 237 ff.

³⁴⁶ *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 185.

³⁴⁷ *Davidov*, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, *British Journal of Industrial Relations* 2004, 727 (737).

³⁴⁸ Vgl zum Folgenden *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 379.

³⁴⁹ *Schindler* in ZellKomm² § 4 AÜG Rz 11.

F. Divergenz zwischen Vereinbarung und Durchführung

In der Praxis dürften jene Fälle von einiger Bedeutung sein, in denen sich die faktische Handhabung eines vermeintlichen Werkvertrags von dessen vereinbartem Inhalt unterscheidet. Das ist etwa der Fall, wenn im Vertrag eine selbständige Leistung des vermeintlichen Werkunternehmers versprochen wird, faktisch wird die Leistung dann aber durch den Werkbesteller gestaltet, insb auch die Rahmenbedingungen der Arbeitsleistung der AN. Der Werkbesteller steuert also den Arbeitseinsatz der AN des „Werkunternehmers“ durch (persönliche) Weisungen. Möglich ist, dass dies dem wahren Willen der beteiligten Unternehmen entspricht, dass also von Beginn an eigentlich eine Personalbereitstellung geplant war. Denkbar ist aber auch, dass der Werkbesteller ohne den Willen des Werkunternehmers tätig wird, etwa weil er später merkt, dass der Werkunternehmer nicht über die notwendigen Fachkompetenzen verfügt.³⁵⁰ Jedenfalls führt das Weisungsrecht des einsetzenden Unternehmens dazu, dass die dreipersonale Arbeitsbeziehung nach der dargelegten Abgrenzung grds als Arbeitskräfteüberlassung zu qualifizieren wäre. Fraglich ist, ob dem die anderslautende Vereinbarung zwischen den betroffenen Unternehmen entgegenstehen kann.

Geppert hat darauf hingewiesen, dass es bei der Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung auf die „tatsächliche Durchführung des Vertrages“ ankommt, weil das Resultat sonst von „der Formulierungskunst der Beteiligten abhängig“ wäre.³⁵¹ Fraglich ist allerdings, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, wenn der Dienstleistungsempfänger dem AN Weisungen erteilt, obwohl ihm das vom vertraglichen AG nicht erlaubt wurde. In Deutschland sind die Rechtsfolgen solcher sog „eigenmächtigen Weisungen“ umstritten.³⁵²

Zu bedenken ist, dass das AÜG überlassene AN wegen ihrer besonderen Position zwischen zwei Dienstgebern schützen will.³⁵³ Dies muss dann auch schon bei der Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung berücksichtigt werden. Der AN hat, wie dargelegt wurde, meist keine Kenntnis des Inhalts des Werk- oder Dienstverschaffungsvertrags. Zu prüfen ist daher das Erklärungsverhalten des vertraglichen AG gegenüber seinem AN im Einzelfall. Eine Rolle wird dabei besonders

³⁵⁰ *Schüren*, NZA 2013, 177; vgl auch *Hamann*, Erkennungsmerkmale 215.

³⁵¹ *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 108 f; auch für das deutsche BAG dürfte die tatsächliche Durchführung im Vordergrund stehen; vgl *Greiner*, NZA 2013, 698.

³⁵² Vgl *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 179; *Rieble*, ZfA 2013, 142 f.

³⁵³ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

spielen, ob dieser AN im Vorfeld bereits bei Arbeitskräfteüberlassungen oder doch „bloß“ zur Erfüllung von Werkverträgen eingesetzt wurde. Soweit ersichtlich wird von einem AN in einer zweipersonalen Arbeitsbeziehung auch nicht verlangt zu prüfen, ob ein Vorgesetzter zur Erteilung einer bestimmten Weisung befugt ist.³⁵⁴

Hinter dem geschilderten Problem steht die Frage, wessen Interessen höher zu bewerten sind: Die des Unternehmers, dessen Vertrag verletzt wird, oder die des AN, der davon ebenfalls unmittelbar betroffen ist. Der OGH hat dazu bereits in einem Urteil zu einer (vertragswidrigen) Subüberlassung Stellung genommen.³⁵⁵ Der Beschäftigte hat in diesem Fall die ihm überlassenen AN an ein anderes Unternehmen weiterüberlassen, wodurch den AN weitere Ansprüche entstanden sind. Der vertragliche AG, also der erste Überlasser wollte diese zusätzlichen Ansprüche der AN nicht befriedigen, weil sie erst durch den Vertragsbruch des ersten Beschäftigten entstanden sind. Der OGH führt dazu aus: *„Beizupflichten ist der Revisionswerberin, dass der Überlasser schutzbedürftig ist, wenn der (Erst-)Beschäftigte als sein Vertragspartner unter Verletzung des mit dem Überlasser geschlossenen Vertrags den Arbeitnehmer weiter überlässt und dadurch gegenüber dem vertraglich vorgesehenen Einsatz beim Erstbeschäftigten zusätzliche Ansprüche des Arbeitnehmers auslöst. Den notwendigen Schutz bietet aber der zwischen dem Überlasser und dem Erstbeschäftigten bestehende Vertrag, bei dessen Verletzung durch den Erstbeschäftigten dem Überlasser Ersatzansprüche gegen den Erstbeschäftigten zustehen. Hingegen wäre es mit dem dem Arbeitskräfteüberlassungsrecht zugrunde liegenden Schutzgedanken nicht vereinbar, den Schutz des Überlassers gegen Vertragsverletzungen des Erstbeschäftigten auf dem Rücken des Arbeitnehmers durch eine Splittung der Entgeltansprüche zu gewährleisten.“* Der OGH ist also der Ansicht, dass der Schutz der überlassenen AN verlangt, dass dessen Ansprüche von Vertragsstreitigkeiten der Unternehmer unberührt bleiben. *Schindler* wendet in seiner Entscheidungsanmerkung die Lösung des OGH auch auf den Fall an, dass der Beschäftigte den AN in einer anderen Position mit anderer Einstufung verwendet, woraus ein höherer Entgeltanspruch erwächst.³⁵⁶ Auch in diesem Fall müsse der Überlasser dennoch zahlen und könne sich im Anschluss am vertragswidrig handelnden Beschäftigten regressieren. Dem OGH und ihm

³⁵⁴ Dazu *Beer*, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers (1992) 149, nach dem dann eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht zu prüfen ist.

³⁵⁵ OGH 9 ObA 91/07h DRdA 2010/10 (*Schindler*) = ZAS 2011/7 (*Pačić*). Vgl zur Subüberlassung *Mazal*, Zur Zulässigkeit von Subüberlassung, *ecolex* 2001, 256.

³⁵⁶ *Schindler*, DRdA 2010, 135.

folgend *Schindler* ist also zu entnehmen, dass der Schutz des (überlassenen) AN höher zu bewerten ist, als der Schutz des Werkunternehmers/Überlassers bei Vertragsverletzungen durch den Werkbesteller/Beschäftiger. Diese Grundwertung muss dann auch bei der Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung beachtet werden. Das spricht dafür, auch jene Weisungen bei der Qualifikation des Drittpersonaleinsatzes zu berücksichtigen, zu denen der Dienstleistungsempfänger eigentlich vertraglich nicht ermächtigt ist. Dem Überlasser/Werkunternehmer bleibt ein vertraglicher Schadenersatzanspruch gegen den Dienstleistungsempfänger.

G. Zusammenfassung

Zentral für die Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung ist die überwiegende Ausübung des Weisungsrechts durch den Beschäftiger, wobei auch fachliche Weisungen zu berücksichtigen sind. Abzulehnen ist die Argumentation mit „Sachzwängen“. Relevant sind daher auch eine Weisungsunterworfenheit und andere Bindungen des AN, die bereits aus der „Natur“ der Tätigkeit folgen. Bei der Prüfung der Verfügungsbefugnis des Beschäftigers ist grds irrelevant, wie sich dieser gegenüber den StammAN verhält.

Im Mittelpunkt der Prüfung steht zwar Z 3 des § 4 Abs 2 AÜG, den anderen Ziffern kommt aber eine wichtige Indizfunktion für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung zu. Gem Z 1 ist zu prüfen, ob das Drittpersonal ähnliche Tätigkeiten ausführt wie die Stammebelegschaft. Trifft dies zu, ist anzunehmen, dass der Werkbesteller/Beschäftiger die Leistung des Drittpersonals, ebenso wie die seiner eigenen AN steuert. Ähnliches gilt gem Z 2 für das Bereitstellen des Werkzeugs. Erfolgt dies durch den Dienstleistungsempfänger kann das ein Indiz dafür sein, dass er auch über das Know-How verfügt und dementsprechend den Einsatz des Drittpersonals durch Weisungen steuert. Z 4, die auf den Inhalt des Vertrags zwischen den beiden Unternehmern verweist, wird dann von Bedeutung sein, wenn eine Qualifikation vor Beginn des Erfüllungsstadiums erfolgen muss.

Die Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung kann nicht dadurch verhindert werden, dass der Beschäftiger/Werkbesteller seine Weisungen an die eingesetzten AN über einen Zwischenvorgesetzten des Überlassers/Werkunternehmers erteilt. Zuletzt sind für die Qualifikation auch Weisungen des Beschäftigers/Werkbestellers zu berücksichtigen, zu denen er aus dem Vertrag mit dem Überlasser/Werkunternehmer eigentlich nicht berechtigt ist.

VIII. Exkurs: Freier Dienstvertrag und Arbeitskräfteüberlassung

Wie oben dargestellt wurde, liegt bei Abschluss eines Werkvertrages nur in Ausnahmefällen Arbeitskräfteüberlassung vor. Daraus lässt sich allerdings nicht ableiten, dass umgekehrt bei Verneinen eines Werkvertrages jedenfalls Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.³⁵⁷ In diese Richtung deutet allerdings § 4 Abs 2 Z 1 AÜG, der anzuzeigen scheint, dass bei Nichtvorliegen eines „Werks“ Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Nach § 4 Abs 2 Z 4 AÜG wird Überlassung indiziert, wenn nicht für einen Erfolg gehaftet wird. Der VwGH³⁵⁸ scheint ebenfalls zu unterstellen, dass bei Nichtvorliegen eines Werkvertrages immer der Vertragstyp des Dienstverschaffungsvertrags erfüllt ist, der üblicherweise einer Arbeitskräfteüberlassung zugrunde liegt. Diese Ansicht würde jedoch die Privatautonomie beschränken.³⁵⁹ Neben dem Werkvertrag und dem Dienstverschaffungsvertrag kommen noch andere Vertragstypen in Betracht, bei denen eine Dienstleistung durch AN in einem anderen Unternehmen erbracht werden. Dafür spricht auch, dass der WV in den Materialien nur als häufigster Fall der Umgehung der Arbeitskräfteüberlassung genannt wird,³⁶⁰ es muss daher auch andere Fälle geben. In Deutschland wird die Diskussion um die Abgrenzung der Überlassung so auch nicht auf den WV verengt, wenngleich die Abgrenzung vom WV auch dort die größte Bedeutung hat.³⁶¹ Wie in Deutschland, wird in Österreich das Bestehen eines freien Dienstvertrags möglich sein. Wie beim WV unterscheidet sich auch beim freien Dienstvertrag grds der Leistungsgegenstand von dem eines Dienstverschaffungsvertrags. Beim freien Dienstvertrag wird eine gattungsmäßig beschriebene Leistung geschuldet, die nicht in persönlicher Abhängigkeit erbracht wird,³⁶² beim Dienstverschaffungsvertrag hingegen die Verschaffung von abhängigen Dienstleistungen.³⁶³ Auch beim freien Dienstvertrag können Erfüllungsgehilfen eingesetzt werden,³⁶⁴ insb auch AN des freien Dienstnehmers.

³⁵⁷ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 379.

³⁵⁸ Der VwGH vertritt, dass „angesichts der rechtlichen Unmöglichkeit des Abschlusses eines Werkvertrages über einfache, bloß mengenmäßig bestimmte Arbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, die Beschäftigung überlassener Arbeitnehmer anzunehmen ist.“ (VwGH 02.10.2003, 2001/09/0067).

³⁵⁹ Vgl dazu und zum Folgenden *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 379.

³⁶⁰ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

³⁶¹ Vgl *Hamann in Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 112 f.

³⁶² *Rebhahn in ZellKomm²* § 1151 ABGB Rz 127 ff.

³⁶³ *Hamann in Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 199. In Deutschland erfasst Überlassung nur die Verschaffung der Dienste von AN.

³⁶⁴ OGH 1 Ob 269/99m RdM 2000, 90 (*Kopetzki*) zur Haftung eines Belegarztes für den Anästhesisten. Dies ergibt sich schon daraus, dass gesagt wird (vgl zB *Rebhahn in ZellKomm²* § 1151 ABGB Rz 89), die

Die Prüfung einer Arbeitskräfteüberlassung ist beim freien Dienstvertrag noch schwieriger als beim Werkvertrag, weil sich die Vertragsinhalte mangels Erfolgsverbindlichkeit im freien Dienstvertrag noch ähnlicher sind.³⁶⁵ Auch beim freien Dienstvertrag muss geprüft werden, wer das Weisungsrecht über die eingesetzten AN ausübt, der freie Dienstgeber oder der freie Dienstnehmer.³⁶⁶

Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung sei ein charakteristisches Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft.

³⁶⁵ *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 206.

³⁶⁶ Vgl für Deutschland *Hamann* in *Schüren*, AÜG⁴ § 1 Rz 207.

3. Teil: Langfristige Arbeitskräfteüberlassung

1. Einleitung

A. Langfristige Überlassung als atypische Überlassung

Anlass der vorliegenden Untersuchung ist eine E des OGH aus dem Jahr 2003.³⁶⁷ Darin qualifizierte der OGH eine neunjährige Überlassung als „atypische Arbeitskräfteüberlassung“. Er hat damit die Frage aufgeworfen, ob die österr Arbeitsrechtsordnung langfristigen Überlassungen ablehnend gegenübersteht.

Wie viele AN „langfristig“ überlassen sind, ist schwierig zu beantworten. Dafür müsste man eine genaue Zeitgrenze für den Begriff „langfristig“ definieren. Die Schwierigkeit eine solche Grenze zu begründen, wird in der vorliegenden Arbeit insb bei der Beurteilung des Unionsrechts dargestellt. Einen gewissen Eindruck kann aber die Statistik des BMASK zur Arbeitskräfteüberlassung³⁶⁸ vermitteln. Sie liefert Zahlenmaterial zur Frage, wie viele Überlassungen länger als ein Jahr dauern. Bei Arbeitern waren dies im Jahr 2012 13733, bei Angestellten 7448 Personen. Dies sind etwa 22% der überlassenen Arbeiter, demgegenüber aber beinahe 50 % der Angestellten.³⁶⁹ 2013 erfolgten 35 % der Überlassungen für länger als ein Jahr, bei Angestellten sogar deutlich mehr als die Hälfte aller Überlassungen. Im Vergleich zu den Zahlen etwa im Jahr 2006 kann eine Zunahme der über einjährigen Überlassungen festgestellt werden.³⁷⁰ Die österreichischen Zahlen wurden sogar in der englischsprachigen Literatur als Illustration für die Entwicklung zu langfristigen Überlassungskonstruktionen genannt.³⁷¹ Es ist zu vermuten, dass ein Teil der bereits einjährigen Überlassungen auch noch weitere Jahre aufrechterhalten werden. *Resch* vermutet jedoch, dass Unternehmen gut qualifizierten AN

³⁶⁷ OGH 9 ObA 113/03p DRdA 2004/47 (*Balla*).

³⁶⁸ Früher abrufbar unter <https://akupav.eipi.at/akupav/>.

³⁶⁹ Der Befund von *Geppert* (in FS Schwarz 247) aus dem Jahr 1991, langfristige Überlassung betreffe eher Angestellte als Arbeiter, ist daher weiterhin zutreffend.

³⁷⁰ Vgl. *Schörghofer*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Flexibilisierung und ArbeitnehmerInnenschutz, Juridikum 2014, 88 (93).

³⁷¹ *Davidov*, British Journal of Industrial Relations 2004, 728 f.

aktuell an sich binden wollen und erwartet daher bei jenen AN ein Rückgang langfristiger Überlassungen.³⁷²

Es liegt in der Natur der Arbeitskräfteüberlassung, dass der Überlasser als vertraglicher AG gegenüber dem faktischen AG, dem Beschäftiger, teilweise in den Hintergrund tritt. Bei länger dauernden Überlassungen ist dieser Effekt potentiell verstärkt. Wird der AN lange Zeit an denselben Beschäftiger überlassen, hat er wahrscheinlich kaum Kontakt mit seinem vertraglichen AG, wesentliche Bezugsperson ist sein Beschäftiger. Die zulässige Dauer der Überlassung entscheidet über die Auswirkung der Arbeitskräfteüberlassung auf die AN, auf das Gleichbehandlungsrecht und die kollektive Rechtsgestaltung im Arbeitsrecht.³⁷³ Aus diesen Gründen wird im Schrifttum gesagt, die zulässige Dauer der Überlassung sei eine „Grundfrage“ der Arbeitskräfteüberlassung.³⁷⁴ Im Folgenden wird dargestellt, wie das österr Arbeitsrecht und das Unionsrecht diese „Grundfrage“ beantworten.

B. Benachteiligung überlassener Arbeitnehmer

1. Einleitung

Bei einer Untersuchung der langfristigen Überlassung stellen sich zu Beginn zwei Fragen. Erstens, warum diese in der Praxis vorkommt. Zweitens, warum sie für die betroffenen AN problematisch sein kann. Die Antwort auf beide Fragen liegt, zumindest zum Teil, in der Benachteiligung überlassener AN gegenüber AN die direkt angestellt werden. Das hat für die beteiligten Unternehmen Vorteile, insb teilweise eine Kostenersparnis. Dem stehen Nachteile der überlassenen AN gegenüber. Diese Nachteile sollen im Folgenden kurz dargestellt werden. Dabei handelt es sich nur um einen Überblick. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf der Beendigung der Überlassung.

³⁷² *Resch*, Teilhabe an Betriebspensionssystemen für überlassene Arbeitskräfte, in *Raschauer/Resch* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 97 (99).

³⁷³ *Kiss/Bankó*, Die Arbeitnehmerüberlassung im ungarischen Arbeitsrecht und die Richtlinie über Leiharbeit, EuZA 2010, 208 (214).

³⁷⁴ *Kiss/Bankó*, EuZA 2010, 214.

2. Benachteiligung in den Arbeitsbedingungen während einer Überlassung

Das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ und die Gleichstellung bzgl anderer Arbeitsbedingungen sind im AÜG nur partiell verwirklicht³⁷⁵. Der Überlassene kann während einer Überlassung auf allen im Arbeitsrecht relevanten Regelungsebenen gegenüber Stammarbeitnehmern benachteiligt werden.

Auf Ebene des KV ist diese Benachteiligung auf den ersten Blick kaum ersichtlich. Gem § 10 AÜG gebührt dem überlassenen AN angemessenes, ortsübliches Entgelt, während der Überlassung wird dieses nach dem im Beschäftigerbetrieb anwendbaren KV bestimmt. Nach § 10 Abs 1 Satz 2 bleibt der KV, dem der Überlasser unterliegt, davon „unberührt“. Fraglich ist, ob diese Bestimmung die Möglichkeit einräumt, durch den Überlasser-KV auch eine für AN ungünstigere Regelung zu treffen.³⁷⁶ § 8 Abs 1 AÜG ordnet die relativ zwingende Wirkung des AÜG nur gegenüber vertraglichen Abweichungen an. Denkbar wäre ein KV, der für Stehzeiten ein niedrigeres als das angemessene Entgelt und für Zeiten der Überlassung ein niedrigeres Entgeltniveau als im Beschäftiger-KV vorsieht. In Deutschland war das Abweichen vom Grundsatz des „equal pay“ durch Tarifvertrag lange Zeit ein wichtiger Grund für die Attraktivität der Arbeitskräfteüberlassung.³⁷⁷ In Österreich ist die Zulässigkeit „ungünstigerer“ Überlasser-KV im Moment eine rein theoretische Frage. Der für Arbeiter anwendbare KV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung (in der Folge: KVAÜ) wiederholt in Abschnitt IX.3. den gesetzlichen Anspruch auf das Entgelt gem Beschäftiger-KV und gewährt teilweise sogar darüber hinausgehendes Entgelt.³⁷⁸ Auch das zumindest teilweise Schweigen des auf überlassene Angestellte anwendbaren KV Gewerbe/Angestellte³⁷⁹ und anderer wegen Vorliegen eines Mischbetriebs anwendbaren KV³⁸⁰ wird mangels anderweitiger Hinweise wohl nicht als versuchter Ausschluss des Anspruchs auf Berücksichtigung des

³⁷⁵ Grünanger, *ecolex* 2009, 426. OGH 9 ObA 111/07z DRdA 2009, 345 (*Schindler*).

³⁷⁶ Mazal, *Arbeitskräfteüberlassung* 39.

³⁷⁷ Jedoch wird diese Möglichkeit durch den 2011 eingeführten § 3a dAÜG, der ein Verfahren zur Festlegung eines Mindestlohns für Leiharbeit vorsieht, eingeschränkt; vgl dazu *Leuchten*, *Das neue Recht der Leiharbeit*, NZA 2011, 608 (610); bereits davor wurde diese Attraktivität wohl durch die Geschehnisse um die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen gemindert, vgl dazu *Schindele/Söhl*, *Zwei Jahre danach: Die CGZP-Entscheidung und ihre Folgen*, *ArbAktuell* 2013, 63.

³⁷⁸ In bestimmten Hochlohnbranchen gewährt der KVAÜ eine Annäherung an branchenübliche Ist-Löhne; vgl dazu *Schindler*, *KVAÜ*² 26, 265 ff.

³⁷⁹ Rahmen-KV für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting.

³⁸⁰ Vgl *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, *AÜG*² 190 f.

Beschäftiger-KV verstanden. Auch wenn der Wortlaut des § 10 Abs 1 Satz 2 AÜG in die andere Richtung weist, wird in Österreich die Möglichkeit im Vergleich zu § 10 Abs 1 Satz 3 AÜG ungünstigeren Überlasser-KV abzuschließen, soweit zu sehen, eher verneint.³⁸¹ Gegen die KV-Dispositivität des § 10 Abs 1 AÜG spricht, dass die Gleichstellung auch den Interessen der StammAN vor einer „Billigkonkurrenz“ dient. Im Moment werden diese Interessen wegen der innergewerkschaftlichen Willensbildung bei den Verhandlungen über den Überlasser-KV zwar ausreichend berücksichtigt.³⁸² Zumindest denkmöglich wäre aber auch der KV-Abschluss durch eine unabhängige Koalition von AN in Überlassungsunternehmen, die die Interessen der Stammebelegschaft bei ihrer Willensbildung nicht berücksichtigt.

Trotz der Unzulässigkeit „verschlechternder“ Überlasser-KV ist eine Schlechterstellung der überlassenen AN gegenüber StammAN auf Ebene des KV möglich. Das ergibt sich jedenfalls daraus, dass nicht alle Ansprüche unter „Entgelt“ iSd § 10 fallen. Nach Ansicht des OGH ist etwa schon eine vom Beschäftiger-KV gewährte Abfertigung nicht mehr von dieser Regelung umfasst.³⁸³ Auch wenn diese Rechtsmeinung insb vor dem Hintergrund der Leiharbeits-RL nicht mehr aufrechtzuerhalten ist,³⁸⁴ bleiben jedenfalls jene KV-Begünstigungen von der Gleichstellung ausgenommen, die andere als die in § 10 AÜG genannten Regelungsgegenstände (Entgelt, Arbeitszeit, Urlaub, betriebliche Wohlfahrtseinrichtungen) betreffen.

Eine Schlechterstellung des Überlassenen kann sich auch auf betrieblicher Ebene ergeben. Problematisch ist hier die Aufspaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Möglichkeiten auf zwei BR, die zu Informationsdefiziten und Vertretungslücken führen kann. Auch die fehlende Anwendbarkeit von BV kann zu einer Benachteiligung führen. Von weiteren Voraussetzungen unabhängig ist hier nur die Anwendbarkeit der §§ 97 Abs 1 Z 1a; 99 Abs 5 ArbVG auf überlassene AN.³⁸⁵ Erste Voraussetzung der Anwendbarkeit anderer Beschäftiger-BV ist die AN-Eigenschaft im Beschäftigerbetrieb. Die Rsp und ihr

³⁸¹ Vgl *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 40. *Schindler* in *ZellKomm*² § 10 AÜG Rz 21. Allg gegen die KV-Dispositivität des AÜG *Geppert*, AÜG 101; *Schindler* in *ZellKomm*² § 8 AÜG Rz 3; aA bzgl der Bezahlung in Stehzeiten *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 189. Vgl dazu und zum Folgenden *Schörghofer* Gleichbehandlung und Gleichstellung im AÜG, in *Brodil* (Hrsg), Tagungsband der 6. Wiener Oktobergespräche: Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2014).

³⁸² Zur Bestimmung des Abschlusspartners innerhalb des ÖGB beim KVAÜ vgl *Schindler*, KVAÜ² 103.

³⁸³ OGH 9 ObA 113/03p DRdA 2004/47 (*Balla*); OGH 9 ObA 158/07m DRdA 2010/42 (*Wagnest*) = ZAS 2011, 35 (*Niksova*).

³⁸⁴ Vgl *Risak*, AÜG: Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag, *ecolex* 2004, 465; *Schörghofer*, ZAS 2012, 342.

³⁸⁵ *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 316.

folgend ein Teil der Lehre bejahen diese nur, wenn die Überlassung voraussichtlich zumindest für 6 Monate erfolgt,³⁸⁶ eine Änderung der Rsp ist bisher nicht erfolgt.³⁸⁷ In der Lehre wird weithin die bedingungslose AN-Eigenschaft des Überlassenen im Beschäftigterbetrieb vertreten.³⁸⁸ Darüber hinaus finden nach hA auf überlassene AN jedenfalls jene BV keine Anwendung, „die ausschließlich an die arbeitsvertraglichen Beziehungen anknüpfen“.³⁸⁹ Diese Meinung stammt noch aus der Zeit vor der Schaffung des AÜG und entstand vor dem Hintergrund, dass Rechte und Pflichten zwischen Beschäftigter und überlassener Arbeitskraft auch durch Gesetz oder KV nicht ausgestaltet waren, weswegen ein Anspruch der Überlassenen aus BV gegenüber dem Beschäftigter systemfremd erschien. So schreibt *Holzer* im Jahr 1982 „es wäre ja ein groteskes Ergebnis, wenn aus einer bloß faktischen Beschäftigung zwar keine arbeitsvertraglichen Ansprüche aus Gesetz und Kollektivvertrag, wohl aber aus der Betriebsvereinbarung ableitbar wären.“³⁹⁰ Dem AÜG sind heute Ansprüche der Überlassenen gegenüber dem Beschäftigter nicht mehr fremd (§ 6 Abs 3, § 10 Abs 6³⁹¹, § 14 AÜG). Der Gedanke ob dies eine Änderung der oben genannten Ansicht zur Nichtanwendung arbeitsvertragsbezogener BV nach sich ziehen muss, kann hier aus Platzgründen nicht weiterverfolgt werden.³⁹² Seit der Umsetzung der Leiharbeits-RL sind allerdings im Rahmen des § 10 AÜG auch BV als „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“ (unabhängig von der AN-

³⁸⁶ OGH 9 ObA 22/91 DRdA 1991, 352 (*Geppert*). Der OGH sieht die Dauer als Indiz dafür, dass „wesentliche Arbeitnehmerfunktionen auf den Beschäftigter übergehen“. Zustimmend *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 314 ff; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht² (2012) 533; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG (Hrsg) § 36 Rz 12; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm²* § 36 ArbVG Rz 8; *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht²⁴ (2010) 297 f.

³⁸⁷ *Mitschka* (Checkliste Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsverfassung, *ecolex* 2012, 458) meint im Urteil OGH 8 Ob A 108/06z ZAS 2008, 77 (*Gerlach*) eine Änderung der Rsp zu erblicken. Allerdings äußert sich der OGH nur zum BV Tatbestand des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG, zu dessen Anwendung (*Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 316) gerade keine AN-Eigenschaft iSd § 36 ArbVG erforderlich ist.

³⁸⁸ *Tomandl*, ZAS 2011, 249; *Schindler* in *ZellKomm²* § 3 AÜG Rz 15; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 132 f; *Geppert* in FS *Schwarz* 247 f; *Mazal*, Personalbereitstellung und Betriebsverfassung, RdW 1987, 375 (376); *Anzenberger*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsratsfonds, ASoK 2001, 385 (388 f); *Schnorr*, ZAS 1988, 98 f; *Jabornegg*, Ausgliederung und Betriebsverfassungsrecht, in *Brodil* (Hrsg), Ausgliederungen (2009) 43 (56).

³⁸⁹ *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 330 ff; vgl zu dieser Unterscheidung auch grundlegend *Holzer*, Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts (1982) 42 ff; für eine Anwendung aller BV wohl *Schindler*, Der Entgeltanspruch bei Arbeitskräfte-Überlassung, RdW 2000, 739 (746).

³⁹⁰ *Holzer*, Strukturfragen 44.

³⁹¹ Der genaue Umfang dieses Anspruchs ist schwierig zu bestimmen; *Bruckmüller*, Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und –maßnahmen für überlassene Arbeitskräfte, *ecolex* 2013, 549.

³⁹² *Holzer* (Strukturfragen 47) vertrat schon damals eine weitergehende Anwendbarkeit von BV für Beamte, weil diese eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung zum BI hätten, Vergleichbares kann heute wegen dem AÜG auch für überlassene AN gesagt werden.

Eigenschaft im Beschäftigertbetrieb) zu beachten.³⁹³ Wie bei KV-Ansprüchen ist dies allerdings auf die in § 10 AÜG erwähnten Regelungsgegenstände beschränkt.

Zuletzt hat der überlassene AN grds auch keinen Anspruch auf das überkollektivvertragliche Entgelt oder sonstigen Vergünstigungen, die der Beschäftigert seinen StammAN vertraglich schuldet.³⁹⁴ Es spricht zwar einiges dafür, dass freie BV und Betriebsübungen „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“ iSd § 10 AÜG sind und daher teilweise Gleichstellungsansprüche überlassener Arbeitskräfte begründen.³⁹⁵ Allerdings verhindert die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 lt Satz AÜG deren Beachtlichkeit bzgl des Entgelts in den meisten Fällen.³⁹⁶ Zu erwähnen ist allerdings, dass der KV für überlassene Arbeiter diese Benachteiligung in bestimmten Bereichen pauschal ausgleicht.³⁹⁷

3. Benachteiligung bei Beendigung der Überlassung

Eine wesentliche Benachteiligung überlassener AN besteht in der Gefahr der abrupten Beendigung der Überlassung. Personalabbau trifft typischerweise zuerst Überlassene.³⁹⁸ Zum einen dürften die Trennungskosten geringer sein als bei StammAN. Neben dieser Wirtschaftlichkeitsüberlegung wird in der Lehre vertreten, dass der Beschäftigert dazu auch in Ansätzen rechtlich verpflichtet sei. Bei Kündigungen von StammAN wird von diesen Stimmen die Betriebsbedingtheit verneint, wenn Überlassene weiterhin vergleichbare Tätigkeiten im Beschäftigertbetrieb ausführen.³⁹⁹ Vor kurzem musste sich der OGH das erste Mal mit diesem Problem beschäftigen.⁴⁰⁰ Er hält in einem obiter dictum fest, dass eine Austausch Kündigung, bei der ein StammAN durch einen LeihAN ersetzt wird, verboten ist. Demgegenüber sei die Kündigung eines StammAN bei

³⁹³ *Schörghofer*, ZAS 2012, 341.

³⁹⁴ OGH 9 ObA 195/01v ASoK 2002, 240; anderes gilt grds nur bzgl Wohlfahrtseinrichtungen und Wohlfahrtsmaßnahmen gem § 10 Abs 6 AÜG.

³⁹⁵ *Schörghofer*, ZAS 2012, 341 f; *Schörghofer*, *juridikum* 2014, 90; vgl auch bereits *Schindler*, DRdA 2009, 177. AA *Pöschl/Unterrieder*, *Novelle zum AÜG*, *ecolex* 2012, 999 (1000); *Burz*, *Die Tücken des (neuen) AÜG*, *ecolex* 2012, 1093 (1095).

³⁹⁶ *Schörghofer* in *Brodil* (erscheint voraussichtlich 2014); vgl dazu *Mazal*, *AÜG-Novelle 2012: Keine Gleichstellung im Entgelt bei doppelter Tarifbindung*, *ecolex* 2013, 100.

³⁹⁷ Vgl dazu genauer *Schindler*, *KVAÜ*² 199 ff.

³⁹⁸ Dies hat sich insb während der Wirtschaftskrise der letzten Jahre gezeigt, vgl *Geppert*, *Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung*, DRdA 2011, 507 (508); Vgl dazu und zum Folgenden *Schörghofer*, *Juridikum* 2014, 91.

³⁹⁹ *Geppert*, AÜG 40; *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 107. AA (ohne Begründung) *Schrank*, in *Tomandl*, *ArbVG* § 105 Rz 207.

⁴⁰⁰ OGH 8 ObA 31/13m DRdA 2014, 44 (*Goricnik*).

gleichzeitiger Weiterbeschäftigung eines LeihAN bei Vorliegen von sachlichen Gründen erlaubt, wie etwa im Anlassfall. Der gekündigte StammAN hatte einen im Vergleich zu den anderen AN eingeschränkten Verwendungsbereich, seine Kündigung erfolgte im Zuge von Rationalisierungsmaßnahmen. Mit dieser E folgt der OGH nicht der oben genannten Meinung in der Literatur. Vor dem OGH hatten schon *Schrank* und *Hutter* ähnliches vertreten.⁴⁰¹ Noch ist schwierig zu sagen, wie streng der OGH in Zukunft das Vorliegen eines sachlichen Grundes prüfen wird.⁴⁰² Kommt es zu wirtschaftlichen Schwierigkeiten, wird ein Sozialplan-BV im Beschäftigerunternehmen auf den überlassenen AN überwiegend nicht anwendbar sein.⁴⁰³ Ein Sozialplan beim Überlasser wird häufig schon daran scheitern, dass kein BR errichtet wurde.⁴⁰⁴

Durch die Beendigung der Überlassung wird nicht automatisch das Arbeitsverhältnis des AN zum Überlasser beendet. Es wird aber behauptet, dass die Beendigung der Überlassung in einem Großteil der Fälle auch zu einer Beendigung des AV führt.⁴⁰⁵ Der OGH hat dem Überlasser allerdings im Rahmen der Prüfung der objektiven Betriebsbedingtheit einer Kündigung⁴⁰⁶ nach Ende einer Überlassung eine weitgehende soziale Gestaltungspflicht auferlegt.⁴⁰⁷ Diese ist bei der Kündigung eines Mitarbeiters eines Überlassers nicht erfüllt, „wenn nach dem üblichen Geschäftsgang damit zu rechnen ist, daß sich innerhalb eines zumutbaren Zeitraumes eine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung des AN bei anderen Auftraggebern eröffnen wird.“ Der KVAÜ greift diesen Gedanken in seinem Abschnitt IV.3. auf.⁴⁰⁸ In der Praxis werden die AV allerdings

⁴⁰¹ *Schrank*, in *Tomandl*, ArbVG § 105 Rz 207 (ohne Begründung); *Hutter*, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zwischen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und sozialer Gestaltungspflicht (2012) 188 f: Sie begründet dies damit, dass der AG auch im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht nicht verpflichtet ist, durch Kündigung eine weitere Beschäftigungsmöglichkeit zu schaffen; das AÜG kennt auch keine ausdrückliche Bestimmung wie den durch BGBl I 2011/25 aufgehobenen § 8 Abs 2 AuslBG.

⁴⁰² Offensichtlich spielt für den OGH die soziale Härte für die betroffenen AN dabei keine Rolle, eine Orientierung am Sozialvergleich des § 105 ArbVG ist daher nicht erfolgt.

⁴⁰³ Vgl *Tomandl*, ZAS 2011, 250 hinsichtlich Kündigungsbeschränkungen, anders jedoch zu „rein betrieblichen Regelungen (etwa die Einrichtung eines Werkbusverkehrs nach einer Standortverlagerung)“; *Marhold*, Atypische Arbeitskräfteüberlassung?, ASoK 2008, 253 weist darauf hin, dass Betriebsänderungen beim Beschäftiger kaum Nachteile für überlassene AN bewirken können, weil ihr Vertrag mit dem Beschäftiger besteht; für *Holzer* (Strukturfragen 47) sind Sozialpläne arbeitsvertragsbezogene BV.

⁴⁰⁴ Vgl *Schindler*, KVAÜ² 20, 24; der die Gründe dafür in der örtlichen Zersplitterung und dem Verständnis der Überlassungstätigkeit als bloße Übergangsphase zum regulären AV sieht. Zumindest denkbar wäre, dass im Überlassungsunternehmen gestützt auf §§ 91 Abs 1 Z 1a oder Z 4, 109 ArbVG auch Maßnahmen bei Beendigung einer Überlassung (zumindest sofern mehrere AN betroffen sind) gefordert werden können.

⁴⁰⁵ *Schindler*, DRdA 2009, 177.

⁴⁰⁶ § 10 Abs 5 AÜG verlangt mindestens eine 14-tägige Kündigungsfrist.

⁴⁰⁷ OGH 9 Ob A 233/98z wbl 1999/121: Ansonsten liege „bloße Arbeitsvermittlung“ vor.

⁴⁰⁸ Vgl dazu *Schindler*, KVAÜ² 122 ff.

meist durch einvernehmliche Auflösung beendet,⁴⁰⁹ mutmaßlich weil dies der Überlasser durch wirtschaftlichen Druck, insb durch das Inaussichtstellen weiterer Engagements erzwingt.⁴¹⁰

Selbst wenn es nicht zur Beendigung auch des AV kommt, ist die bloße Beendigung der Überlassung bereits nachteilig für den betroffenen AN. Wegen der unterschiedlichen Anforderungen des § 10 AÜG an die Entgelthöhe während Überlassungszeiten und Stehzeiten kann es bei Beendigung der Überlassung zu Entgelteinbußen kommen. *Schindler* ist der Ansicht, dass gem § 10 Abs 2 AÜG bei Stehzeiten im Anschluss an eine Überlassung die Entgelthöhe der letzten Beschäftigung fortzuzahlen ist.⁴¹¹ Er begnügt sich mit der Begründung, dem § 10 Abs 2 AÜG liege das Ausfallsprinzip zugrunde. In der Voraufgabe wurde seine Meinung noch damit begründet, dass die Anwendung nur des Grundentgeltes des AV zu einem Wertungswiderspruch zu der Berücksichtigung der Überstundenleistung in § 10 Abs 2 AÜG führen würde, außerdem wäre dies eine nicht nachvollziehbare Schlechterstellung gegenüber § 1155 ABGB.⁴¹² Zuzustimmen ist der Ansicht, dass dem § 10 Abs 2 AÜG das Ausfallsprinzip zugrunde liegt. Nach dem Entgeltausfallsprinzip ist der AN einkommensmäßig so zu stellen, als hätte er seine Arbeitsleistung erbracht.⁴¹³ Während Stehzeiten besteht die geschuldete Arbeitsleistung darin, sich für zukünftige Überlassungen bereit zu halten. Für diese Arbeitsleistung gebührt aber nur das Grundentgelt, nicht das erhöhte Entgelt während einer Überlassung. Auch das Argument, es erfolge eine Schlechterstellung gegenüber § 1155 ABGB, ist nicht zutreffend. § 1155 ABGB verlangt, dass der AG das Wirtschaftsrisiko trägt.⁴¹⁴ Dem AÜG liegt mE aber die Wertung zugrunde, dass das wirtschaftliche Risiko der Überlasser darin liegt, dass er einen neuen Beschäftiger für seine Arbeitskräfte findet. Er soll aber nicht das Risiko tragen, dass die Überlassungen seiner Mitarbeiter niemals enden. Nur wenn dies der Fall wäre, hätten die AN aber Anspruch auf die Fortzahlung des letzten Überlassungslohnes. Das AÜG geht vielmehr davon aus, dass

⁴⁰⁹ *Schindler*, KVAÜ² 35; *Schindler*, Europarechtliche Grundlagen der AÜG-Novelle 2012 und ihre grundsätzliche Umsetzung in Österreich, in *Raschauer/Resch* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 13 (25).

⁴¹⁰ *Geppert*, DRdA 2011, 508; *Schörghofer*, juridikum 2014, 92.

⁴¹¹ *Schindler* in *ZellKomm² § 10 AÜG Rz 38*; aA wohl *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 188.

⁴¹² *Schindler* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht* (2006) § 10 AÜG Rz 39.

⁴¹³ *Windisch-Graetz*, *Arbeitsrecht II*⁸ (2013) 184.

⁴¹⁴ *Rebhahn* in *ZellKomm² § 1155 ABGB Rz 4*.

die AN hintereinander an mehrere verschiedene Beschäftiger überlassen werden.⁴¹⁵ Die Meinung von *Schindler* würde auch zu dem seltsamen Ergebnis führen, dass die Mindestentgelte des KV des Überlassers praktisch nur für die Phase vor der ersten Überlassung relevant wären. Wurde der AN einmal in eine Hochlohnbranche überlassen, hätte er dann finanziell einen Anreiz so lange wie möglich in der darauffolgenden Stehzeit zu verbleiben. Eine Überlassung an ein Unternehmen mit niedrigeren Entgelten würde zu einer Entgeltkürzung führen. Die Gleichstellung während der Überlassung dient außerdem auch den Interessen der Stammebelegschaft und dem Schutz des Arbeitsmarktes. Deren Interessen verlangen nicht die Weiterzahlung des Entgeltes während Stehzeiten. Auch der von *Schindler* behauptete Wertungswiderspruch zur Berücksichtigung der höheren Arbeitszeit gem § 10 Abs 2 Satz 2 AÜG ist weniger hart, als es auf den ersten Blick scheint. Zutreffend ist, dass diese Norm dem Zweck dient, einen rapiden Einkommensabfall abzufedern.⁴¹⁶ Diesen Zweck würde man auch durch eine Weiterzahlung des Überlassungslohnes erreichen. § 10 Abs 2 Satz 2 AÜG soll Überlassern aber insb den Anreiz nehmen, ihre Mitarbeiter dadurch zu benachteiligen, dass sie eine niedrigere Arbeitszeit vereinbaren, als bei den Beschäftigungen zu erwarten ist.⁴¹⁷ Die Gefahr, dass Überlasser durch Vertragsgestaltung die Interessen der Arbeitnehmer benachteiligen, ist beim Entgelt aber insofern gebannt, als hier sowieso durch § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG und spezifischer durch die anwendbaren KV eine Untergrenze gezogen wird. Primär widerspricht die Meinung von *Schindler* dem Wortlaut des § 10 Abs 1 AÜG, der die Berücksichtigung der Arbeitsbedingungen beim Beschäftiger „für die Dauer der Überlassung“ anordnet. Grds kann daher nach Ende der Überlassung zum „normalen“ Grundentgelt zurückgekehrt werden. Zu beachten ist allerdings, dass der KVAÜ während Stehzeiten eine Fortzahlung des „Durchschnittsentgeltes der letzten 13 Wochen“ vorsieht (IX.6. KVAÜ). Diese für den AN günstigere Regelung führt dazu, dass der AN nicht mehr auf seinen Grundlohn zurückfällt.⁴¹⁸ In allen anderen Fällen kann es in Stehzeiten zu wesentlichen Entgelteinbußen kommen.

Eine Entgelteinbuße kann aber auch bei nahtlosem Übergang in eine neue Überlassung wegen unterschiedlichen Beschäftiger-KV auftreten. *Schindler* gibt für diesen

⁴¹⁵ *Tomandl*, Zwei Probleme der Arbeitskräfteüberlassung, in GedS Mayer-Maly (2011) 475 (487).

⁴¹⁶ *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 201.

⁴¹⁷ *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 201.

⁴¹⁸ So wohl auch *Schindler*, KVAÜ² 283.

Fall das Beispiel eines Einkommensverlusts von 40 % und stellt dies treffend der Rsp gegenüber, die eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung iSd § 105 ArbVG bereits ab einem Entgeltverlust von 10 % bejaht.⁴¹⁹

Diese Risiken bei Ende eines Einsatzes sollten für die AN zumindest absehbar sein. Das AÜG scheint das auch grds anzuerkennen. Den Überlasser trifft die Pflicht, den AN in der Überlassungsmittelung über die voraussichtliche Dauer der Überlassung zu informieren.⁴²⁰ Außerdem muss der Beschäftiger gem § 99 Abs 5 ArbVG einen allenfalls bestehenden BR im Beschäftigerbetrieb über die Dauer der Überlassung informieren.⁴²¹ Beschäftiger und Überlasser werden zudem häufig eine Kündigungsfrist für den Überlassungsvertrag vereinbaren. Dennoch kann es grds durch einvernehmliche Auflösung des Überlassungsvertrags zu einer sofortigen Beendigung der Überlassung und zu den oben genannten kurzfristigen Entgelteinbußen des AN kommen. Bei der Novelle des AÜG aus Anlass der Umsetzung der Leiharbeits-RL wurde dieses Problem aufgegriffen.⁴²² Der Überlasser wird nun gem § 12 Abs 6 AÜG verpflichtet, „der überlassenen Arbeitskraft das Ende der Überlassung an den Beschäftiger mindestens vierzehn Tage vor deren Ende mitzuteilen, wenn die Überlassung an den Beschäftiger zumindest drei Monate dauert und das Ende der Überlassung nicht auf objektiv unvorhersehbare Ereignisse zurückzuführen ist.“⁴²³ Im ersten ME wurde noch auf „unvorhersehbare Ereignisse“ abgestellt, „die nicht im Einflussbereich von Überlasser und Beschäftiger liegen“. In den Materialien zum ersten ME wurden als Beispiele „Hochwasser, Sturmschäden oder Erdbeben, die zur Einstellung oder Teileinstellung des Betriebs führen“ genannt, ein „Rückgang der Auftragslage“ reichte nicht aus. Es stellt sich allerdings die Frage nach der Sanktionierung eines Verstoßes gegen diese Informationspflicht.⁴²⁴ In § 22 Abs 1 Z 3 lit b wird ein Verstoß gegen die Mitteilungspflichten des § 12 Abs 1 – 5 mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert, der Gesetzgeber hat die Verpflichtung des § 12 Abs 6 AÜG davon also explizit ausgenommen.⁴²⁵ In den Materialien wird hinzugefügt, eine Verletzung dieser Pflicht habe

⁴¹⁹ Schindler, KVAÜ² 23.

⁴²⁰ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 20; Schindler in ZellKomm² § 12 AÜG Rz 8.

⁴²¹ Schrank in Tomandl, ArbVG § 99 Rz 12.

⁴²² Vgl zum Folgenden Schörghofer, juridikum 2014, 91.

⁴²³ Vgl ausf zu § 12 Abs 6 AÜG Stadler, Informationspflichten und Arbeitnehmerschutz in Bezug auf überlassene Arbeitskräfte, in Raschauer/Resch (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 117 (124 ff).

⁴²⁴ Vgl dazu Schratlbauer/Goricnik, Wesentliche Änderungen durch die Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), wbl 2013, 121 (127).

⁴²⁵ So auch ausdrücklich die Mat zum ersten ME: 366/ME 24. GP Mat 3.

auch „keine Rechtsfolgen für die Rechtswirksamkeit dieser Beendigung oder eines anderen Arbeitseinsatzes. Es wird davon ausgegangen, dass der Überlasser und der Beschäftiger entsprechende Vorkehrungen (zum Beispiel vertragliche Vereinbarungen) treffen, damit der Überlasser diese Informationspflicht erfüllen kann.“⁴²⁶ Ein Schadenersatzanspruch des AN gegen den Überlasser, der ihn nicht rechtzeitig über die Beendigung der Überlassung informiert hat, besteht häufig nicht. Das deshalb, weil die Überlassung auch dann beendet worden wäre, wenn der Überlasser dem AN die bevorstehende Beendigung mitgeteilt hätte.⁴²⁷ Als Sanktion kommt (bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen) daher auf den ersten Blick nur der Entzug der Gewerbeberechtigung oder die Untersagung der Arbeitskräfteüberlassung gem § 18 AÜG in Frage.⁴²⁸ Zumindest bei mehrmaligem Unterlassen der Mitteilung wird der AN überdies wegen Verletzung von AN-Schutzvorschriften rechtmäßig seinen Austritt erklären können. Die Informationspflicht des § 12 Abs 6 AÜG wird mangels wirksamer Sanktion die Problematik der abrupten Beendigung der Überlassung daher nicht lösen.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann es auf jeder Regelungsebene des Arbeitsrechts zu einer Schlechterstellung überlassener AN im Vergleich zu StammAN des Beschäftigers und allg im Vergleich zu AN in einem zweipersonalen Beschäftigungsverhältnis kommen. Das Gleichstellungsgebot des AÜG ist zwar weitreichend und durch die Novelle noch ausgeweitet worden, dennoch bleibt es in mehrerer Hinsicht beschränkt.⁴²⁹ Die Benachteiligung zeigt sich besonders deutlich bei der Beendigung der Überlassung, die, ohne das AV automatisch zu beenden, schwerwiegende Nachteile für den AN nach sich ziehen kann.⁴³⁰

Diese Nachteile überlassener AN entsprechen spiegelbildlich den Vorteilen des einsetzenden Unternehmens, des Beschäftigers. Zum einen können durch die

⁴²⁶ ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4.

⁴²⁷ Vgl Pöschl/Unterrieder, *ecolex* 2012, 1001.

⁴²⁸ Vgl zu Entzug und Untersagung Schindler in ZellKomm² § 18 AÜG Rz 1 ff; vgl zum Entzug der Gewerbeberechtigung auch Granner, *Gewerberechtliche Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung*, in Raschauer/Resch, *Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung* (2014) 37 (55 ff).

⁴²⁹ Schörghofer, *juridikum* 2014, 89 f; Schörghofer in Brodil (erscheint voraussichtlich 2014).

⁴³⁰ Bei langer Überlassungsdauer tritt der Nachteil bei Beendigung zwar voraussichtlich länger nicht ein, er droht aber doch jederzeit.

unvollständige Gleichstellung teilweise Lohnkosten eingespart werden.⁴³¹ Zum anderen führt der fehlende Schutz bei Beendigung zu einem Flexibilitätsgewinn des Beschäftigers.

Die bloß partielle Gleichstellung hat eine Spaltung der Belegschaft im Beschäftigerunternehmen zur Folge.⁴³² Neben die StammAN treten überlassene AN mit im Vergleich dazu eingeschränkten Rechten. In dieser Hinsicht ist die Nutzung der Arbeitskräfteüberlassung mit dem Einsatz freier DN vergleichbar. Wesentlicher Unterschied zum Einsatz freier DN ist jedoch, dass die Arbeitskräfteüberlassung keine Einschränkungen des Einsatzes der Dienstnehmer verlangt, der Beschäftiger kann sie durch die Übertragung des Weisungsrechts ebenso intensiv „steuern“ wie seine StammAN. Der Gesetzgeber ist offensichtlich bereit diese Segmentierung der Belegschaft zu akzeptieren. Es stellt sich aber die Frage, ob dies für alle Fälle der Arbeitskräfteüberlassung gilt, insb auch für langfristige Überlassungen.

C. Gang der Untersuchung

Im Folgenden wird zunächst auf die Beurteilung der langfristigen Überlassung im AÜG eingegangen (II.). Dabei werden die Schutzzwecke des AÜG untersucht. Im Anschluss werden die schon erwähnte E des OGH und die darauf folgenden Stellungnahmen in der Lehre, sowie FolgeE dargestellt. Zuletzt wird die Bedeutung der Überlassungsdauer im AÜG analysiert.

Im Anschluss werden juristische Probleme im Zusammenhang mit langfristigen Überlassungen erörtert. Dabei wird zum einen auf besondere Bestimmungen des Arbeitsrechts eingegangen, genauer auf die Regelungskompetenz in KV und BV (III.) und den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (IV.). Zum anderen wird die Möglichkeit des (ausdrücklichen oder konkludenten) Abschlusses eines Vertrags zum Beschäftiger untersucht (V.).

Erst nach der Darstellung des nationalen Rechts wird auf unionsrechtliche Vorgaben eingegangen (VI.). Das deshalb, weil, wie zu zeigen sein wird, eine endgültige Vorhersage der Auslegung durch den EuGH nicht möglich ist und für den Fall des

⁴³¹ Vgl dazu und zum Folgenden im deutschen Recht *Krause*, Arbeit in der Holzklasse, KJ 2013, 119 (120 f). Vgl allg zum Zusammenhang zwischen Kostenvorteilen atypischer Arbeit und deren Nachfrage durch AG *Firlei*, Neue Formen und Aspekte atypischer Arbeitsverhältnisse, in *Floretta* (Hrsg), Österreichische Landesberichte zum XI. Internationalen Kongreß für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit in Caracas (1985) 31 (40 f).

⁴³² Vgl dazu auch *Collins*, Multi-segmented Workforces, Comparative Fairness, and the Capital Boundary Obstacle, in *Davidov/Langille* (Hrsg), Boundaries and Frontiers of Labour Law (2006) 317.

Schweigens des Unionsrechts zu den hier relevanten Fragestellungen auch Antworten rein auf Basis des nationalen Rechts zu suchen sind.

II. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und das AÜG

A. Einleitung

Die Frage nach einer zeitlichen Begrenzung spielt seit Beginn der Diskussion über die Arbeitskräfteüberlassung eine zentrale Rolle. Dies zeigt besonders gut ein Blick über die Grenze nach Deutschland.⁴³³ Ursprünglich sah das dAÜG eine Höchstdauer der Überlassung von drei Monaten vor. Diese Maximaldauer wurde 1985 auf sechs, 1994 auf neun, 1997 auf zwölf und 2002 auf 24 Monate verlängert. Mit 1.1.2003 wurde im Zuge der „Hartz-Reform“ die Höchstüberlassungsdauer schließlich abgeschafft. Nun hat die Leiharbeits-RL diese Diskussion wieder neu entfacht, das BAG hat im Sommer 2013 entschieden, dass das dAÜG nur eine vorübergehende Überlassung erlaubt.⁴³⁴ In einer weiteren E hat das BAG allerdings die Begründung eines AV mit dem (dauerhaften) Beschäftiger als Sanktion verbotener nicht vorübergehender Überlassungen verneint.⁴³⁵ Im deutschen Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2013 ist eine Wiedereinführung einer Höchstdauer von 18 Monaten geplant.⁴³⁶

Auch in Österreich wurde bereits in den Vorarbeiten zum AÜG Ende der 70er Jahre der Einsatz von Arbeitskräfteüberlassung zur Befriedigung eines Dauerarbeitsbedarfs diskutiert.⁴³⁷ Um einen solchen Einsatz zu verhindern empfiehlt *Schnorr* eine von drei möglichen Maßnahmen:⁴³⁸ Die Beschränkung der Überlassung auf bestimmte Fälle, etwa Krankenstandsvertretungen in Verbindung mit einer Höchstdauer von drei Monaten; eine Höchstquote von überlassenen AN pro Beschäftiger; oder eine allgemeine Höchstdauer von drei Monaten. *Geppert* nimmt zu diesem Problem ebenfalls Stellung. Er macht auf die daraus folgende Überwälzung des AG-Risikos vom Überlasser auf den Beschäftiger aufmerksam und empfiehlt seinerseits eine starre Befristung auf einen einzelnen Einsatz in Verbindung mit einem Verbot einen Arbeitsplatz länger als drei Monate mit überlassenen

⁴³³ Vgl *Schüren* in *Schüren*, AÜG⁴ Einl Rz 53 ff, 62, 72, 77 & 83.

⁴³⁴ BAG 10.07.2013, 7 ABR 91/11.

⁴³⁵ BAG 10.12.2013, 9 AZR 51/13.

⁴³⁶ CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag 69.

⁴³⁷ *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 236 ff; *Schnorr*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 103 ff.

⁴³⁸ *Schnorr*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 103 ff.

Arbeitskräften zu besetzen.⁴³⁹ Es ist daher davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber im Zeitpunkt der Schaffung des AÜG die Problematik bewusst war.⁴⁴⁰ In den Erläuterungen der RV wird auf die „längerfristigen Leiharbeitsverhältnisse“ hingewiesen, die vielen tausend „Vollarbeitsplätzen“ entsprechen würden.⁴⁴¹ Dennoch gab es in Österreich nie eine explizite Beschränkung der zulässigen Überlassungsdauer. Ein Grund dafür könnte in der Tatsache liegen, dass in den 80er Jahren, also während der Schaffung des AÜG, in der verstaatlichten Industrie Dauerüberlassungen als „Instrument der verdeckten Redimensionierung innerbetrieblicher Arbeitsbedingungen“⁴⁴² genutzt wurde. Auch heute bedient sich die Republik noch der Leiharbeit um Aufnahmestopps zu umgehen.⁴⁴³ Anstelle einer Höchstdauer gibt es im AÜG seit kurzem mit § 10 Abs 1a AÜG eine Bestimmung, aus der sich umgekehrt die Zulässigkeit auch mehrjähriger Überlassungen ableiten lässt. Bevor diese Bestimmung dargestellt wird, soll auf die Schutzzwecke des AÜG im Hinblick auf langfristige Überlassungen und die Rsp, die die Reaktion des Gesetzgebers wahrscheinlich provoziert hat, eingegangen werden.

B. Schutzzwecke des AÜG und langfristige Überlassung

1. Einleitung

Das AÜG enthält eine explizite Aufzählung der verfolgten Zwecke. Diese sind der „Schutz der überlassenen Arbeitskräfte“ (§ 2 Abs 1 Z 1 AÜG), die „Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen“ (§ 2 Abs 1 Z 2 AÜG) sowie die Verhinderung von Beeinträchtigungen der „Arbeitnehmer im Beschäftigungsbetrieb“ (§ 2 Abs 3 AÜG). Es ist strittig, welcher Schutzzweck im Vordergrund steht, teilweise wird Gleichrangigkeit vertreten,⁴⁴⁴ nach den Materialien kommt dem Schutz der überlassenen Arbeitskraft allerdings „absoluter Vorrang“ zu.⁴⁴⁵ Auffallend ist jedenfalls, dass im AÜG

⁴³⁹ Geppert, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 245.

⁴⁴⁰ Risak, *ecolex* 2004, 467.

⁴⁴¹ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 11.

⁴⁴² Mazal, Zur Regelungskompetenz in § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG, in *Körber-Risak/Wolf* (Hrsg), Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle (2009) 177 (190 f).

⁴⁴³ Oswald, Ministerien umgehen Aufnahmestopp, *DerStandard.at* vom 14.1.2013, „<http://derstandard.at/1356427710395/Bilanztricks-Staat-macht-es-Firmen-nach>“ (zuletzt abgerufen am 04.04.2014); Widler/Moser/Wotke, Prekär beim Bund, *paroli-magazin.at* vom 03.04.2014, „<http://www.paroli-magazin.at/606/>“ (zuletzt abgerufen am 05.04.2014); vgl auch OGH 19.12.2013, 9 ObA 124/13w.

⁴⁴⁴ So *Körber-Risak*, Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung, *RdW* 2008, 592 (593).

⁴⁴⁵ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 13.

der Schutz der Interessen der beteiligten Unternehmer (Beschäftiger und Überlasser) nicht genannt wird. Das kann natürlich nicht bedeuten, dass deren Interessen unberücksichtigt bleiben. Diese entspringen der verfassungsrechtlich abgesicherten Privatautonomie.⁴⁴⁶ Allerdings kann man daraus möglicherweise ableiten, dass die Unternehmerinteressen insb dann berücksichtigt werden sollen, wenn sie den vom Gesetzgeber gewünschten Auswirkungen am Arbeitsmarkt entsprechen.

Im Folgenden wird dargestellt, inwieweit die genannten Schutzzwecke jeweils für oder gegen die Regulierung der langfristigen Überlassung sprechen.

2. Schutz der überlassenen Arbeitskräfte

Aus dem AÜG kann abgeleitet werden, dass es das Interesse der Überlassenen schützt, in ein zweipersonales Arbeitsverhältnis zu wechseln, also StammAN zu werden. Zum einen zeigt dies § 12 Abs 4 AÜG. In Umsetzung von Art 6 Abs 1 Leiharbeits-RL wird der Beschäftiger seit dem 1.1.2013 in dieser Bestimmung verpflichtet, überlassene Arbeitskräfte über zu besetzende Stellen in der Stammebelegschaft zu informieren. Diese Bestimmung fügt sich in bereits davor bestehende Wertungen des AÜG ein. Seit der Stammfassung des AÜG war es die Intention des Gesetzgebers, den Wechsel in die Stammebelegschaft zu erleichtern. § 11 Abs 2 Z 6 AÜG verbietet Bestimmungen im AV, die die Arbeitskraft nach Vertragsende in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken.⁴⁴⁷ Nach den Materialien soll dadurch sichergestellt werden, dass die (ehemals) Überlassenen die Möglichkeit haben, „unmittelbar nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zum Überlasser einen Arbeitsvertrag mit dem Beschäftiger zu schließen und die Vorteile eines festen Arbeitsplatzes zu genießen.“⁴⁴⁸ Von Bedeutung ist diese Bestimmung aber nicht nur im AV, sie hat in der Rsp des OGH auch großen Einfluss auf den Überlassungsvertrag, also den Vertrag zwischen Überlasser und Beschäftiger. Gem § 8 Abs 2 AÜG sind in diesem Vertrag Bestimmungen unzulässig, mit denen der Schutz der Überlassenen Arbeitskraft umgangen würde. Der OGH leitet aus § 11 Abs 2 Z 6 iVm § 8 Abs 2 AÜG ab, dass in einem Überlassungsvertrag keine Konventionalstrafe vereinbart werden kann, die dann gebühren sollte, wenn der Beschäftiger Überlassene abwirbt.⁴⁴⁹ In der Folge hat der

⁴⁴⁶ Vgl zum verfassungsrechtlichen Schutz der Privatautonomie iZm dem Payrolling unten 4. Teil IV.D.3.

⁴⁴⁷ *Schindler* in ZellKomm² § 11 AÜG Rz 19.

⁴⁴⁸ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 20.

⁴⁴⁹ OGH 1 Ob 225/08g EvBl 2009/75; vgl zu dieser *E Sacherer*, Abwerben von überlassenen Arbeitskräften, RdW 2009, 797.

OGH auch Vermittlungsprovisionen im Überlassungsvertrag für unzulässig erklärt.⁴⁵⁰ Der OGH geht mit dieser letzten E sogar über das hinaus, was die Leiharbeits-RL nunmehr von den MS verlangt.⁴⁵¹ Deutlich wird die Besonderheit dieser Judikatur, wenn man bedenkt, dass der OGH das Abwerben von überlassenen Arbeitskräften für ein weiteres Überlassungsunternehmen sehr wohl für rechtswidrig hält.⁴⁵²

Langfristige Überlassungen stehen dem geschilderten Übernahmeinteresse der überlassenen AN entgegen. Sie besetzen beim Beschäftiger in vielen Fällen bereits einen Dauerarbeitsplatz, die Übernahme wird daher gerade nicht stattfinden.⁴⁵³ Insb für den Beschäftiger nimmt die Zulässigkeit lang andauernder Überlassungen den Anreiz, die AN in die Stammebelegschaft zu übernehmen.⁴⁵⁴ Dem könnte man allenfalls entgegenhalten, langfristig überlassene AN hätten gerade aufgrund der Überlassungsdauer weniger Interesse an einer Übernahme.⁴⁵⁵ Diesem Argument widersprechen die oben dargestellten Nachteile überlassener AN. Insb die Gefahr des abrupten Endes der Überlassung nimmt mit der Überlassungsdauer nicht ab. Gegen eine Beschränkung der Überlassungsdauer wurde auf die Gruppe der „leistungsstarken Arbeitnehmer mit speziellen Kenntnissen und stark nachgefragtem Leistungsspektrum“ hingewiesen, „die bewusst und freiwillig den Rahmen eines sehr gut bezahlten Leiharbeitsverhältnisses einer festen Anstellung vorziehen.“⁴⁵⁶ Dem kann entgegengehalten werden, dass es sich dabei nur um eine sehr kleine Gruppe der überlassenen AN handeln wird.⁴⁵⁷ Zudem werden diese Personen wegen ihrer Fachkenntnisse ihre Dienstleistungen häufig auch selbständig anbieten können, sodass sie nicht zur Entscheidung zwischen Direktanstellung und Überlassung gezwungen werden.

⁴⁵⁰ OGH 9 Ob 19/12b ZAS 2013, 31 (*Gleißner*).

⁴⁵¹ *Gleißner*, ZAS 2013, 34.

⁴⁵² OGH 9 ObA 1/93 Arb 11.072.

⁴⁵³ *Schörghofer*, juridikum 2014, 94.

⁴⁵⁴ Vgl zum Unionsrecht *Hamann*, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, EuZA 2009, 287 (311); *Hamann*, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321 (325); *Sansone*, Gleichstellung 462; *Düwell*, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449 (450); *Bartl/Romanowski*, Keine Leiharbeit auf Dauerarbeitsplätzen, NZA Online Aufsatz 3/2012, 2.

⁴⁵⁵ So zum Unionsrecht *Thüsing/Stiebert*, Zum Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, DB 2012, 632 (634).

⁴⁵⁶ *Loritz*, ZfA 2014, 367 f.

⁴⁵⁷ *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung – Ein arbeitsmarktpolitisches Erfolgsrezept, juridikum 2003, 90 (92).

3. Schutz der Stammebelegschaft

Gem § 2 Abs 3 AÜG will der Gesetzgeber verhindern, dass durch die Überlassung die „Lohn- und Arbeitsbedingungen“ oder gar die „Arbeitsplätze“ der StammAN des Beschäftigers gefährdet werden. Der Schutz der Arbeitsbedingungen wird im AÜG dadurch erreicht, dass die Arbeitsbedingungen der Überlassenen gem § 10 AÜG im Wesentlichen jenen der StammAN angeglichen werden. Die Kosten dieser Ansprüche der Arbeitskräfte wird der Überlasser durch eine Verteuerung des Überlassungsvertrags an den Beschäftiger weiterreichen. Für letzteren wird die Überlassung dadurch wirtschaftlich unattraktiver. Überlassene Arbeitskräfte sollen dadurch keine billige „Schmutzkonkurrenz“⁴⁵⁸ für die Stammebelegschaft darstellen. In den Materialien beschreibt der Gesetzgeber diese ansonsten zu befürchtenden „unerwünschten sozialen Auswirkungen“: Es bestehe die „Gefahr der Verdrängung von Stammarbeitern aus Kostengründen durch vielfach billigere überlassene Arbeitskräfte besonders in Betrieben mit hohen betrieblichen Sozialleistungen“.⁴⁵⁹ Für wie wichtig der Gesetzgeber diesen Mechanismus hält, zeigt sich auch an § 99 Abs 5 ArbVG. Diese Norm räumt dem BR des Beschäftigers das Recht ein, zu erfahren, welches Entgelt der Beschäftiger dem Überlasser zahlt.⁴⁶⁰ Dadurch wird der BR befähigt, die wirtschaftliche Attraktivität der Überlassung zu beurteilen und damit auch ihre Gefährlichkeit für die Stammebelegschaft.

An ein Unternehmen langfristig Überlassene stellen eine besondere Gefahr für die Stammebelegschaft dar. Diese Überlassenen können ebenso intensiv eingesetzt werden wie StammAN, sie können unternehmensspezifische Kenntnisse und Erfahrungswerte sammeln und wahrscheinlich ansatzweise auch eine vergleichbare Verbundenheit zum Beschäftiger entwickeln. Der langfristige Einsatz Überlassener ist außerdem ein Indiz dafür, dass der oben geschilderte Mechanismus, die Verteuerung durch Angleichen der Arbeitsbedingungen, im konkreten Fall nicht erfolgreich ist. Ein wirtschaftlich denkender Unternehmer müsste nämlich folgende Rechnung anstellen: Bei Befriedigung von Arbeitsbedarf muss er zwei Möglichkeiten miteinander vergleichen. Auf der einen Seite die Einstellung eigener AN, auf der anderen Seite die Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte. Der Preis für die Überlassung wird sich insb aus den Lohnkosten der

⁴⁵⁸ Schindler in ZellKomm² § 2 AÜG Rz 6.

⁴⁵⁹ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 12.

⁴⁶⁰ Vgl krit zu dieser Befugnis des BR *Marhold/Mayer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht Band II: Kollektivarbeitsrecht² (1999) 280 f. Diese Information „steht mit der betriebsrätlichen Tätigkeit nur in einem sehr mittelbaren Zusammenhang.“

Überlassenen und dem Gewinn des Überlassers zusammensetzen. Bei annähernder Gleichstellung bzgl der Arbeitsbedingungen müsste die Überlassung dadurch eigentlich deutlich teurer sein als die Direktanstellung. Normalerweise kann allerdings auch eine Überlassung, deren laufende Kosten jene der Direktanstellung übersteigen, dadurch wirtschaftlich gerechtfertigt sein, dass die Kosten und Mühen einer Stellenausschreibung entfallen, ebenso wie die Trennungskosten bei Beendigung. Diese einmaligen Ersparnisse werden die höheren laufenden Kosten der Überlassung aber nur bei kurzfristigen Überlassungen rechtfertigen. Bei längeren Überlassungen werden die höheren Kosten pro Monat im Normalfall dazu führen, dass die Überlassung auch unter Berücksichtigung der Einstellungs- und Trennungskosten teurer sind als die Direktanstellung.⁴⁶¹ Entscheidet sich der Unternehmer vor dem Hintergrund dieser Rechnung für eine langfristige Überlassung, kann dies bei rechtmäßigem Verhalten⁴⁶² der Beteiligten nur zwei Gründe haben:

Erstens: Die Überlassung ist teurer, der Beschäftigte trifft aber eine wirtschaftlich (prima facie) nicht zu rechtfertigende Entscheidung, etwa weil andere Gesichtspunkte für ihn ausschlaggebend sind.⁴⁶³ Dies ist etwa der Fall, wenn durch Arbeitskräfteüberlassung zB Konzernvorgaben erfüllt oder „Bilanzkosmetik“ betrieben wird, insb eine Umwandlung von Personalaufwand in Sachaufwendungen.⁴⁶⁴ Teilweise wird durch die Senkung des „Headcount“ auch die Voraussetzung für die Gewährung eines Bonus des Managements erfüllt.⁴⁶⁵ In Deutschland wird aus der Praxis berichtet, dass diese Gründe auch dann ausschlaggebend sind, „wenn der Einsatz von Fremdpersonal insgesamt erheblich teurer ist als die (befristete) Einstellung eigener Arbeitnehmer, was mitunter die Frage der Sinnhaftigkeit derartigen unternehmerischen Handelns aufwirft.“⁴⁶⁶ Ein anderes Beispiel ist die Umgehung von Aufnahmesperren im öffentlichen Bereich durch

⁴⁶¹ *Clemenz/Grünwald/Mikinovic*, Ökonomische und soziale Aspekte der Personalbereitstellung (1986) 11: „In und ausländische Studien zeigen, dass der „break-even“-Punkt zwischen bereitgestelltem und eigenem Personal bei etwa drei Monaten liegt.“

⁴⁶² Es ist natürlich auch denkbar, dass die Ersparnis daraus resultiert, dass den überlassenen AN rechtswidrig schlechtere Arbeitsbedingungen zugemutet werden.

⁴⁶³ Zum Folgenden *Schörghofer*, *juridikum* 2014, 93.

⁴⁶⁴ *Schneller*, Arbeitskräfteüberlassung: Mitbestimmung bei Versetzungen und anderen personellen Maßnahmen, *ecolex* 2006, 1018 (1021); *Resch* in *Raschauer/Resch* 99 f.

⁴⁶⁵ *Lembke*, Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit, *NZA* 2013, 1312.

⁴⁶⁶ *Lembke*, *NZA* 2013, 1312.

Arbeitskräfteüberlassung.⁴⁶⁷ Diese Interessen der Unternehmer am Einsatz der Arbeitskräfteüberlassung sind in der österr Arbeitsrechtsordnung kaum schützenswert.

Zweitens: Die langfristige Überlassung ist billiger als die Direktanstellung. Das kann dann der Fall sein, wenn durch die Beschränkung der Gleichstellung nach § 10 AÜG die zulässige Differenz zwischen den Lohnkosten der StammAN und der Überlassenen so groß ist, dass sie auch durch die Gewinnspanne des Überlassers nicht ausgeglichen wird. Denkbar ist das etwa, wenn den StammAN vertraglich ein Anspruch auf Entgelt weit über dem KV-Mindestentgelt eingeräumt wird. Die Überlassenen stellen dann trotz der Gleichstellung gem § 10 AÜG für die StammAN eine „Billigkonkurrenz“ dar, eine Gefahr die das AÜG, wie eben gezeigt, verhindern wollte. Bei langfristigen Überlassungen entspricht eine Ausdehnung der Gleichstellung überlassener Arbeitskräfte daher den Interessen der StammAN.

4. Schutz des Arbeitsmarktes

Es ist zu überlegen, ob auch die von § 2 Abs 1 Z 2 AÜG geforderte „Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen“ die Regulierung der langfristigen Arbeitskräfteüberlassung verlangt. Der Zulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung liegt der Gedanke zugrunde, dass sie ein „integrierender Bestandteil des Arbeitsmarktes“ ist.⁴⁶⁸ Die Befürchtung in § 2 Abs 1 Z 2 AÜG zeigt allerdings, dass dies nicht immer der Fall ist. Was sind nun diese „nachteiligen Entwicklungen“, die der Gesetzgeber verhindern will?

Als „arbeitsmarktpolitische Grundproblematik der Überlassung von Arbeitskräften“ wird in den Materialien genannt, dass die Überlassung der Arbeitsvermittlung entspricht. Private Arbeitsvermittlung war damals noch verboten.⁴⁶⁹ Seit der Aufhebung dieses Verbots in den 90er Jahren (dazu unten 4. Teil IV.D.1. im Rahmen der Auslegung des § 2 Abs 4 AMFG) muss sich die gesetzgeberische Wertung allerdings verändert haben. Private Arbeitsvermittlung wird offensichtlich für unproblematisch gehalten, solange die

⁴⁶⁷ Vgl etwa OGH 19.12.2013, 9 ObA 124/13w. Im zugrundeliegenden SV wurde rechtswidrig das Gleichstellungsgebot nicht eingehalten. Bei Einhaltung des Gleichstellungsgebots entsteht eine absurde Situation, in der eine selbstgeschaffene Verpflichtung, die eigentlich der Einsparung dienen soll, wahrscheinlich zu noch höheren Ausgaben führt, weil bei Lohngleichheit zusätzlich noch genug Gewinn für die eingesetzten Überlassungsunternehmen einkalkuliert werden muss.

⁴⁶⁸ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 16.

⁴⁶⁹ Vgl etwa *Mazal*, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit (Teil I), ZAS 1992, 109, §§ 9 ff AMFG aF.

Regelungen der §§ 2 – 7 AMFG eingehalten werden. Die arbeitsmarktpolitische Bedenklichkeit der Arbeitskräfteüberlassung muss daher heute einen anderen Grund haben.

Nach den Materialien werden „Störungen und Verzerrungen des Arbeitsmarktes, insbesondere auch in Teilbereichen“ befürchtet.⁴⁷⁰ Die „kontinuierliche Wirtschaftsentwicklung“ soll nicht durch „Ungleichgewichte am Arbeitsmarkt“ gefährdet werden.⁴⁷¹ Welche Risiken der Gesetzgeber befürchtet, kann anhand des § 15 AÜG bestimmt werden (zu dieser Bestimmung sogleich). Nach den Materialien sollen nämlich „nachteilige arbeitsmarktpolitische Entwicklungen“ durch die Verordnungskompetenz des Minister gem § 15 AÜG verhindert werden.⁴⁷² § 15 Abs 1 Z 1 AÜG ermächtigt den Minister zur Beschränkung des Anteils der Überlassenen in einem Betrieb, § 15 Abs 1 Z 2 AÜG erlaubt die Einführung einer Höchstdauer. Nach Ansicht des Gesetzgebers können also sowohl ein **zu hoher Anteil** an überlassenen Arbeitskräften als auch **zu lange Überlassungen** ein Risiko für den Arbeitsmarkt darstellen. Die Regulierung langfristiger Überlassungen entspricht also grds dem Willen des Gesetzgebers.

Anstatt nach den Nachteilen der Arbeitskräfteüberlassung zu fragen, kann man die Fragestellung auch umkehren. Es ist dann zu überlegen, ob die Funktion, die der Gesetzgeber der Arbeitskräfteüberlassung am Arbeitsmarkt zugesteht, auch durch langfristige Überlassungen erfüllt wird.⁴⁷³ Wenn auch langfristige Überlassungen diese Funktionen erfüllen, würden arbeitsmarktpolitische Erwägungen gegen ihre Einschränkung sprechen.

Die ursprüngliche Aufgabe der Arbeitskräfteüberlassung bestand darin, kurzfristigen Personalbedarf im Beschäftigterbetrieb abzudecken.⁴⁷⁴ Den eingesetzten Arbeitnehmern soll dadurch der Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt ermöglicht werden,⁴⁷⁵ bzw insb im Beschäftigterbetrieb (sog „Übernahme- oder Klebeeffekt“). In Deutschland existieren Untersuchungen, die an der Wirksamkeit dieser „Brückenfunktion“ zweifeln lassen.⁴⁷⁶

⁴⁷⁰ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 16.

⁴⁷¹ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 16.

⁴⁷² ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 13, 21.

⁴⁷³ Vgl zum Folgenden *Schörghofer*, *juridikum* 2014, 93 f.

⁴⁷⁴ *Davidov*, *British Journal of Industrial Relations* 2004, 728; *Geppert*, *DRdA* 2011, 507.

⁴⁷⁵ *Geppert*, *DRdA* 2011, 509.

⁴⁷⁶ *Sansone*, *Gleichstellung 37* (insb FN 5); vgl dazu auch *Bundesregierung Deutschland*, *Zwölfter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes*, 49 f.

Die Abdeckung von Auftragsspitzen kann langfristige Überlassungen nicht erklären, diese decken dauernden Arbeitsbedarf. Dem kann man allenfalls entgegenhalten, dass es auch vorübergehende Aufgaben gibt, die mehrere Jahre dauern.⁴⁷⁷ Allerdings müsste zusätzlich begründet werden, welches schützenswerte Interesse dann gegenüber befristeter Direkteinstellungen besteht. Auch die Integration von AN, die von einer Überlassung in ein StammAV wechseln sollen, wird durch die langfristige Arbeitskräfteüberlassung nicht erreicht. Den betroffenen Arbeitnehmern wird nicht der Wechsel in einen herkömmlichen Arbeitsplatz ermöglicht, sie besetzen ja eigentlich schon einen Dauerarbeitsplatz im Beschäftigertbetrieb (vgl die Ausführungen oben zum Schutz der AN). Abgelehnt wird die Behauptung, durch Arbeitskräfteüberlassung würden zusätzliche Arbeitsplätze geschaffen.⁴⁷⁸ Teilweise wird zwar gesagt, durch die Arbeitskräfteüberlassung würden Personen erreicht, die keine Daueranstellung annehmen möchten.⁴⁷⁹ Selbst wenn man dem zustimmt, wird diese Personengruppe durch langfristige Überlassungen eben gerade nicht erreicht.

Langfristige Überlassungen können als Symptom für einen Funktionswandel der Arbeitskräfteüberlassung gesehen werden.⁴⁸⁰ Ein Ansteigen der Überlassungsdauer entspricht der Entwicklung der Arbeitskräfteüberlassung von der Funktion Personalausfälle aufzufüllen, über die Funktion auf Auftragsspitzen zu reagieren, zu einer neuen, dritten Funktion, der strategischen Nutzung der Leiharbeit zur einfachen Anpassung des Personals an die schwankenden Absatzmärkte.⁴⁸¹ Besonders die Wirtschaftskrise soll ein Grund für diese Entwicklung sein, eine Bestätigung wird in der raschen Erholung der Überlassungsbranche nach der Wirtschaftskrise gesehen.⁴⁸² *Firlei* hat bereits 1985 allg auf den „Zusammenhang zwischen atypischen Arbeitsverhältnissen und krisenhafter Entwicklung der Wirtschaft“ aufmerksam gemacht.⁴⁸³

⁴⁷⁷ *Loritz*, ZfA 2014, 367.

⁴⁷⁸ *Sacherer*, Juridikum 2003, 93: „Tatsächlich wird das vorhandene Arbeitsvolumen in den meisten Fällen lediglich umgeschichtet.“

⁴⁷⁹ *Schapler*, Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis (2009) 24 mwN; in diese Richtung auch ErwGr 11 der Leiharbeits-RL: „Die Leiharbeit entspricht [...] auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren.“

⁴⁸⁰ Dazu und zum Folgenden *Schörghofer*, Juridikum 2014, 93.

⁴⁸¹ Vgl zu dieser Entwicklung *Krause*, KJ 2013, 121. Die Leiharbeit „als funktionaler Ersatz für Stammbesetzung“ wird von *Thüsing* als „substitutive Leiharbeit“ bezeichnet. *Thüsing*, Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung: Neues vom BAG, vom EuGH und auch vom Gesetzgeber, NZA 2014, 10 (11).

⁴⁸² *Krause*, KJ 2013, 121; zur Erholung der österr Überlassungsbranche nach der Krise *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

⁴⁸³ *Firlei* in *Floretta* 42.

Eine tatsächliche Entwicklung in der Praxis zu Dauerüberlassungen⁴⁸⁴ muss nicht bedeuten, dass dies auch vom Gesetzgeber arbeitsmarktpolitisch für sinnvoll erachtet wird. Es muss also geprüft werden, ob der Gesetzgeber diese Reaktion auf die Krise gutheißt. Denkbar wäre, dass die österr Arbeitsrechtsordnung allg seit der Krise den AN mehr Flexibilität abverlangt, insb, wie bei überlassenen AN, bzgl des Bestandschutzes. ME kann das aus den arbeitsrechtlichen Reaktionen des Gesetzgebers auf die Wirtschaftskrise grds nicht abgeleitet werden, er hat die Kurzarbeit ausgeweitet, die Anfechtungsfrist des § 105 ArbVG verlängert und eine Auflösungsabgabe eingeführt.⁴⁸⁵ Dennoch scheint er bzgl der langfristigen Überlassung mit der Einführung des § 10 Abs 1a AÜG (dazu sogleich) in die andere Richtung zu tendieren. Man muss dann akzeptieren, dass der Gesetzgeber über den Umweg der Arbeitskräfteüberlassung bei einem (typischerweise verhandlungsschwachen) Teil der unselbständig Erwerbstätigen ein Plus an Flexibilität verlangt.

5. Zusammenfassung

Im Ergebnis entspricht eine Regulierung langfristiger Überlassungen allen drei vom AÜG explizit genannten Schutzzwecken. Erstens würde damit dem Schutz der überlassenen AN gedient uzw im Hinblick auf die Möglichkeit auf einen Stammarbeitsplatz im Beschäftigterbetrieb wechseln zu können. Auch der Schutz der Stammebelegschaft würde mit einer solchen Regulierung erreicht, insb weil langfristige Überlassungen eine „Billigkonkurrenz“ indizieren, die das AÜG eigentlich verhindern will. Zuletzt würde eine Regulierung langfristiger Überlassungen auch dem Schutz des Arbeitsmarkts dienen. Insb werden durch lang andauernde Überlassungen nicht die Funktionen erfüllt, die der Arbeitskräfteüberlassung (zumindest ursprünglich) zugeordnet wurden.

C. Langfristige Überlassung in der Rechtsprechung

Es wurden bereits mehrere Fälle an die Gerichte herangetragen, in denen die Benachteiligung von langfristig überlassenen AN in Frage gestellt wurde. Der OGH ist den Bedenken gegen die unbegrenzte Zulässigkeit dauerhafter Arbeitskräfteüberlassungen auch in einem Fall gefolgt, er hat eine neunjährige Überlassung als „atypische Arbeitskräfteüberlassung“ qualifiziert und dem Überlassenen über das AÜG

⁴⁸⁴ Geppert, DRdA 2011, 507.

⁴⁸⁵ Schörghofer, Juridikum 2014, 94.

hinausgehende Ansprüche gewährt, nämlich eine KV-Abfertigungszahlung.⁴⁸⁶ Der OGH stützt seine Aussage im Wesentlichen auf zwei Argumente. Erstens beruft er sich auf den Zweck des AÜG die überlassenen AN zu schützen, er erwähnt auch den Schutz der StammAN vor einer Konkurrenz durch „billige“ überlassene AN (§ 2 AÜG). Zweitens geht er davon aus, dass der Gesetzgeber bei der Normierung des AÜG einen Normalfall der Arbeitskräfteüberlassung vor Augen hatte, nämlich kurzfristige Überlassungen. In Einzelfällen denkbar sei noch eine Überlassung an denselben Beschäftiger für „ein oder für zwei Jahre“, nicht hingegen eine neunjährige, wie im Anlassfall. So lange Überlassungen seien nicht mehr „wirtschaftlich naheliegend“. Der Hinweis auf einen typischen Fall der Überlassung scheint der Kern der Argumentation des OGH zu sein, er bricht eine Lanze für das zweipersonale Arbeitsverhältnis:

„Die langjährige Dienstleistung bei einem einzigen Arbeitgeber (Beschäftiger) wird eben im Normalfall durch ein reguläres Dienstverhältnis und nicht im Wege der Arbeitskräfteüberlassung begründet.“

Es hätte die Möglichkeit bestanden, den Anspruch auf Abfertigung unter den Begriff „Entgelt“ iSd § 10 Abs 1 AÜG zu subsumieren.⁴⁸⁷ Der OGH entscheidet sich dagegen. Dennoch bejaht er einen Anspruch der überlassenen AN. Klar ist, dass er dadurch die Wortlautgrenze des § 10 AÜG überschreitet, da er den Anspruch bzgl der Abfertigung nur für atypisch, also langfristig Überlassene bejaht. Diese Einteilung nach der Überlassungsdauer lässt der Wortlaut des § 10 Abs 1 AÜG nicht zu. Es handelt sich bei dem Ergebnis des OGH daher um richterliche Rechtsfortbildung.⁴⁸⁸ Möglich ist, dass der OGH eine Gesetzesumgehung prüft.⁴⁸⁹ Er weist auf § 8 Abs 2 AÜG hin, der Vereinbarungen zwischen Überlasser und Beschäftiger verbietet, „die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen“. Die Umgehung stellt nach hA keine eigene Rechtsfigur dar, vielmehr handelt es sich meist um eine analoge Anwendung der umgangenen Bestimmung.⁴⁹⁰ *Risak* interpretiert das Vorgehen des OGH

⁴⁸⁶ OGH 9 ObA 113/03p DRdA 2004/47 (*Balla*); vgl zu diesem Urteil auch abl *Risak*, *ecolex* 2004, 465; abl *Pacic*, *Methoden der Rechtsfindung im Arbeitsrecht* (2012) 146 ff.

⁴⁸⁷ Für diese Lösung *Risak*, AÜG: Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag, *ecolex* 2004, 465.

⁴⁸⁸ *Pacic*, *Methoden der Rechtsfindung im Arbeitsrecht* 146 ff.

⁴⁸⁹ Vgl *Rebhahn*, *Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung*, unveröffentlichtes Gutachten (2007) 17.

⁴⁹⁰ *Tamussino*, *Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen* (1990); *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht* I¹³ (2006) 178 f.

ebenfalls in dieser Art, er sieht in der E die Prüfung einer Lücke und einer Analogie.⁴⁹¹ Hervorzuheben ist allerdings, dass der OGH anscheinend auf den Nachweis einer Umgehungsabsicht verzichtet. Er entfernt sich dadurch von seiner sonstigen Judikatur zum Umweggeschäft.⁴⁹² Im Schrifttum wird demgegenüber bereits länger das Erfordernis einer Umgehungsabsicht verneint.⁴⁹³

Das Vorliegen einer Rechtsfortbildung unterwirft den OGH einer weitgehenden Begründungslast. Im Schrifttum wird in den Reaktionen auf die E des OGH bestritten, dass er diese Begründung ausreichend erbracht hat, insb wird das Vorliegen einer Lücke bzgl langfristiger Überlassungen verneint.⁴⁹⁴

Es hat den Anschein, dass die Kritik im Schrifttum von der Rsp erhört wurde. Die seit der E 9 ObA 113/03p ergangenen E des OGH deuten eher auf ein Abgehen von der These der atypischen Arbeitskräfteüberlassung hin. Bei der Beurteilung der Frage, ob nach über sechsjähriger Überlassung ein AV zum Beschäftiger bestehe, referiert der OGH zwar die Rechtsansicht zur atypischen AÜ, wendet sie dann aber auf den konkreten Fall nicht an.⁴⁹⁵ Ebenso verneinte er die Atypizität bei einer fünfjährigen Überlassung.⁴⁹⁶ Bei einer anderen E, die eine ebenfalls fünfjährige Überlassung betraf, bleibt die These ebenfalls unerwähnt, wohl aber auch deshalb, weil sie die geltend gemachten Ansprüche nicht beeinflusst hätte.⁴⁹⁷ Eine andere E betraf ein Unternehmen, das während 10 Monaten nur einen einzigen AV abschloss, und sich in diesem Zeitraum von einem Tochterunternehmen 160 von diesem neu eingestellte AN überlassen ließ.⁴⁹⁸ Der OGH sieht keinen Grund für die Unzulässigkeit dieser Überlassung, *Körber-Risak* sieht darin eine Ablehnung der These atypischer Arbeitskräfteüberlassung.⁴⁹⁹

Im Zentrum der juristischen Beurteilung steht damit die Frage der Lückenhaftigkeit des österr Arbeitsrechts hinsichtlich langfristiger Überlassungen. Zur Beantwortung dieser Frage wird im Folgenden die Bedeutung der Überlassungsdauer im AÜG analysiert.

⁴⁹¹ *Risak*, *ecolex* 2004, 465.

⁴⁹² *Schörghofer*, ZAS 2011, 270.

⁴⁹³ *Sieker*, *Umweggeschäfte* (2001) 40; vgl außerdem *Runggaldier*, *Grenzen der Kollektivvertragsautonomie bei der Regelung des Entgelts* (1995) 21.

⁴⁹⁴ *Pacic*, *Methoden der Rechtsfindung im Arbeitsrecht* 150; *Risak*, *ecolex* 2004, 465; *Marhold*, *ASoK* 2008, 162.

⁴⁹⁵ OGH 30.08.2011, 8 ObA 54/11s.

⁴⁹⁶ OGH 9 ObA 158/07m DRdA 2010, 417 (*Wagnest*) = ZAS 2011, 35 (*Niksova*): Der OGH weist darauf hin, dass die AN nicht nur an einen Beschäftiger überlassen war.

⁴⁹⁷ OGH 8 ObA 6/10f DRdA 2011, 460.

⁴⁹⁸ OGH 8 ObA 108/06z ZAS 2008, 77 (*Gerlach*); vgl zu diesem Urteil auch *Marhold*, *ASoK* 2008, 162.

⁴⁹⁹ *Körber-Risak*, *ecolex* 2008, 595 f; vorsichtiger *Marhold*, *ASoK* 2008, 165 f.

D. Die Überlassungsdauer im AÜG

1. Einleitung

Wie oben bereits gesagt kennt das AÜG seit seiner Schaffung keine Höchstdauer der Arbeitskräfteüberlassung. Das AÜG stellt aber an mehreren Stellen auf ein Zeitelement ab. Am prominentesten ist nunmehr sicher § 10 Abs 1a AÜG. Nach dieser Bestimmung werden die §§ 1 & 15 AÜG dargestellt.

2. § 10 Abs 1a AÜG

Ein Hinweis auf die nach Ansicht des Gesetzes noch unproblematische Überlassungsdauer wurde durch die Novelle 2012/13 eingeführt. § 10 Abs 1a AÜG ordnet an, dass überlassene Arbeitnehmer erst nach Ablauf des vierten Jahres beim selben Beschäftiger in die Betriebspensionen gem § 2 Z 1 BPG im Beschäftigerbetrieb miteinbezogen werden müssen. Die Beiträge in eine Pensionskasse oder die Prämien in eine betriebliche Kollektivversicherung müssen dann „ungeachtet einer allfällig vereinbarten Wartezeit“ bezahlt werden. Der Gesetzgeber geht daher offensichtlich von der Zulässigkeit einer über vierjährigen Überlassung aus.⁵⁰⁰ Es ist verwunderlich, dass der Gesetzgeber diesen wichtigen Punkt in einer Bestimmung, die primär einem anderen Zweck dient, versteckt hat. Außerdem fehlt ein Hinweis darauf, ob seitdem jedwede Überlassungsdauer unproblematisch ist. Die Rsp hat gezeigt, dass auch weit über vierjährige Überlassungen in der Praxis vorkommen. § 10 Abs 1a AÜG kann nicht entnommen werden, dass es überhaupt keine Höchstdauer für Überlassungen gibt. Allerdings ist ein Miteinbeziehen in die Pensionskassenregelung nur sinnvoll, wenn die Überlassung nach Ablauf der vier Jahre auch weiterhin noch eine längere Periode andauern darf. Im Ergebnis hat sich der Gesetzgeber daher dem (einmalig gebliebenen) Ansatz in der Rsp, der langfristigen Überlassung eine Grenze zu ziehen oder sie zumindest wirtschaftlich zu erschweren, entgegengestellt.

Wie gezeigt wurde, gingen die Überlegungen insb in der Rsp in die Richtung, bei langfristigen Überlassungen eine planwidrige Lücke des AÜG bzw der österr Arbeitsrechtsordnung zu bejahen. Vor dem Hintergrund des § 10 Abs 1a AÜG ist dies, jedenfalls nur aufgrund der langen Dauer einer Überlassung, nicht mehr möglich. Daher

⁵⁰⁰ *Schörghofer*, ZAS 2012, 344; zust *Resch* in *Raschauer/Resch* 100.

müssen Versuche einer Rechtsfortbildung scheitern. Gleichzeitig zeigt § 10 Abs 1a AÜG aber, dass der Gesetzgeber bei langfristigen Überlassungen von einem gesteigerten Gleichstellungsinteresse der überlassenen AN und/oder der Stammebelegschaft ausgeht.

3. § 1 AÜG

Die Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 3 AÜG nehmen bestimmte Fälle der Arbeitskräfteüberlassung von den §§ 10 – 16a AÜG aus, insb also auch vom Gleichstellungsgebot des § 10 AÜG. Die Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 3 Z 1 (Überlassung an einen Beschäftigten, der die „gleiche Erwerbstätigkeit“ ausübt wie der Überlasser) und Z 4 AÜG (Konzerninterne Überlassung) werden nur schlagend, wenn die Arbeitskräfteüberlassung „vorübergehend“ erfolgt. Die Verwendung genau dieses Begriffes ist nunmehr vor dem Hintergrund des Unionsrechts kurios.⁵⁰¹ Unter dem Begriff der „nicht vorübergehenden Überlassung“ wird zur RL diskutiert, ob Dauerüberlassungen überhaupt noch zulässig sein sollen (dazu unten VI.). Demgegenüber wird der Begriff in § 1 AÜG verwendet um die Anwendbarkeit nur des (auch durch die RL garantierten) Schutzstandards des AÜG auszuschließen. In Deutschland wurde aus diesem Grund bei der Umsetzung der RL beim Konzernprivileg die Formulierung „vorübergehend“ durch die Formulierung „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt“ ersetzt.⁵⁰²

In der Ausnahmebestimmung § 1 Abs 3 Z 3 AÜG (Überlassung innerhalb einer ARGE oder bei der betrieblichen Zusammenarbeit) fehlt eine explizite Einschränkung auf „vorübergehende“ Überlassungen. Zwar führt die Beschränkung der ARGE auf einen bestimmten Auftrag dazu, dass eine ständige Überlassung von der Ausnahmebestimmung nicht erfasst ist,⁵⁰³ allerdings sind auch sehr langfristige ARGE denkbar, etwa bei Großbaustellen. Es stellt sich daher die Frage, ob § 1 Abs 3 Z 3 AÜG auch bei langfristiger Überlassung im Rahmen einer ARGE erfüllt ist. Der Gesetzestext scheint dafür zu sprechen. Anders als die Z 1 und Z 4 enthält die Z 3 (ebenso wie die Z 2) eben nicht die Beschränkung auf die „vorübergehende Überlassung“. In den Materialien zur Stammfassung des AÜG wurde allerdings darauf hingewiesen, dass alle Ausnahmen, und damit auch die Vorgängerbestimmungen des heutigen Z 3, nur Überlassungen erfassen, die

⁵⁰¹ Vgl zur fraglichen unionsrechtlichen Zulässigkeit der Ausnahmebestimmungen des § 1 AÜG *Schörghofer*, ZAS 2012, 337 f.

⁵⁰² *Hamann*, NZA 2011, 76; *Waas* in *Thüsing* (Hrsg), AÜG³ (2012) § 1 Rz 158.

⁵⁰³ *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 47.

„vorübergehend aus besonderen Anlässen“ erfolgen.⁵⁰⁴ Der Gesetzgeber ist also bei der Einführung der Ausnahmebestimmungen davon ausgegangen, dass in etwa die gleichen Zeiträume betroffen sind. Die Beschränkung auf „vorübergehende“ Überlassung spiegelte sich damals auch bei den anderen Ausnahmen noch nicht im Gesetzeswortlaut wieder. Erst 1993 durch die Einführung des § 1 Abs 4 AÜG aF⁵⁰⁵ wurde für die grundsätzlich ausgenommen konzerninterne Überlassung der Gleichbehandlungsgrundsatz ausdrücklich für anwendbar erklärt, wenn die Überlassung nicht bloß vorübergehend erfolgt. Durch die Novelle im Jahr 2011 wurde diese Gegen Ausnahme aufgehoben und das Tatbestandselement „vorübergehend“ in den Grundtatbestand der Ausnahme verschoben.⁵⁰⁶ Gleichzeitig wurde das Tatbestandselement „vorübergehend“ auch in der neugeschaffenen Ausnahme des § 1 Abs 3 Z 1 übernommen. Es stellt sich daher die Frage, ob der Gesetzgeber von der ursprünglichen Wertung aus 1988, dass alle Ausnahmetatbestände nur vorübergehende Überlassungen erfassen sollen, dadurch abgewichen ist, dass er dieses Tatbestandselement nunmehr zwar ausdrücklich, allerdings nur bei zwei der Ausnahmen verlangt.⁵⁰⁷ Zum einen ist durchaus vorstellbar, dass angenommen wurde, bei den Ausnahmen des § 1 Abs 3 Z 3 und 4 würden bereits die anderen Tatbestandsmerkmale eine längerfristige Überlassung ausschließen. Zum anderen ist nicht ersichtlich, warum überlassene AN, StammAN und Arbeitsmarkt bei längerfristigen Überlassungen die ansonsten unter die Z 2 und 3 fallen würden, weniger gefährdet sind, als bei den Z 1 und 4. Das spricht dafür, dass auch von den § 1 Abs 3 Z 2 und 3 nur vorübergehende Sachverhalte erfasst sind.

Fraglich ist, welcher Zeitraum iSd § 1 AÜG noch als „vorübergehend“ anzusehen ist. In den Materialien zur Novelle 1993 wird zum Konzernprivileg (nunmehr § 1 Abs 3 Z 4 AÜG) auf die dauernde Einreihung iSd § 101 ArbVG verwiesen.⁵⁰⁸ Es ist umstritten, ob dies die automatische Übernahme der 13-Wochen-Grenze dieser Bestimmung bedeutet. In der Lehre wird teilweise aus dem Wortlaut der Materialien („kann“) abgeleitet, dass die Orientierung an § 101 ArbVG und damit an den 13 Wochen nur eine „Richtlinie“⁵⁰⁹ sei,

⁵⁰⁴ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 15.

⁵⁰⁵ BGBl 1993/460.

⁵⁰⁶ Schindler in ZellKomm² AÜG § 1 Rz 29.

⁵⁰⁷ Die E OGH 19.12.2013, 9 ObA 124/13w lässt erahnen, dass nach Ansicht des OGH die Ausnahme des § 1 Abs 4 Z 1 AÜG nicht auf vorübergehende SV beschränkt ist.

⁵⁰⁸ ErläutRV 1078 BlgNR 18. GP 16.

⁵⁰⁹ Kreil, Arbeitsverhältnisse im Konzern (1996) 92.

die eine dauernde Überlassung bloß „vermuten“⁵¹⁰ lasse. Abzustellen sei vielmehr darauf, ob beabsichtigt ist, dass der AN eine Rückkehrmöglichkeit hat.⁵¹¹ Allerdings schließt der Wortlaut der Materialien nicht aus, dass die 13 Wochen als zwingende Grenze der vorübergehenden Überlassung zu verstehen sind.⁵¹² Auch die Materialien zum LSDB-G scheinen dies so zu verstehen: „Als vorübergehend wurde nach der EB zur RV 1078 BlgNR XVIII. GP Zeiträume bis zu 13 Wochen angesehen.“⁵¹³ Das Abstellen auf die „Rückkehrmöglichkeit“ anstelle einer zeitlichen Grenze ist außerdem deshalb abzulehnen, weil dann in vielen Fällen kein zusätzliches Prüfungselement neben die Prüfung des Betriebszweckes tritt. Der Gesetzgeber will durch „vorübergehend“ und das Abstellen auf den „Betriebszweck“ ganz klar zwei verschiedene Tatbestandsmerkmale vorgeben. Das zeigt sich bereits darin, dass bis zum LSDB-G unterschiedliche Rechtsfolgen daran geknüpft waren.⁵¹⁴ Beim Betriebszweck wird teilweise darauf abgestellt, ob eine „nicht ganz unbedeutende Anzahl von AN“ „nur zum Zwecke der Überlassung“ eingestellt werden, und im Unternehmen des Überlassers daher für sie kein Arbeitsplatz existiert.⁵¹⁵ Wenn diese AN keinen Stammarbeitsplatz beim Überlasser haben, wird eine „Rückkehr“ aber auch nie möglich sein, in diesen Fällen würde diese Auslegung des Wortes „vorübergehend“ daher leerlaufen. Es wurde auch vorgebracht, dass konzernintern Überlassene durch eine 13-Woche-Grenze, als enge Auslegung des Wortes „vorübergehend“, gegenüber sonstigen fallweise Überlassenen bessergestellt wären.⁵¹⁶ Diese Aussage ist allerdings vor dem Hintergrund der damaligen Einschränkung des Gleichstellungsgebots (§ 10 AÜG) auf konzessionspflichtige Überlassungen zu sehen (vgl § 1 Abs 4 AÜG idF BGBl 1988/196).⁵¹⁷ Seit dem LSDB-G 2011 unterliegen grds alle Überlassungen dem Gleichstellungsgebot. Argumentieren kann man daher nur mehr, dass

⁵¹⁰ *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 91.

⁵¹¹ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 92; *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 91, AA *Jabornegg*, Arbeitsvertragsrecht im Konzern II, DRdA 2002, 118 (122).

⁵¹² *Jabornegg* (DRdA 2002, 122) schließt sich dem Auslegungsvorschlag der RV an.

⁵¹³ ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 10.

⁵¹⁴ Vom Betriebszweck die Anwendbarkeit der Abschnitte II bis IV des AÜG (vgl allerdings *Jabornegg*, DRdA 2002, 120 f); vom Vorliegen einer vorübergehenden Überlassung die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgebots.

⁵¹⁵ *Jabornegg*, DRdA 2002, 122; *Schindler* in *ZellKomm*² § 1 AÜG Rz 28; *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 88 sieht darin ein Indiz. Zur Auslegung des Betriebszwecks jüngst auch ausf OGH 9 ObA 145/09b DRdA 2012, 325 (*Kreil*) der zu einer anderen Auslegung des „Betriebszwecks“ tendiert.

⁵¹⁶ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 92.

⁵¹⁷ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 92: „Das [ihr Auslegungsergebnis, *Anm*] ist angemessen angesichts des Umstandes, dass diese Normen - § 10 Abs 1 und 3 AÜG – ansonsten nur die konzessionspflichtige Überlassung betreffen, also den Bereich, den der Gesetzgeber als den für die Arbeitnehmer nachteiligsten einstuft.“

die Ausnahme der Konzernleihe gegenüber den anderen Ausnahmetatbeständen zu eng wird, wenn man unter „vorübergehend“ eine strenge 13-Woche-Grenze versteht.⁵¹⁸ Wie oben dargestellt, sind aber auch von den anderen Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 3 AÜG nur vorübergehende Überlassungen erfasst. Zudem treten jeweils andere Tatbestandsmerkmale hinzu, die der Ausnahmetatbestand der Konzernleihe nicht verlangt.⁵¹⁹

Allerdings wird die Auslegung des Wortes „vorübergehend“ durch § 1 Abs 3 Z 1 AÜG noch undurchsichtiger. Dort wird neben dem Wort „vorübergehend“ auch auf eine „Höchstdauer von sechs Monaten im Kalenderjahr“ hingewiesen. Auf den ersten Blick scheint naheliegend, dass die gleichzeitige Normierung von „vorübergehend“ und einem genauen Zeitraum dafür spricht, dass mit „vorübergehend“ eben keine zeitliche Grenze vorgegeben wird, sondern die „Rückkehrmöglichkeit“, wie zu Z 4 von der oben abgelehnten Lehrmeinung teilweise vertreten.⁵²⁰ Dagegen spricht aber wiederum die Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Mit der Einführung des § 1 Abs 3 Z 1 AÜG bezweckt das LSDB-G die Angleichung an die Ausnahmebestimmungen der GewO 1973.⁵²¹ Dort wurde diese Ausnahme bereits 1988 mit demselben Wortlaut in § 323a Abs 2 Z 1 GewO 1973 eingeführt (vgl nunmehr § 135 Abs 2 Z 1 GewO 1994). In den Materialien aus 1988 wird deutlich, dass die sechs Monate neben dem Wort vorübergehend kein zusätzliches Tatbestandsmerkmal darstellen sollen, sondern nur zur Konkretisierung dient, um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden.⁵²²

Während in Z 1 daher sechs Monate gerade noch vorübergehend sein sollen, spricht zu Z 4 viel für eine Höchstgrenze von 13 Wochen. Der Begriff „vorübergehend“ würde dadurch innerhalb von einem Paragraphen jeweils unterschiedlich ausgelegt werden. Dies erscheint zwar auf den ersten Blick seltsam, das LSDB-G scheint dies aber zu akzeptieren. In den Materialien wird wie bereits erwähnt die 13-Wochen Grenze für die Konzernüberlassung wiederholt, die sechs Monate werden gleichzeitig ausdrücklich im Gesetzeswortlaut verankert. Im Ergebnis gilt daher für die Ausnahme der

⁵¹⁸ *Jabornegg* (DRdA 2002, 122) sah im Argument von *Kreil* einen Vergleich mit der Ausnahme in der GewO, die nunmehr wortgleich in § 1 Abs 3 Z 1 zu finden ist.

⁵¹⁹ So bereits zu der damals nur in der GewO 1973 normierten Ausnahme des heutigen § 1 Abs 3 Z 1 AÜG: *Jabornegg*, DRdA 2002, 122.

⁵²⁰ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 92; *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 91.

⁵²¹ ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 11; *Schindler* in *ZellKomm*² § 1 AÜG Rz 9.

⁵²² ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 25: „Schwierigkeiten bei der Auslegung des Begriffes ‚vorübergehende Überlassung‘ sollen durch die Festsetzung einer Höchstdauer für derartige Überlassungen vermieden werden.“

Konzernüberlassung (Z 4) eine Zeitgrenze von 13 Wochen, für die Überlassung zwischen Unternehmen mit gleicher Erwerbstätigkeit (Z 1) eine Zeitgrenze von 6 Monaten im Kalenderjahr. Bei den Z 2 und 3 wird wie bei der Z 4 eine Zeitgrenze von 13 Wochen gelten, weil nur in der Z 1 ausdrücklich eine andere Zeitgrenze vorgegeben wird.⁵²³

An diesem Punkt kann jedenfalls festgehalten werden, dass das AÜG beim Anwendungsbereich des Gesetzes auf ein Zeitelement abstellt. Bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen ist bei bloß vorübergehender Überlassung ein Teil der Bestimmungen des AÜG nicht anwendbar. Das AÜG kennt eine Zeitgrenze im Anwendungsbereich daher grds als Untergrenze, um Fälle auszuschneiden, in denen die Bestimmungen zum Schutz der überlassenen Arbeitskräfte nicht anwendbar sein sollen. Wichtig ist, dass die bloße geringe Dauer nicht für die Ausnahme ausreicht. Es müssen immer noch zusätzliche Merkmale erfüllt sein, damit der Gesetzgeber die Überlassung von den §§ 10 bis 16a AÜG ausnimmt. Die vorübergehende Dauer ist nicht der eigentliche Grund der Ausnahmen, dieser liegt in den Besonderheiten der jeweiligen wirtschaftlichen Konstellationen, etwa bei der Konzernleihe in der Erleichterung der Zusammenarbeit zwischen Konzernunternehmen⁵²⁴. Diese Unternehmerinteressen werden aber nicht mehr schlagend, wenn die Dauer der Überlassung eine gewisse Grenze überschreitet. Dies kann nur so verstanden werden, dass dann nach Ansicht des Gesetzgebers die Interessen der überlassenen Arbeitskräfte (oder der StammAN im Beschäftigterbetrieb) schwerer wiegen. Es kann daher aus den Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 3 AÜG die Ansicht des Gesetzgebers abgeleitet werden, dass die Schutzwürdigkeit der beteiligten AN mit der Überlassungsdauer ansteigt.

4. § 15 AÜG

Bei der vom OGH aufgeworfenen These, das AÜG sei hinsichtlich der langfristigen Überlassung unbeabsichtigt lückenhaft, wurde als Gegenargument auch § 15 AÜG angeführt.⁵²⁵ Diese Norm ermächtigt den zuständigen Bundesminister durch Verordnung die Anzahl der überlassenen Arbeitskräfte zu beschränken und insb auch eine Höchstdauer

⁵²³ Es stellt sich die Frage, ob auch bei den anderen Ausnahmetatbeständen die Zeiten aufeinander folgender Überlassungen verschiedener Arbeitskräfte zusammenzuzählen sind. Dafür spricht die Verwendung des Plurals in der Z 4 („die vorübergehende Überlassung von Arbeitskräften“) und die Verhinderung von Umgehungsversuchen.

⁵²⁴ Vgl dazu *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 83.

⁵²⁵ *Marhold*, ASoK 2008, 164.

der Überlassung einzuführen.⁵²⁶ Diese (betriebsbezogenen) Schranken dürfen allerdings nur dann für einzelne Wirtschaftsbereiche eingeführt werden, wenn in diesen Bereichen „der Anteil der überlassenen Arbeitskräfte mehr als ein Zehntel der Gesamtzahl der unselbständigen Beschäftigten, der Arbeiter oder der Angestellten beträgt.“⁵²⁷ In den Materialien wird darauf hingewiesen, dass dadurch eine Reaktionsmöglichkeit „auf heute noch nicht genau abschätzbare nachteilige arbeitsmarktpolitische Entwicklungen der Arbeitskräfteüberlassung“ geschaffen wird. Durch § 15 AÜG soll eine „flexible Antwort auf die in ständigem Wandel befindlichen wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten erleichtert werden.“ Es ist darauf hinzuweisen, dass bis heute auf dieser Rechtsgrundlage keine V erlassen worden ist.⁵²⁸ In den Erläuterungen zum ME für die Novelle 2012/2013 wird § 15 AÜG als „totes Recht“ bezeichnet.⁵²⁹ Diese Äußerung aus dem Mund gerade desjenigen, der befugt wäre, dem Recht Leben einzuhauchen, kann zweierlei bedeuten. Entweder, dass der aktuelle Bundesminister keine Verordnung erlassen will, oder dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung nicht vorliegen. Die 10%-Hürde des § 15 Abs 2 AÜG scheint jedenfalls sehr hoch angesetzt.⁵³⁰ Die Grünen haben in einem Entschließungsantrag zur Beschränkung der Höchstdauer der Leiharbeit vorgebracht, dass die 10%-Hürde nie erreicht werde, weil zwar manche Unternehmen viele überlassene AN, andere hingegen keine verwenden.⁵³¹

Eine substantielle Anpassung des § 15 AÜG ist nach seiner Einführung lange nicht erfolgt.⁵³² Interessant sind allerdings die Änderungen durch die Novelle zur Umsetzung der Leiharbeits-RL. Im Zuge der Umsetzung wurde die Frage aufgeworfen, ob § 15 AÜG mit Art 4 Leiharbeits-RL vereinbar ist.⁵³³ Art 4 Leiharbeits-RL lässt Verbote und Einschränkungen der Leiharbeit nur unter der Voraussetzung zu, dass sie durch das

⁵²⁶ Vgl zu § 15 AÜG *Schindler* in *ZellKomm*² § 15 AÜG Rz 1 ff.

⁵²⁷ Die Kenntnis über das Erreichen der für eine V erforderlichen Zehntelgrenze(n) wird durch § 13 Abs 4 AÜG gesichert; *Schindler* in *ZellKomm*² § 15 AÜG Rz 3.

⁵²⁸ *Schindler* in *ZellKomm*² § 15 AÜG Rz 1.

⁵²⁹ 366/ME 24. GP Mat 5; *Schörghofer*, *juridikum* 2014, 94.

⁵³⁰ Ob sie heute in manchen Bereichen erfüllt ist, ist schwierig zu beantworten. 2012 betrug der Gesamtanteil der Überlassenen an den unselbständig Erwerbstätigen nur 2,4 % - Statistik des BMASK – früher abrufbar unter „https://akupav.eipi.at/akupav/2012/AKU_gesamt_2012.pdf“, in einzelnen Branchen – etwa der Industrie – kann der Anteil deutlich höher liegen.

⁵³¹ Entschließungsantrag betreffend Maßnahmen 1769/A (E) eingebracht 06.12.2011 im Nationalrat, abgelehnt im Ausschuss für Arbeit und Soziales, AB 1948 BlgNR 24. GP.

⁵³² Seit der Novelle BGBl 1994/314 sind statt dem Beirat für Arbeitsmarktpolitik die gesetzlichen Interessenvertretungen und kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigungen der AG und der AN anzuhören.

⁵³³ *Grünanger*, *ecolex* 2009, 425 f.

Allgemeininteresse gerechtfertigt sind.⁵³⁴ *Grünanger* zweifelt vor allem deshalb an einer Vereinbarkeit mit der RL, weil in § 15 Abs 2 als Voraussetzung nur die 10 %-Hürde aufgestellt wird.⁵³⁵ *Schindler* sieht dies als ausreichend an.⁵³⁶ Zur Prüfung der Rechtfertigung einer Höchstdauer vor Art 4 Leiharbeits-RL muss zuerst geklärt werden, welchen Standpunkt die RL allg gegenüber langfristigen Überlassungen einnimmt (dazu unten). Grds sprechen aber alle möglichen Auslegungsvarianten zum Standpunkt der Leiharbeits-RL zu nicht vorübergehenden Überlassungen (Verbot, Ausnahme aus dem Geltungsbereich, bloßer Programmsatz)⁵³⁷ für die Rechtfertigbarkeit der Einschränkung langfristiger Überlassungen.

Die Novelle 2011/12 enthält außerdem Änderungen hinsichtlich der zulässigen Regelungsbereiche der V. Während diese zuvor „für den Bereich bestimmter gesetzlicher Interessenvertretungen der Beschäftiger oder für bestimmte Fachgruppen“ möglich waren, erlaubt sie § 15 AÜG nach der Novelle „für den Bereich bestimmter gesetzlicher Interessenvertretungen oder Berufsvereinigungen oder deren Untergliederungen“. Abgelöst werden daher erstens die „Fachgruppen“ durch „Untergliederungen“, dies wurde auch schon davor vertreten.⁵³⁸ Die Meinung von *Tomandl*, dass sich die V örtlich maximal auf ein Bundesland erstrecken kann, weil bisher nur „Fachgruppen“ ausdrücklich genannt wurden,⁵³⁹ wird daher nun nicht mehr aufrechtzuerhalten sein. Interessanter ist aber zweitens der Wegfall der ausdrücklichen Beschränkung auf die Struktur **nur der Akteure der „Beschäftiger“**. Es stellt sich daher nun die Frage, ob auch eine V für den Bereich des Fachverbands der gewerblichen Dienstleister und damit für überlassene Arbeitskräfte, unabhängig von der Einsatzbranche, erlassen werden kann. Dagegen sprechen allerdings die Materialien der Novelle 2011/12, die einen Teil der Änderungen, darunter auch die neue Fassung des § 15 AÜG, nur als „erforderliche terminologische Anpassungen und Ergänzungen“ bezeichnen. Zudem würde bei einer Verordnung für die Branche der Arbeitskräfteüberlassung die weiterhin geforderte Voraussetzung in § 15 Abs 2 AÜG nicht passen. Die Frage, ob im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung mehr als 10 % der unselbständig Beschäftigten als überlassene Arbeitskräfte arbeiten ist nicht sinnvoll.

⁵³⁴ Vgl zu Art 4 RL *Sansone*, Gleichstellung 478 f und ausf *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien (2012) 61 ff.

⁵³⁵ *Grünanger*, *ecolex* 2009, 425 f.

⁵³⁶ *Schindler* in *ZellKomm*² § 15 AÜG Rz 2.

⁵³⁷ *Schörghofer*, *ZAS* 2012, 343.

⁵³⁸ *Schindler* in *ZellKomm*² § 15 AÜG Rz 4.

⁵³⁹ *Tomandl*, *Arbeitskräfteüberlassung* 117 f.

Marhold leitet aus § 15 AÜG richtigerweise ab, „dass dem Gesetzgeber die Problematik dauerhafter Überlassung bewusst war“. ⁵⁴⁰ § 15 AÜG bezweckt allerdings den Schutz der StammAN und des Arbeitsmarkts, nicht primär der überlassenen Arbeitskräfte. ⁵⁴¹ Dies zeigt sich darin, dass die Begrenzung (insb der Dauer) nicht generell festgelegt werden kann, sondern nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nur „für den Bereich bestimmter gesetzlicher Interessenvertretungen der Beschäftiger oder für bestimmte Fachgruppen“. § 15 AÜG verlangt, wie bereits erwähnt, für das Erlassen einer V einen Mindestanteil der Überlassung an der innerhalb einer Branche beschäftigten Arbeitskräfte. ⁵⁴² Die Interessen einer dauerhaft überlassenen Arbeitskraft können aber unabhängig davon beeinträchtigt sein, wie viele überlassene Arbeitskräfte sonst noch innerhalb einer (Beschäftiger-)Branche überlassen sind. Selbst wenn eine V erlassen werden sollte, stellt sich überdies noch die Frage, ob die Rechtsfolgen ihrer Verletzung den überlassenen Arbeitskräften zugute kämen. ⁵⁴³ Nach *Sacherer* trifft der Verstoß gegen eine durch V eingeführte Höchstüberlassungsdauer den Überlasser und den Beschäftiger, ihre Vereinbarung sei nach § 8 Abs 2 AÜG verboten, es drohen Verwaltungsstrafen (§ 22 Abs 1 Z 1 lit a AÜG) und für den Überlasser überdies gewerberechtliche Konsequenzen. ⁵⁴⁴ Nach *Tomandl* scheidet eine Anwendung des § 8 Abs 2 AÜG daran, dass eine Überlassung, die gegen eine V iSd § 15 AÜG verstößt, für die betroffene überlassene Arbeitskraft einen Vorteil darstellt. § 15 AÜG dient „eben nicht dem Schutz der einzelnen Arbeitskraft, sondern verfolgt arbeitsmarktpolitische Zielsetzungen.“ ⁵⁴⁵ In der Folge liege auch die von *Sacherer* behauptete Verwaltungsübertretung nicht vor, möglich sei daher nur der Entzug der Gewerbeberechtigung oder die Untersagung der Überlassung. ⁵⁴⁶ Eine Rechtsfolge von der die verordnungswidrig überlassenen Arbeitskräfte unmittelbar profitieren würden, wurde soweit zu sehen noch nicht behauptet. ⁵⁴⁷

⁵⁴⁰ *Marhold*, ASoK 2008, 164.

⁵⁴¹ *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 14; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 119; vgl auch *Schrattbauer/Goricnik*, wbl 2013, 124.

⁵⁴² *Schindler* (in ZellKomm² § 15 AÜG Rz 2) spricht von einer „arbeitsmarktpolitischen Grenze“ und der „immanenten Austauschdrohung“ gegenüber dem Stammpersonal bei vielen Überlassungen in einer Branche.

⁵⁴³ *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 14.

⁵⁴⁴ *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 252 f.

⁵⁴⁵ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 119.

⁵⁴⁶ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 119.

⁵⁴⁷ In Frage käme ja grds auch die hier immer wieder diskutierte Begründung eines AV zum Beschäftiger. Es stellt sich aber die Frage, ob die V dies überhaupt vorsehen darf.

5. Zusammenfassung

In § 10 Abs 1a AÜG hat der Gesetzgeber mittelbar klargestellt, dass auch mehrjährige Überlassungen grds zulässig sind. Jedenfalls unproblematisch sind knapp über vierjährige Überlassungen. Die unbegrenzte Zulässigkeit langer Überlassungen verlangt § 10 Abs 1a AÜG zwar nicht zwingend, allerdings macht die Gleichstellung bzgl Betriebspensionsleistung typischerweise erst bei noch sehr viel längeren Zeiträumen Sinn, die dann ebenso zulässig sein müssen.

Ebenso wie im Grunde auch § 10 Abs 1a AÜG zeigen die Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 3 AÜG, dass der Gesetzgeber mit steigender Überlassungsdauer eine größere Schutzwürdigkeit der überlassenen Arbeitskräfte annimmt. Aus § 15 AÜG kann abgeleitet werden, dass sich der Gesetzgeber der Problematik der langfristigen Überlassung bewusst war. Er hat durch die Verordnungsermächtigung grds eine Reaktionsmöglichkeit auf dieses Phänomen geschaffen hat. Die Voraussetzung einer Mindestanzahl der innerhalb einer Branche überlassenen AN und die drohenden Rechtsfolgen bei Verstoß gegen eine solche Verordnung zeigen allerdings, dass der Schutz der überlassenen Arbeitskräfte nicht der (Haupt-) Zweck dieser Bestimmung ist.

E. Zusammenfassung

In diesem ersten Teil konnte dargelegt werden, dass den Schutzzwecken des AÜG eher eine Regulierung der Maximaldauer der Arbeitskräfteüberlassung entsprechen würde. Im Anschluss wurde gezeigt, dass es auch durchaus einen Ansatz in der Rsp zu dieser Regulierung gab. Dieser Gedanke wurde allerdings vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen. Stattdessen hat er sich für eine (wenngleich versteckte) gesetzliche Absicherung der mehrjährigen Überlassungen entschieden. Gleichzeitig deutet das AÜG an, dass die Schutzwürdigkeit der AN mit der ansteigenden Überlassungsdauer zunimmt. Eine Argumentation, wonach das AÜG und grds die österr Arbeitsrechtsordnung im Hinblick auf langfristige Überlassungen planwidrig lückenhaft ist, ist wegen § 10 Abs 1a AÜG allerdings nicht mehr möglich.

Im Folgenden werden nun Rechtsfragen erörtert, die im Zusammenhang mit langfristigen Überlassungen, trotz deren grds Zulässigkeit, auftreten können.

III. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und kollektives Arbeitsrecht

A. Einleitung

Probleme, denen sich der Gesetzgeber nicht oder nicht ausreichend annimmt, können und sollen im Arbeitsrecht häufig durch kollektive Rechtsquellen aufgegriffen werden. Bei langfristigen Überlassungen ist dies in der Praxis bereits durch BV geschehen, wobei hier im Schrifttum zahlreiche Bedenken geäußert wurden. Bevor darauf eingegangen wird, soll kurz überlegt werden ob in Österreich die Einführung einer Überlassungshöchstdauer in KV zulässig wäre. Während dies in Österreich noch nicht diskutiert wurde, wird in Deutschland bereits versucht, auf Ebene der Tarifverträge eine Beschränkung auf „vorübergehende“ Überlassungen einzuführen.⁵⁴⁸

Vorab ist zu erwähnen, dass die dargelegten Bestimmungen des AÜG zur Überlassungsdauer (insb § 10 Abs 1a AÜG und § 15 AÜG) einer weitergehenden Regulierung durch kollektive Rechtsquellen nicht entgegenstehen. Es ist, soweit zu sehen, unstrittig, dass das AÜG Abweichungen zugunsten der AN zulässt. Allenfalls könnte man überlegen, ob aus der Möglichkeit zur Anregung einer V, die der Gesetzgeber in § 15 Abs 4 AÜG den KV-Parteien einräumt, folgt, dass diese eine vergleichbare Regelung nicht selbständig einführen können. Eine Verordnungsermächtigung, die die Kollektivvertragsautonomie einschränkt, ist dem österr Arbeitsrecht aber soweit zu sehen fremd. Den Bestimmungen des ArbVG zu den Substitutionsformen des KV kann die genau umgekehrt Rangfolge entnommen werden (Kollektivvertrag verdrängt Verordnungsermächtigung). Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber gerade im Fall des (praktisch irrelevanten) § 15 AÜG etwas anderes vorsehen sollte.

B. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und Kollektivvertrag

Relativ unproblematisch wäre die Einführung einer Überlassungshöchstdauer in KV im schuldrechtlichen Teil, schwieriger ist die Frage nach der Zulässigkeit einer **normativ wirkenden** Höchstdauer. Als Rechtsfolge käme hier insb der Entfall der Überlassung in Frage, wenn die Höchstdauer überschritten wird oder eine Verpflichtung

⁵⁴⁸ *Krause*, Neue tarifvertragliche Regeln für die Leiharbeit in der Metallindustrie, NZA 2012, 830; *Ulber*, Erweiterte Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates durch Tarifverträge zur Leiharbeit, AuR 2013, 114; vgl zu diesen Versuchen ua auch bereits vor der Novelle *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay² (2012) 31.

des Beschäftigers die zu lange überlassenen AN zu übernehmen. Im Moment gibt es in Österreich, soweit zu sehen, keine solche KV-Bestimmung. Insb enthält der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung (KVAÜ) keine Regelungen, die auf die Dauer der Überlassung abstellen.

Geht man von den in Österreich typischen Branchen-KV aus, wäre eine Höchstquote zum einen als Inhalt der Überlasser-KV und zum anderen in den KV, denen die Beschäftiger jeweils unterworfen sind, denkbar. Mangels konkreter KV-Ermächtigung im AÜG muss die Zulässigkeit einer Höchstdauer dabei auf Basis des allg Katalogs des § 2 Abs 2 Z 2 -7 ArbVG geprüft werden. In Frage kommt dazu nur § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG, die Ermächtigung zu sog „Inhaltsnormen“: „Die gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer“.⁵⁴⁹

Jedenfalls unzulässig ist ein Kontrahierungsgebot für den Beschäftiger. Sog Abschlussnormen, also insb auch Abschlussgebote, sind unbestritten kein zulässiger Inhalt des normativen Teils von KV.⁵⁵⁰ Ebenfalls undenkbar ist ein unmittelbarer Einfluss einer KV-Höchstdauer auf den Überlassungsvertrag, also den Vertrag zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger, der die geplante Dauer der Überlassung regelt. Im Katalog des § 2 Abs 2 ArbVG wird nicht die Regelung der Beziehung zwischen Überlasser und Beschäftiger erwähnt. Der KV wirkt nur auf den Arbeitsvertrag ein, nicht auf andere Vertragsverhältnisse. Mangels Zulässigkeit dieser Rechtsfolgen kann daher in Österreich keine **wirksame** Höchstdauer für Überlassungen in KV eingeführt werden.

Denkbar bleibt ein Anspruch auf zusätzliche Gleichstellung ab einer gewissen Überlassungsdauer und damit eine mittelbare Motivation zur Direktanstellung. Im normativen Teil von KV, denen Beschäftiger angehörig sind, stehen einer solchen Regelung allerdings zwei Hindernisse entgegen. Zum einen sind die Abschlusspartner auf AN-Seite möglicherweise nicht vertretungsbefugt gegenüber den überlassenen AN, etwa wenn nur eine Fachgewerkschaft des ÖGB den KV abgeschlossen hat. Zum anderen ist fraglich, ob Ansprüche der überlassenen AN gegenüber dem Beschäftiger ein zulässiger KV-Inhalt sind. Dazu wäre erforderlich, dass man das Verhältnis von Beschäftiger und überlassener Arbeitskraft als „Arbeitsverhältnis“ iSd § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG qualifiziert, nur dann könnte eine zulässige „Inhaltsnorm“ vorliegen.

⁵⁴⁹ Vgl dazu allg *Reissner* in *ZellKomm*² § 2 ArbVG Rz 47 ff.

⁵⁵⁰ *Jabornegg*, Grenzen kollektivvertraglicher Rechtssetzung und richterlicher Kontrolle, JBl 1990, 205.

Die Hindernisse entfallen für die Gewährung zusätzlicher Ansprüche vom Überlasser durch den Überlasser-KV, wenn die Überlassung eine gewisse Dauer überschreitet. Zwar beschränkt der OGH die Inhaltsnormen auf den „typischen, wesentlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Inhalt der Arbeitsverhältnisse“.⁵⁵¹ Die Lehre widerspricht dem aber, es sei ausreichend, wenn der Regelungsgegenstand „zumindest ansatzweise im jeweils geltenden Arbeitsvertragsrecht bzw in den Arbeitsverträgen angesprochen“ ist.⁵⁵² Wie gezeigt wurde, kennt das AÜG den Gedanken, dass die Schutzwürdigkeit der Überlassenen mit der Überlassungsdauer zunimmt. Zudem erscheint eine Begünstigung, die auf die Dauer der Überlassung abstellt, in gewisser Weise nur als spezielle Variante der Ausgestaltung des Anciennitätsprinzips für die Überlassungsbranche. Zunehmende Vergünstigungen mit steigender Dienstzugehörigkeit sind in österr Arbeitsverträgen ausreichend häufig verwirklicht.

Es ist allerdings denkbar, dass der OGH eine KV-Bestimmung, die Überlassenen Ansprüche abhängig von der Überlassungsdauer gewährt, als unzulässige Betriebsbindungsklausel qualifiziert, weil der AN dadurch unrechtmäßig in seiner Kündigungsfreiheit eingeschränkt wird.⁵⁵³ Zum einen wurde berechtigte Kritik am Verbot von Betriebsbindungsklauseln vorgebracht,⁵⁵⁴ zum anderen kann mE das Ziel der Abschlussparteien, dauerhafte Überlassungen zu erschweren, den nachteiligen Nebeneffekt für die AN aufwiegen.

C. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsvereinbarung

1. Einleitung

§ 97 Abs 1 Z 1a ermöglicht BV über „Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von Arbeitnehmern, die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung tätig sind“. Diese Bestimmung ist in der Diskussion der langfristigen Überlassung aufgetaucht. In einem Urteil zu einer atypischen Überlassungskonstruktion beruft sich der OGH darauf, dass bereits die BV-Ermächtigung des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG einen ausreichenden Schutz der überlassenen Arbeitskräfte gewährleiste.⁵⁵⁵ *Marhold* hat dem mit dem Argument

⁵⁵¹ OGH 4 Ob 108/81 DRdA 1983, 178; vgl *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 2 Rz 18.

⁵⁵² *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁸ (2013) 208.

⁵⁵³ Vgl zu Betriebsbindungsklauseln *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 2 Rz 43 ff.

⁵⁵⁴ *Runggaldier*, Grenzen der Kollektivvertragsautonomie bei der Regelung des Entgelts 113 ff.

⁵⁵⁵ OGH 8 ObA 108/06z ZAS 2008, 77 (*Gerlach*).

widersprochen, dass individualrechtliche Schutzbedürftigkeit nicht durch Betriebsvereinbarungen als kollektive Maßnahme kompensiert werden kann.⁵⁵⁶ Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Position der BR gegenüber Überlassenen durchaus ambivalent ist.⁵⁵⁷ Zudem wird in den Materialien darauf hingewiesen, dass diese BV insb dem Schutz der Stammebelegschaft dient.⁵⁵⁸ Gründe für den Abschluss einer solchen BV werden, neben dem Schutz der überlassenen AN, wahrscheinlich auch die Furcht vor einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen auch für die Stammebelegschaft und vor einem Einflussverlust der betrieblichen Interessenvertretung sein.

Wegen der Bedeutung insb auch für langfristige Überlassungen werden im Folgenden der zulässige Inhalt und die Wirkung einer solchen BV untersucht. Der OGH hat in einem obiter dictum gesagt, dass in BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG ua eine „Höchstquote von ‚Leiharbeitnehmern‘ im Verhältnis zur Stammebelegschaft [...] und die Festlegung eines Kontrahierungsgebots, sofern ‚Leih-AN‘ über eine gewisse Dauer hinaus im Beschäftigerbetrieb eingesetzt werden und Interesse an einer Daueranstellung bekunden“ zulässig vereinbart werden können.⁵⁵⁹ Obwohl diese Auffassung in der Lehre auf Widerstand gestoßen ist,⁵⁶⁰ hat der OGH seine Rsp in der Zwischenzeit bestätigt.⁵⁶¹ Er stützt sich dabei insb auf folgende Ausführungen in den Materialien, die eine weite Interpretation der BV-Ermächtigung nahe legen: „*Es sollen beispielsweise Vereinbarungen über die Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften in einzelnen Abteilungen oder die Gewährung freiwilliger Sozialleistungen an überlassene Arbeitskräfte getroffen werden können. Zu denken wäre in diesem Zusammenhang etwa an die Festlegung von Höchstquoten für die Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte nur in bestimmten Abteilungen bzw der Verzicht auf die Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte in bestimmten Abteilungen, die Festlegung von Höchst- oder Mindestfristen für die Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte, Vereinbarung der Zustimmungspflicht bei Überschreiten bestimmter Quoten oder Fristen usw.*“ Die BV-Ermächtigung könnte so verstanden ein wirksames Instrument des BR zur Regulierung von Überlassung darstellen.

⁵⁵⁶ Marhold, ASoK 2008, 167.

⁵⁵⁷ In diese Richtung *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 13.

⁵⁵⁸ *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 15; ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 24.

⁵⁵⁹ OGH 8 ObA 108/06z ZAS 2008, 77 (*Gerlach*).

⁵⁶⁰ *Gerlach*, ZAS 2008, 77; *Körber-Risak*, RdW 2008, 592; Vgl bereits davor: *Schrank*, Arbeitskräfteüberlassung: Sind Quotenregelungen im Beschäftigerbetrieb erzwingbar?, *ecolex* 2000, 734; differenzierend *Pacic*, Quotenregelungen für den Einsatz von Leiharbeitskräften im Beschäftigerbetrieb, *ecolex* 2007, 786.

⁵⁶¹ OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (abl *Körber-Risak*).

Dies gilt insb für langfristige Überlassung, aufgrund der von den Materialien und dem OGH genannten Höchstfristen. Quotenregelungen betreffen zwar nicht direkt langfristige Überlassungen, allerdings werden sie wohl gerade bei Einsatz von (auch) langfristig überlassenen Arbeitskräften interessant. Ein hoher Anteil von überlassenen AN wird in den meisten Branchen nur dann auftreten, wenn neben den kurzfristig zu besetzenden Arbeitsplätzen auch ein Dauerarbeitsbedarf durch länger andauernde Arbeitskräfteüberlassung gedeckt wird. Es soll daher an dieser Stelle auf die Zulässigkeit sowohl von Quoten als auch Höchstfristen eingegangen werden. Im Anschluss werden die zulässigen Rechtsfolgen und deren Durchsetzung untersucht.

2. Zulässigkeit einer Quotenregelung

Besonders die vom OGH vertretene Zulässigkeit von Quoten für überlassene AN, wurde in der Lehre kritisiert. Angesetzt wird dazu an den **Materialien**, deren Bedeutung für die Auslegung in Zweifel gezogen wird.⁵⁶² Außerdem würden auch die Materialien Quoten nur für bestimmte Betriebsabteilungen zulassen, nicht für den gesamten Betrieb.⁵⁶³ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Materialien Betriebsquoten jedenfalls auch nicht ausschließen. Die Aufzählung in den Materialien ist eine bloß demonstrative (arg „beispielsweise“), es ist nicht ersichtlich, dass durch diese Beispiele die äußersten Grenzen des zulässigen BV-Inhalts gezogen werden sollten.

Auch aus dem **Wortlaut** des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG wird die Unzulässigkeit von Quotenregelungen abgeleitet. Es sei zweifelhaft, ob Quoten überhaupt „Grundsätze“ seien.⁵⁶⁴ Damit ist wohl gemeint, dass „Grundsätze“ nur abstrakte Regelungen enthalten können, wie bei der Ermächtigung gem § 97 Abs 1 Z 10 ArbVG.⁵⁶⁵ Bei den „Grundsätzen betreffend den Verbrauch des Erholungsurlaubes“ sprechen allerdings die Materialien von der BV nur als „Vereinbarung genereller Richtlinien“.⁵⁶⁶ Bei § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG deuten die Materialien in eine andere Richtung, danach soll zwischen BR und BI eine Einigung über „wesentliche [...] Fragen“ gefunden werden. Das spricht für eine Deutung

⁵⁶² *Körber-Risak*, RdW 2008, 594.

⁵⁶³ *Schrank*, *ecolex* 2000, 734; *Pacic*, *ecolex* 2007, 787.

⁵⁶⁴ *Schrank*, *ecolex* 2000, 734; *Tomandl*, ZAS 2011, 253.

⁵⁶⁵ *Schrank*, *ecolex* 2000, 734; *Mazal* (in *Körber-Risak/Wolf* 184) zieht ebenfalls diesen Vergleich, leitet daraus aber nur ab, dass keine Regelungen über „konkrete Überlassungen“ und „über die Beziehungen zu konkreten Überlassern“ vereinbart werden können.

⁵⁶⁶ ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 84. Das Verbot einer Überdeterminierung folgt überdies bereits aus § 12 UrlG; vgl *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 141.

des Wortes „Grundsätze“ nicht als „abstrakt“, sondern eher als „elementar“ oder „fundamental“. Die Einführung von Höchstquoten ist jedenfalls geeignet die grundsätzliche Bedeutung von Arbeitskräfteüberlassung für einen Betrieb zu beeinflussen.

Es wird auch behauptet, dass Quoten deshalb außerhalb der Wortlautgrenze liegen, weil sich die Bestimmung auf überlassene AN bezieht, die bereits „tätig sind“, Quoten betreffen demgegenüber zukünftig im Betrieb zu beschäftigende Überlassene.⁵⁶⁷ Auch diesem Argument kann nicht zugestimmt werden. § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG erlaubt BV über „Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von Arbeitnehmern, die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung tätig sind“. Die Verbform „sind“ befindet sich im zweiten Satzteil, in diesem Satzteil soll aber nur beschrieben werden, welche Gruppe von AN erfasst sein soll, nämlich AN von Arbeitskräfteüberlassern, unabhängig davon, ob sie im Moment des Abschlusses der BV gerade bei dem betroffenen Beschäftiger arbeiten. Der Wortlaut steht der Zulässigkeit von Höchstquoten daher nicht entgegen.

Vorgebracht wurden auch **systematische** Überlegungen. *Gerlach* hat darauf hingewiesen, dass eine weite Auslegung des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG gegen absolut zwingendes Betriebsverfassungsrecht verstoße, weil die Befugnisse des BR bei dem geplanten Einsatz überlassener AN in § 99 Abs 5 ArbVG abschließend geregelt sei.⁵⁶⁸ Der Gesetzgeber kann davon zwar Ausnahmen vorsehen, wie dies etwa für § 97 Abs 1 Z 5 und 19 ArbVG unbestritten ist.⁵⁶⁹ Die Tatsache, dass diese Ausnahmen ausdrücklich normiert sind, spricht gegen eine betriebsverfassungsrechtliche Ermächtigung zur Ausweitung der Mitbestimmungsrechte des § 99 Abs 5 ArbVG durch den unklar formulierten § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG. Dennoch ist dieses Auslegungsergebnis nicht ausgeschlossen. Ein Argument für die absolut zwingende Wirkung betriebsverfassungsrechtlicher Bestimmungen ist, dass der Gesetzgeber durch das ArbVG eine „spezielle“, „fein differenzierte“ und „endgültige“ Regelung dieser Fragen schaffen wollte.⁵⁷⁰ Wenn man bedenkt, welche Fragen der Gesetzgeber bzgl der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung überlassener Arbeitskräfte ungeregelt gelassen hat, muss man diesen Befund zumindest für diesen Bereich in Zweifel ziehen, was wiederum für eine „freiere“ Auslegung der Z 1a spricht. Auch die Tatsache,

⁵⁶⁷ *Schrank*, *ecolex* 2000, 734.

⁵⁶⁸ *Gerlach*, *ZAS* 2008, 80; vgl abl zu den Befürchtungen *Gerlachs* zum Legalitätsprinzip: *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller* (Hrsg), *Arbeitsverfassungsrecht* 3⁴ (2009) 205.

⁵⁶⁹ *Jabornegg*, *Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht*, in *FS Strasser* (1983) 367 (381); *Gerlach*, *ZAS* 2008, 80 (FN 10).

⁵⁷⁰ *Jabornegg* in *FS Strasser* 381.

dass die Befugnisse des BR bei der Einstellung überlassener Arbeitskräfte gem § 99 Abs 5 ArbVG ähnlich beschränkt sind wie bei herkömmlichen AN (§ 99 Abs 1-4 ArbVG), spricht nicht zwingend dagegen, dass der Gesetzgeber bei Überlassenen darüber hinausgehende, individuelle Einschränkungen erlaubt, die im Rahmen der BV-Verhandlungen an die Bedürfnisse des jeweiligen Betriebs angepasst werden können.⁵⁷¹

Gegen die Zulässigkeit von Quotenregelungen wurden auch die Bestimmungen des ArbVG zur Frauenförderung (§§ 92b, 97 Abs 1 Z 25 ArbVG) angeführt, weil diesen ebenfalls eine Quotenermächtigung fehle.⁵⁷² Es steht dem Gesetzgeber aber frei, unterschiedlichen Zielen (Schutz verschiedener Personengruppen) unterschiedliche Bedeutung beizumessen. Ansonsten könnte man umgekehrt die Einstellungspflicht des BEinstG als Zeichen für die Akzeptanz von Quotenregelungen im österr Arbeitsrecht anführen. Dem Verweis, der Gesetzgeber habe bereits durch § 15 AÜG eine Quotenregelung geschaffen, sind die Einschränkungen dieser Bestimmung entgegenzuhalten. In einer Branche mit einem Anteil von überlassenen AN unter 10 % ist es dennoch möglich, dass der Anteil in einzelnen Unternehmen deutlich höher liegt.

Gegen Quotenregelungen in BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG wird zusätzlich vorgebracht, dass diese sich stark vom Inhalt sonstiger BV unterscheiden würden. Zum einen sei der BR nur für Personen zuständig, die bereits AN sind, nicht für zukünftige AN.⁵⁷³ Dem ist entgegenzuhalten, dass auch Personalfragebögen gem § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG zukünftige AN erfassen.⁵⁷⁴ Zum anderen würden BV generell nie Dritte beeinträchtigen.⁵⁷⁵ Auch diesem Befund kann mit Blick auf § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG nicht zugestimmt werden. Diese BV betreffen ebenfalls Dritte, nämlich die Pensionskassen. Erstens durch die (mögliche) Auswahl einer Pensionskasse in der BV,⁵⁷⁶ wodurch andere Anbieter nicht mehr zum Zug kommen können. Zweitens wird der Inhalt des Pensionskassenvertrags durch die BV beeinflusst.⁵⁷⁷

⁵⁷¹ AA Schrank, *ecolex* 2000, 735.

⁵⁷² Schrank, *ecolex* 2000, 735.

⁵⁷³ Schrank, *ecolex* 2000, 735.

⁵⁷⁴ Kietaihl, *Arbeitsrecht I*⁸ 274.

⁵⁷⁵ Körber-Risak, *RdW* 2008, 594.

⁵⁷⁶ Schwarz, *Rechtswirkungen von Betriebsvereinbarungen im Pensionskassenrecht*, *DRdA* 2003, 240 (241).

⁵⁷⁷ Vgl zur Kongruenz des Inhalts von Pensionskassenvertrags und BV Petrovic, *Pensionskassen-Betriebsvereinbarung und Vertragsmuster*, *ZAS* 1991, 90 (93); vgl auch Reiner, *Überlegungen zur Koordination der Rechtsquellen im Pensionskassenmodell*, in Kietaihl/Schörghofer/Schrammel (Hrsg), *Rechtswissenschaft und Rechtskunde* (2014) 111 (113 ff), der allerdings eine normative Wirkung der BV auf den Pensionskassenvertrag ablehnt.

Auch **teleologische** Argumente werden gegen die Zulässigkeit von Quotenregelungen vorgebracht. Durch Quoten für den gesamten Betrieb würde die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des AG zu sehr eingeschränkt.⁵⁷⁸ Gemeint ist damit wohl, dass die Annahme zusätzlicher (kurzfristiger) Aufträge, deren Arbeitsbedarf durch überlassene Arbeitskräfte gedeckt werden könnte, erheblich erschwert wird. Dem ist entgegenzuhalten, dass die tatsächliche Einschränkung erst durch die Höhe der Quote festgestellt werden kann. Die wirtschaftliche Einschränkung des BI muss bei den Verhandlungen oder bei der Entscheidung der Schlichtungsstelle berücksichtigt werden.⁵⁷⁹ Innerhalb der Quote steht es dem BI dann frei, wie er über diesen Spielraum verfügt. Der Unternehmer muss dann überlegen, ob er die Quote bereits mit langfristig Überlassenen aufbraucht und deshalb bei kurzfristigen Auftragsspitzen keine zusätzlichen vorübergehend überlassenen Arbeitskräfte aufnehmen kann.

Der BR vertritt während der Überlassung auch die Interessen der Überlassenen. Auf den ersten Blick ist nicht ersichtlich, inwieweit durch eine Quotenregelung den Interessen der überlassenen AN gedient ist, wird dadurch doch ihre Aussicht auf eine Beschäftigung gemindert.⁵⁸⁰ Wie oben gezeigt wurde, kann man aus dem AÜG aber ableiten, dass es auch das Interesse der Überlassenen schützt, in ein zweipersonales Arbeitsverhältnis zu wechseln, also StammAN zu werden (vgl §§ 11 Abs 2 Z 6 & 12 Abs 4 AÜG). Anders als bei Höchstfristen mit Kontrahierungsgebot dient eine Quote allerdings auch diesem Interesse nicht, weil der BI bei Überschreiten der Quote nicht gezwungen ist, denjenigen AN eine Stelle anzubieten, die er sonst als Überlassene beschäftigt hätte.

Auch aus einem anderen Grund wird behauptet, dass Quotenregelungen in BV den Schutzzweck dieser Ermächtigung überschreiten. Die BV bezwecke den Schutz der StammAN, allerdings nur im Ausmaß des § 2 Abs 3 AÜG, also zum Schutz der Arbeitsbedingungen und zur Verhinderung der Gefährdung der Arbeitsplätze.⁵⁸¹ Geschützt werden also die bereits bestehenden AV, diese würden vor der Verdrängung durch Leiharbeit bereits durch das Verbot der Austausch Kündigung⁵⁸² ausreichend geschützt.⁵⁸³

⁵⁷⁸ *Pacic*, *ecolex* 2007, 787; *Mazal* (in *Körper-Risak/Wolf* 191) sieht darin einen verfassungsrechtlich bedenklichen Eingriff in die Privatautonomie des BI.

⁵⁷⁹ *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, *ArbVG* 3⁴ 204.

⁵⁸⁰ *Körper-Risak* (RdW 2008, 595) erwähnt und verneint den Zweck bereits Überlassene vor zukünftig Überlassenen zu schützen.

⁵⁸¹ *Gerlach*, *ZAS* 2008, 80.

⁵⁸² OGH 8 ObA 31/13m DRdA 2014, 44 (*Goricnik*).

⁵⁸³ *Gerlach*, *ZAS* 2008, 81.

Die Belegschaft kann aber ein zusätzliches Interesse haben, den Austausch von StammAN durch Überlassene zu verhindern, weil nicht gesagt ist, dass sich der AG rechtskonform verhält⁵⁸⁴ und Kündigungsschutzprozesse langwierig und kostspielig sind. Die Orientierung an § 2 Abs 3 AÜG übersieht überdies, dass die Verfolgung dieser Interessen im Betriebsverfassungsrecht naturgemäß ein anderes Gepräge erhält. Der BR vertritt die Interessen der Belegschaft in einer Weise, die über den Schutz der einzelnen aktuellen AN hinausgeht. Insb die Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten zeigt, dass der Gesetzgeber dem BR die Aufgabe überträgt, auch die zukünftige Entwicklung und die Auswirkungen auf die Belegschaft zu berücksichtigen. Mit der Übertragung von Kompetenzen im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung auf den BR hat der Gesetzgeber mE auch die Ausweitung des Schutzzweckes in diese Richtung intendiert, also auch eine Bedachtnahme auf die zukünftige Entwicklung der Belegschaftsstruktur. Wichtigstes Element dieses Schutzzweckes ist die Rücksichtnahme des BR auf die drohende Segmentierung der Belegschaft.⁵⁸⁵ Quotenregelungen erlauben dem BR diese Segmentierung zu beschränken.

Neben dem Schutz der überlassenen AN und dem der Stammebelegschaft, hat das AÜG noch ein weiteres wichtiges Schutzobjekt, nämlich den Arbeitsmarkt (§ 2 Abs 1 Z 2 AÜG). Wie die §§ 11 Abs 1 Z 6 & 12 Abs 4 AÜG und die Rsp⁵⁸⁶ zeigen, ist ein Aspekt dieses Schutzes die Förderung des Wechsels überlassener Arbeitskräfte in ein zweipersonales AV und damit in die Stammebelegschaft (sog „Klebeeffekt“). Quotenregelungen erfüllen nun unzweifelhaft diesen Zweck, weil sie die Einsatzmöglichkeit von überlassenen AN beschränken und der AG den Arbeitsbedarf häufig durch direkt angestellte AN abdecken wird. Es ist allerdings notwendig zu fragen, ob der Gesetzgeber diese Aufgabe wirklich auf den BR übertragen wollte. *Gerlach* ist der Ansicht, dass das Verhältnis von Stammebelegschaft und Überlassenen „eben nicht als betriebliches Problem zu qualifizieren“ ist.⁵⁸⁷ Dem ist zu entgegen, dass sich dieses Problem sehr wohl auch im Betrieb äußert, uzw in der erwähnten Segmentierung der

⁵⁸⁴ In diese Richtung auch das BAG 10.07.2013, 7 ABR 91/11 Rz 50: Durch das Verbot der nicht vorübergehenden Überlassung soll „die Gefahr eingeschränkt werden, dass zumindest faktisch auf [die Stammebelegschaft] Druck ausgeübt wird.“

⁵⁸⁵ Das Betriebsverfassungsrecht kennt das Problem der Segmentierung der Belegschaft, wie die Kompetenzen des Betriebsausschusses bei geteilter Belegschaft (§ 113 Abs 2 ArbVG) und die Bestimmungen zum Jugendvertrauensrat und zur Behindertenvertrauensperson zeigen.

⁵⁸⁶ OGH 9 Ob 19/12b ZAS 2013, 31 (*Gleißner*).

⁵⁸⁷ *Gerlach*, ZAS 2008, 81, der auf § 15 AÜG verweist.

Belegschaft. Hier besteht sehr wohl ein nachvollziehbares Interesse auch des BR dieser Entwicklung entgegenzuwirken. Das arbeitsmarktpolitische Ziel des Gesetzgebers und die Ziele der BR überschneiden sich daher in dieser Hinsicht.

Wie gezeigt wurde, können viele Argumente gegen die Zulässigkeit von Quoten in BV widerlegt werden. Aus pragmatischer Sicht ist eine Änderung der Rsp aufgrund zusätzlicher Argumente jedenfalls unwahrscheinlich.⁵⁸⁸ Eine Änderung der Rsp könnte aber durch die in der Zwischenzeit in Kraft getretene **Leiharbeits-RL** bewirkt werden. Höchstquoten in BV werden nämlich auch vor dem Hintergrund des Art 4 Leiharbeits-RL kritisch gesehen.⁵⁸⁹ Nach dieser Bestimmung sind Verbote oder Einschränkungen der Leiharbeit nur zulässig, wenn sie aus „Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt“ werden können. Ungerechtfertigte Verbote oder Einschränkungen sind aufzuheben.⁵⁹⁰ Diese Rechtfertigungsprüfung wird in der RL nicht auf bestimmte Regelungsebenen beschränkt. Art 4 Abs 3 Leiharbeits-RL zeigt, dass jedenfalls „Tarifverträge“ erfasst sind, im Schrifttum wird davon ausgegangen, dass auch die Zulässigkeit von Beschränkungen in BV Art 4 Leiharbeits-RL widersprechen kann.⁵⁹¹ Dagegen kann nicht vorgebracht werden, dass sich der AG in der BV selbst bindet, weil die Freiwilligkeit durch die Möglichkeit der Schlichtungsstellenentscheidung entkräftet wird.⁵⁹² § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG muss daher richtlinienkonform interpretiert werden, er darf keine Einschränkungen erlauben, die gegen Art 4 Leiharbeits-RL verstoßen.⁵⁹³ Es ist also bei jeder BV von den Abschlussparteien (oder gegebenenfalls der Schlichtungsstelle)⁵⁹⁴ zu überlegen, ob die Einführung einer Quote im konkreten Fall die Rechtfertigungsprüfung des Art 4 Abs 1 Leiharbeits-RL erfüllt. Zu ungenau scheinen die Meinungen in der Lehre, die dies demgegenüber pauschal für alle Quoten-BV bejahen oder verneinen.⁵⁹⁵

Es stellt sich die Frage, wodurch im Einzelfall die Einführung einer Höchstquote gerechtfertigt werden kann. In der RL werden verschiedene Bsp für schützenswerte Interessen genannt. Neben den in der RL genannten Allgemeininteressen sind jedenfalls

⁵⁸⁸ *Körber-Risak*, ZAS 2013, 191.

⁵⁸⁹ *Grünanger*, *ecolex* 2009, 425 f; *Körber-Risak*, ZAS 2013, 191 f.

⁵⁹⁰ AA *Fischl/Standeker*, Europarechtlicher Durchbruch bei der Leiharbeitsrichtlinie steht bevor!, ASoK 2008, 335 (337); vgl jedoch *Sansone*, Gleichstellung 478.

⁵⁹¹ *Grünanger*, *ecolex* 2009, 425 f; *Körber-Risak*, ZAS 2013, 191 f mit dem Argument, dass jedenfalls die BV-Ermächtigung dem Gesetzgeber zuzurechnen ist. Vgl für Deutschland *Ulber*, Die Richtlinie zur Leiharbeit, AuR 2010, 10 (13).

⁵⁹² *Grünanger*, *ecolex* 2009, 425.

⁵⁹³ *Körber-Risak*, ZAS 2013, 191 f.

⁵⁹⁴ *Körber-Risak*, ZAS 2013, 192.

⁵⁹⁵ Gegen die Zulässigkeit *Körber-Risak*, ZAS 2013, 191 f; dafür zum deutschen Recht *Ulber*, AuR 2010, 13.

auch die in der Judikatur zu den Grundfreiheiten akzeptierten „Gründe des Allgemeinwohls“ anzuerkennen, zu übernehmen ist auch das Prüfschema der Rechtfertigung bei den Grundfreiheiten.⁵⁹⁶ Die dazu ergangene Rsp des EuGH zeigt, dass der Begriff des Allgemeininteresses weit auszulegen ist.⁵⁹⁷ Als Allgemeininteresse anerkannt wird in den ErwGr der RL auch der Schutz des reibungslosen Funktionierens des Arbeitsmarktes.⁵⁹⁸ Das Verhältnis von überlassenen Arbeitskräften und zweipersonalen Arbeitsbeziehungen hat unzweifelhaft Einfluss auf den Arbeitsmarkt. Wie die Förderung des sog „Klebeeffekts“ im österr Recht und im Unionsrecht (Art 6 Abs 1, 2 & 3 Leiharbeits-RL) zeigen, wird ein Wechsel von Überlassungsverhältnissen in die Stammebelegschaft angestrebt. Höchstquoten in BV fördern diese Bestrebungen. Gegen die Verfolgung dieses Schutzzweckes durch Quoten in BV wird allerdings vorgebracht, dass der Arbeitsmarkt durch vereinzelte Quotenregelungen in Unternehmen nicht reguliert werden kann.⁵⁹⁹ Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung wird den Quoten-BV also die Eignung abgesprochen. Dieses Argument ist mE nicht zulässig. Es kann dem Unionsrecht nicht unterstellt werden, dass es arbeitsmarktpolitische Regelungen nur auf Ebene des Gesetzes erlaubt. Vielmehr anerkennt das Unionsrecht unzweifelhaft die Tradition der MS, arbeitsmarktpolitische Aufgaben an Interessenvertretungen zu übertragen, auch wenn es dadurch zu einem „Fleckenteppich“ der Arbeitsmarktregulierung kommt. Dies kann nicht zuletzt dem Art 28 GRC entnommen werden. Der Anwendungsbereich dieses Grundrechts erfasst auch Arbeitnehmervertreter auf Betriebs- oder Unternehmensebene.⁶⁰⁰ Warum arbeitsmarktpolitisches Handeln durch diese Akteure gerade bei der Segmentierung der Belegschaft auf Unternehmensebene nicht mehr zulässig sein soll, ist nicht ersichtlich. Für die arbeitsmarktpolitische Funktion der Belegschaftsvertreter spricht mE auch die RL 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft.⁶⁰¹ Im Erwägungsgrund 13 dieser RL wird kritisiert, dass die bisherigen (insb nationalen) Regelungen zur Unterrichtung und Anhörung der AN häufig keine „Antizipation“ der

⁵⁹⁶ *Rieble/Vielmeier*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474 (491 f).

⁵⁹⁷ *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 491.

⁵⁹⁸ ErwGr 18 Leiharbeits-RL.

⁵⁹⁹ *Körber-Risak*, ZAS 2013, 192.

⁶⁰⁰ *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU² (2013) Art 28 Rz 6: Dieser Art umfasst auch den Abschluss von BV.

⁶⁰¹ RL 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABI L 2002/80, 29.

Beschäftigungsentwicklung im Unternehmen“ ermöglichen. Die RL verfolgt das Ziel, die AN „in die Gestaltung der Zukunft des Unternehmens einzubeziehen“ (ErwGr 7). Im Ergebnis können Quotenregelungen in BV daher grds durch die arbeitsmarktpolitische Zielsetzung der Förderung zweipersonaler Arbeitsbeziehungen gerechtfertigt werden.

Dies sagt allerdings noch nichts über die zulässige Höhe der Quote. Obwohl die RL das nicht ausdrücklich sagt, ist bei der Prüfung des Art 4 Leiharbeits-RL der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anzuwenden.⁶⁰² Bei der Bestimmung der Höhe ist daher im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung die Erforderlichkeit zu prüfen. Eine Quote ist jedenfalls dann nicht mehr erforderlich, also zu niedrig, wenn der AG dadurch nicht zur Abdeckung des Arbeitsbedarfs durch „eigene“ AN motiviert wird. Dies ist der Fall, wenn die Quote so niedrig ist, dass der AG bei kurzfristigem Arbeitsbedarf, der die Einstellung von AV wirtschaftlich nicht rechtfertigt, keine überlassenen AN beschäftigen darf. Durch diesen Prüfungsschritt wird dem Flexibilitätsbedarf der AG, der in den ErwGr der RL anerkannt wird,⁶⁰³ Rechnung getragen.

3. Zulässigkeit einer Höchstdauer und eines Kontrahierungsgebots

Der OGH hat unter Bezugnahme auf die Materialien in den E 8 ObA 108/06z⁶⁰⁴ und 8 ObA 54/11s⁶⁰⁵ auch BV über die Höchstdauer von Überlassungen iVm einem Kontrahierungszwang für zulässig erklärt. Auch daran wurde Kritik geübt.⁶⁰⁶ Zu der Problematik des zwingenden Betriebsverfassungsrechts gilt das oben zur Quote ausgeführte. *Gerlach* meint ein Argument gegen die Zulässigkeit eines Kontrahierungsgebotes darin zu finden, dass der Gesetzgeber, anders als bei befristeten AV (§ 2b Abs 2 AVRAG), keine Pflicht des Beschäftigers geschaffen hat, den Überlassenen über frei werdende Stammarbeitsplätze zu informieren.⁶⁰⁷ In Umsetzung von Art 6 Abs 1 RL wurde mit der Novelle des AÜG allerdings eine gleichlautende Pflicht des Beschäftigers in § 12 Abs 4 AÜG verankert. Der Wunsch des Gesetzgebers, einen Wechsel in die Stammelegschaft zu ermöglichen, konnte aber auch bereits vorher § 11 Abs 2 Z 6 AÜG entnommen werden, wie die Rsp des OGH zu verbotenen Konventionalstrafen⁶⁰⁸

⁶⁰² *Riesenhuber*, European Employment Law (2012) 470.

⁶⁰³ ErwGr 11 der Leiharbeits-RL.

⁶⁰⁴ OGH 8 ObA 108/06z ZAS 2008, 77 (*Gerlach*).

⁶⁰⁵ OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (abl *Körber-Risak*).

⁶⁰⁶ Vgl etwa *Gerlach*, ZAS 2008, 81 f.

⁶⁰⁷ *Gerlach*, ZAS 2008, 81.

⁶⁰⁸ OGH 1 Ob 225/08g EvBl 2009/75; vgl zu dieser E *Sacherer*, RdW 2009, 797.

und Vermittlungsprovisionen⁶⁰⁹ im Dienstverschaffungsvertrag zeigt. Diese Rsp des OGH ist auch gleich dem nächsten Argument gegen die Zulässigkeit von Kontrahierungsgeboten entgegenzuhalten, Kontrahierungsgeboten stehe entgegen, dass in Überlassungsverträgen häufig ein Verbot der Übernahme überlassener Arbeitskräfte als StammAN vereinbart sei.⁶¹⁰ Solche Vereinbarungen verstoßen jedenfalls gegen das AÜG. Eine dennoch vorliegende, rechtswidrige Verkehrssitte kann nicht als Argument für die Auslegung des Willens des Gesetzgebers dienen. Nicht überzeugend ist auch die Behauptung, der Wortlaut erfasse nur den Zeitraum des „Tätigwerdens“ als Überlassener, die Übernahme als StammAN falle nicht darunter.⁶¹¹ Das Kontrahierungsgebot verlangt vom AG, dass er dem AN ein Übernahmeangebot stellt. Dieses Angebot fällt aber noch in den Zeitraum der Überlassung und damit jedenfalls in den Wortlaut des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG.

Auch teleologische Argumente werden gegen die Zulässigkeit von Kontrahierungsgeboten ins Treffen geführt. Es werde dadurch gegen den Zweck des Schutzes der Stammebelegschaft verstoßen (§ 2 Abs 3 AÜG), weil die Übernahme zu Kündigungen im Stammpersonal führen könnte.⁶¹² Auf diese Meinung wird später zum Payrolling noch genauer eingegangen (4. Teil IV.D.2.). An dieser Stelle reicht bereits der Hinweis, dass auch die Selbstbestimmungsfähigkeit der Belegschaft anzuerkennen ist, ihre Interessen im Rahmen der Verhandlungen über eine BV selbst zu wahren. Es steht ihr frei, dabei auch das Risiko von Austausch kündigungen in Kauf zu nehmen.

Jedenfalls arbeitsmarktpolitischen Zwecken dient ein Kontrahierungsgebot.⁶¹³ Wie nun bereits mehrfach gezeigt wurde, verfolgt der Gesetzgeber mit dem AÜG das Ziel den Umstieg in ein zweipersonales Arbeitsverhältnis zu erleichtern (sog „Klebeffekt“). Wird eine ausreichend lange Höchstdauer vereinbart, steht das Kontrahierungsgebot auch nicht dem anzuerkennenden Flexibilitätsbedürfnis des BI entgegen. Schließlich dient ein Kontrahierungsgebot auch den Interessen der Überlassenen. Wie gesetzliche Wertungen eindeutig zeigen (§§ 11 Abs 1 Z 6 & 12 Abs 4 AÜG), wird auch ihr Interesse geschützt in ein zweipersonales AV zu wechseln.

Auch vor dem Hintergrund des Art 4 RL sind Höchstdauer und Kontrahierungsgebote in BV unproblematisch, weil in der Leiharbeits-RL mehrmals auf

⁶⁰⁹ OGH 9 Ob 19/12b ZAS 2013, 31 (*Gleißner*).

⁶¹⁰ *Körber-Risak*, RdW 2008, 596.

⁶¹¹ *Gerlach*, ZAS 2008, 81 f.

⁶¹² *Gerlach*, ZAS 2008, 82.

⁶¹³ AA *Mazal* in *Körber-Risak/Wolf* 191.

die „vorübergehende“ Natur der Leiharbeit hingewiesen wird. Es gibt (wie noch näher darzustellen sein wird) verschiedene Ansichten, welche Bedeutung dieser Hinweis hat.⁶¹⁴ Am wenigsten Bedeutung misst ihm die Meinung bei, die darin nur einen „Programmsatz‘ ohne Rechtsfolgen“ erblickt.⁶¹⁵ Selbst diese Deutung würde aber dafür sprechen, dass Einschränkungen, die dieses „Programm“ umsetzen, iSd Art 4 RL gerechtfertigt sind. Gleiches gilt für die Ansicht, die dauerhafte Überlassungen aus dem Anwendungsbereich der RL ausgenommen sieht,⁶¹⁶ weil die dauerhafte Überlassung dann auch nicht durch Art 4 RL geschützt wird. Ebenfalls unproblematisch ist die Einschränkung der Dauer der Überlassung in BV, wenn man der Meinung ist, dass die RL dauerhafte Überlassungen verbietet.

4. Obligatorische Wirkung und Zulässigkeit von Konventionalstrafen

Die weite Auslegung des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG durch den OGH wird allerdings dadurch erheblich abgefedert, dass diesen BV nur obligatorische Wirkung zugestanden wird.⁶¹⁷ Die Meinung BV iSd § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG könnten nur obligatorische Wirkung entfalten, ist scheinbar unbestritten. Dabei stellt die gesetzliche Ermächtigung zum Abschluss bloß schuldrechtlicher BV jedenfalls im System des ArbVG die Ausnahme dar.⁶¹⁸ Die Annahme bloß schuldrechtlicher Wirkung bedarf daher jedenfalls einer überzeugenden Begründung.

Die schuldrechtliche Wirkung wird zum einen aus den Materialien abgeleitet.⁶¹⁹ Diese führen zu § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG aus: „Normativ einwirkungsfähige Arbeitsbedingungen können durch eine solche Betriebsvereinbarung nur insoweit festgelegt werden, als derartige Regelungen durch Betriebsvereinbarungen zulässig sind. Insbesondere soll über den bisherigen Umfang des § 97 hinaus der Betriebsvereinbarung damit keine zusätzliche Kompetenz zur Regelung von Entgeltfragen eröffnet werden.“⁶²⁰ Der OGH versteht den ersten Satz so, dass BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG nur dann normativ wirksam sein können, wenn sie auch unter eine andere BV-Ermächtigung fallen,

⁶¹⁴ *Schörghofer*, ZAS 2012, 343.

⁶¹⁵ *Lembke*, Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2011, 414 (415).

⁶¹⁶ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632.

⁶¹⁷ OGH 8 ObA 108/06z ZAS 2008, 77 (*Gerlach*); OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*).

⁶¹⁸ *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG § 31 Rz 5.

⁶¹⁹ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 114.

⁶²⁰ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 24.

die normative Wirkung entfaltet.⁶²¹ Dies ist sicher eine naheliegende Deutung, man könnte den Satz aber auch so verstehen, dass der Inhalt der BV nur innerhalb der allg Grenzen der normativen Wirkung einwirken kann, also etwa nicht unmittelbar auf die Rechtsverhältnisse Dritter, wie den Überlassungsvertrag zwischen Betriebsinhaber und Überlasser. Die Ausführungen in den Materialien wären damit aber eine reine Klarstellung.

Zum anderen wird auch aus dem Wort „Grundsätze“ die bloß schuldrechtliche Wirkung abgeleitet, mit dieser Bezeichnung seien keine individuell einklagbaren Ansprüche vereinbar.⁶²² Das steht in Zusammenhang mit den ähnlichen Meinungen zu § 97 Abs 1 Z 7 und 10,⁶²³ wobei deren bloß schuldrechtliche Natur umstritten ist.⁶²⁴ Es wurde außerdem bereits darauf hingewiesen, dass das Wort „Grundsätze“ in § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG möglicherweise eine andere Bedeutung hat als in Z 10 oder das Wort „Richtlinien“ in Z 7.

Als zentrales Argument wird zuletzt vorgebracht, es komme keine normative Wirkung in Betracht, weil diese auf den Arbeitsvertrag einwirke, das Fehlen eines Arbeitsvertrages mache damit auch die Einwirkung unmöglich.⁶²⁵ Es gibt allerdings auch normativ wirkende Regelungen in BV, die nicht auf den Arbeitsvertrag einwirken, teilweise wird für diese Unterscheidung die deutsche Terminologie von „Inhaltsnormen“ und „Betriebsnormen“ übernommen.⁶²⁶ Dasselbe muss dann grds auch gegenüber überlassenen Arbeitskräften möglich sein. Außerdem sind dem AÜG „arbeitsvertragsähnliche“ Pflichten des Beschäftigers gegenüber der überlassenen Arbeitskraft nicht fremd. Den Beschäftiger trifft eine Fürsorgepflicht auch gegenüber überlassenen AN (§ 6 Abs 3 AÜG). Gem § 10 Abs 6 AÜG hat der Beschäftiger überlassenen AN grds Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und Wohlfahrtsmaßnahmen zu gewähren.⁶²⁷

Die genannten Argumente sprechen im Ergebnis nicht zwingend für die bloß obligatorische Wirkung. Die zentrale Frage wurde bisher nicht ausreichend beantwortet: Sind die BV auch ohne normative Wirkung ausreichend durchsetzbar? Es kann dem

⁶²¹ OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (*Körper-Risak*).

⁶²² *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 28.

⁶²³ *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 116; 139.

⁶²⁴ Für eine (auch) normative Wirkung *Jabornegg*, Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung, DRdA 2012, 295 (300 f); *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG 3⁴ 228 & 230.

⁶²⁵ *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 24.

⁶²⁶ Vgl *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG § 31 Rz 12.

⁶²⁷ Vgl dazu *Schörghofer* in *Brodil* (erscheint voraussichtlich 2014).

Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er mit § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG ein „zahnloses“ Instrument zur Verfügung gestellt hat. Im Folgenden muss daher geprüft werden, ob auch die bloß obligatorische Wirkung die Einhaltung der abgeschlossenen BV durch den BI gewährleistet.

Relevant ist die Frage nach der Wirkung der BV insb bei den Kontrahierungsgeboten, hier könnte der AN bei normativer Wirkung einen AV mit dem BI einklagen. Der OGH hat dies klar abgelehnt.⁶²⁸ Rechtsfolge der obligatorischen Wirkung ist, dass nicht der betroffene AN, sondern nur der BR die Verpflichtung des BI geltend machen darf.⁶²⁹ Zweifellos ist hier der BR legitimiert, der die BV abgeschlossen hat, also der BR im Beschäftigerunternehmen. Er hat die Möglichkeit einer Verbandsklage gem § 54 Abs 1 ASGG oder eines Verfahrens gem § 50 Abs 2 ASGG.⁶³⁰ Zwar ist der OGH der Ansicht, dass Grundsätze „prinzipiell nicht einklagbar sind“,⁶³¹ in der jüngeren E konkretisiert er dies aber dahingehend, dass Grundsätze „nicht individuell einklagbar sind“,⁶³² im Umkehrschluss müsste der OGH die Durchsetzung durch den BR für zulässig halten. § 54 Abs 1 ASGG verlangt allerdings die Betroffenheit mindestens dreier AN. Nach *Binder* ist auch bei § 50 Abs 2 ASGG ein mehrmaliger Verstoß erforderlich, damit von der Verletzung eines „Grundsatzes“ ausgegangen werden kann.⁶³³ ME wird dadurch dem Wort eine Bedeutung unterstellt, die es nach dem allg Sprachgebrauch nicht hat. Ein Grundsatz kann auch durch einen einmaligen Verstoß verletzt werden. So wird, soweit zu sehen, bei der Gesetzesprüfung eines Landesausführungsgesetzes auch nicht ein mehrmaliger Verstoß gegen das Bundes**grundsatz**gesetz gem Art 12 B-VG verlangt. Dem BR muss auch bereits bei einmaligem Verstoß die Klage gem § 50 Abs 2 ASGG offenstehen. Gem § 62 ASGG erstreckt sich die Rechtskraft bei Verfahren nach § 50 Abs 2 ASGG auch auf die betroffenen AN. Das gilt aus zwei Gründen auch für überlassene AN. Zum einen beschränkt § 62 ASGG diese Erstreckung nicht auf vertragliche AN des AG. Zum anderen kann aus § 51 Abs 2 ASGG abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber im Prozessrecht das Verhältnis Beschäftiger – überlassene Arbeitskraft dem von Arbeitsvertragspartnern gleichstellen wollte.

⁶²⁸ OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*).

⁶²⁹ *Tomandl*, ZAS 2011, 254.

⁶³⁰ *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 28 f, aA wohl *Preiss* (in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG 3⁴ 204), der neben § 54 Abs 1 ASGG nur § 50 Abs 1 Z 2 ASGG als Klagsmöglichkeit sieht.

⁶³¹ OGH 8 ObA 108/06z ZAS 2008, 77 (*Gerlach*).

⁶³² OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*).

⁶³³ *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 28.

Bei der Durchsetzung eines Kontrahierungsgebotes durch den BR ist die Klage nach § 50 Abs 2 ASGG besonders geeignet. Hier kann auch eine Leistungsklage eingebracht werden.⁶³⁴ Inhalt einer Leistungsklage ieS kann auch die Abgabe einer Willenserklärung, also etwa das Stellen eines Vertragsangebotes sein.⁶³⁵ In der Leistungsklage kann gefordert werden, dass der Bekl gegenüber einem Dritten (also nicht dem Kläger) eine Willenserklärung abzugeben hat, also etwa ein Vertragsangebot.⁶³⁶ Der BR kann daher in einer Leistungsklage gem § 50 Abs 2 ASGG verlangen, dass der BI gegenüber der betroffenen überlassenen Arbeitskraft ein Angebot auf Abschluss eines AV stellt. Bei Obsiegen gilt dieses Angebot ab der Rechtskraft des Urteils gem § 367 EO als abgegeben, eine gesonderte Exekution ist daher nicht erforderlich.⁶³⁷ Die Willenserklärung ist freilich zugangsbedürftig, dem überlassenen AN ist daher idR das Urteil vorzulegen.⁶³⁸

Problematisch ist bei der Durchsetzung dieses Anspruchs allerdings, dass das Klagebegehren bestimmt sein muss (§ 226 Abs 1 ZPO). Gerade vor dem Hintergrund des § 367 EO muss konkretisiert werden, welche Willenserklärung verlangt wird, welchen Inhalt also das Vertragsangebot haben muss. Dieses muss jedenfalls die essentialia negotii enthalten. Da das Angebot im konkreten Fall auf Abschluss eines Arbeitsvertrages lautet, sind dabei allerdings die Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen. Das führt dazu, dass der erforderliche Inhalt eines Angebots zum Abschluss eines Arbeitsvertrages nur darin besteht, dass persönlich abhängige Arbeit geleistet werden soll.⁶³⁹ Die Höhe des Entgelts ist nicht zwingender Inhalt des Vertragsangebots, im Zweifel ist ein angemessenes Entgelt geschuldet (§ 1152 ABGB). Bei Übernahme eines ehemals Überlassenen kann dazu an den KV des Beschäftigers oder ein ortsüblich höheres Entgelt angeknüpft werden.⁶⁴⁰ Auch die Hauptleistungspflicht des AN muss nicht genau im Angebot/Vertrag bestimmt werden, gem § 1153 ABGB sind im Zweifel „den Umständen nach angemessene Dienste“ geschuldet. Die Umstände sprechen bei ehemals Überlassenen dafür, dass die bereits bei der Überlassung ausgeübten Dienste weiterhin geschuldet sind, dass ihre

⁶³⁴ *Neumayr* in *ZellKomm*² § 50 ASGG Rz 25; *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG 3⁴ 204 nennt demgegenüber nur Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklage.

⁶³⁵ *Fasching* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band III ² (2004) § 226 ZPO Rz 13.

⁶³⁶ *Heller/Berger/Stix*, Kommentar zur EO: 3. Band⁴ (1976) 2612 f, gehen offensichtlich davon aus.

⁶³⁷ *Klicka* in *Angst* (Hrsg), EO² (2008) § 367 Rz 1; speziell zur Abgabe einer Willenserklärung gegenüber Dritten *Heller/Berger/Stix* (Hrsg), Kommentar zur EO: 3. Band⁴ (1976) 2612 f.

⁶³⁸ Vgl allg *Klicka* in *Angst*, EO² § 367 Rz 1.

⁶³⁹ *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (2010-2013) § 1151 Rz 26.

⁶⁴⁰ Vgl allg *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1152 Rz 18 f.

Tätigkeit also dieselbe bleibt. Diese doch etwas unsichere Bestimmung des Vertragsinhalts kann vermieden werden. Es sollte dazu bereits in der BV eine Konkretisierung des Vertragsinhaltes erfolgen. Um das Ziel der BV nicht ad absurdum zu führen ist es auch dabei sinnvoll dem (ehemals) Überlassenen ähnliche Arbeitsbedingungen zu gewähren wie vergleichbaren StammAN.

Bei einer Höchstdauer in Kombination mit einem Kontrahierungsgebot besteht also eine wirksame Möglichkeit des BR, die Einhaltung der BV sicherzustellen. Zu überlegen ist nun, ob dies auch für Höchstquoten zutrifft. Klar ist, dass der Verstoß gegen eine Höchstquote in einer BV nicht zur Nichtigkeit des Überlassungsvertrags führt.⁶⁴¹ Auch hier stehen dem BR wieder die Klagsmöglichkeiten gem § 54 Abs 1 ASGG sowie § 50 Abs 2 ASGG offen. Im Schrifttum wird vorgebracht, der BR könne bei Überschreiten einer Quote mit einer erfolgreichen Unterlassungsklage die Zuweisung unwirksam machen.⁶⁴² Wie bereits gezeigt, muss der BI den BR gem § 99 Abs 5 ArbVG auch über die geplante Aufnahme Überlassener informieren. Würde mit dieser geplanten Überlassung eine Quote gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG überschritten, hat der BR bereits zu diesem Zeitpunkt ein ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis für eine vorbeugende Unterlassungsklage⁶⁴³, also noch vor Beginn des Einsatzes. Außerdem kann auch hier wieder auf Abgabe einer Willenserklärung, nämlich der Kündigung des die Quote übersteigenden Überlassungsvertrags, geklagt werden.

Zuletzt stellt sich die Frage, ob die Einhaltung von Pflichten des BI in BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG durch Konventionalstrafen abgesichert werden kann. Den sonst so „großzügigen“ Materialien ist kein Hinweis in diese Richtung zu entnehmen. Die These von der Zulässigkeit von Konventionalstrafen geht auf *Preiss* zurück, er begründet dies damit, dass es ansonsten keine wirksame Durchsetzungsmöglichkeit der BV gibt.⁶⁴⁴ *Binder*⁶⁴⁵ befürwortet ebenfalls die Zulässigkeit von Konventionalstrafen. Eine ausführliche Begründung fehlt auch bei ihm, sein Ergebnis steht allerdings in Zusammenhang mit seiner, mE abzulehnenden, Meinung, die Klage des BR gem § 50 Abs 2 ASGG sei erst bei Vorliegen mehrerer Verstöße zulässig. Unter Berufung auf *Binder* hat auch der OGH in zwei obiter dicta die Zulässigkeit von Konventionalstrafen zur

⁶⁴¹ *Tomandl*, ZAS 2011, 254.

⁶⁴² *Tomandl*, ZAS 2011, 254.

⁶⁴³ *Fasching* in *Fasching/Konecny*² § 226 ZPO Rz 19 f.

⁶⁴⁴ *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG 3⁴ 204; und die Voraufgaben.

⁶⁴⁵ *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 28.

Absicherung der BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG erlaubt.⁶⁴⁶ Soweit zu sehen wurde bei anderen, bloß schuldrechtlich wirkenden BV früher nie die Zulässigkeit von Konventionalstrafen behauptet. Scheinbar wird aus den E des OGH zu § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG im Schrifttum aber nunmehr abgeleitet, dass Konventionalstrafen in BV generell zulässig sein sollen.⁶⁴⁷

Kritik an diesen Lehrmeinungen und der Judikatur wurde von *Mazal* vorgebracht. Zusätzliche Sanktionsinstrumente seien dem BV-Recht unbekannt, die Vereinbarung von Konventionalstrafen daher nicht systemkonform.⁶⁴⁸ Dem ist ein Gedanke zum Inhalt der Konventionalstrafe hinzuzufügen. Eine Konventionalstrafe ist idR auf Leistung einer bestimmten Summe Geldes gerichtet. Die Belegschaft als Abschlusspartei der BV ist allerdings nicht vermögensfähig. Die Konventionalstrafe müsste den BI daher zur Leistung an den Betriebsratsfonds verpflichten, wäre also eine vertragliche Bestimmung zugunsten Dritter. Die Zulässigkeit von Verträgen zugunsten Dritter im schuldrechtlichen Teil von BV ist allerdings umstritten.⁶⁴⁹ Die Zulässigkeit dieser Strafen kann jedenfalls nicht einfach mit der Privatautonomie begründet werden, weil die begrenzte Rechtsfähigkeit der Belegschaft ihren Gestaltungsspielraum auch bei bloß schuldrechtlichen Vereinbarungen auf das gesetzlich Vorgesehene einschränkt. Allerdings ist unbestritten, dass schuldrechtliche Vereinbarungen als „Annex“ zu normativen BV zulässig sind, wie etwa Kündigungsregeln für die BV.⁶⁵⁰ Fraglich ist, ob dies auch die Zulässigkeit von Konventionalstrafen umfasst. Dagegen spricht, dass die Regelungsbefugnis bzgl der Geltungsdauer von BV, anders als Konventionalstrafen, in § 32 Abs 1 ArbVG ausdrücklich angesprochen ist.

Das, soweit zu sehen, einzige Argument für Konventionalstrafen als zulässigen Inhalt von BV ist die befürchtete mangelhafte Durchsetzbarkeit der BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG. Wie gezeigt wurde, kann der BR gem § 50 Abs 2 ArbVG die Einhaltung der BV direkt erzwingen. Die Zulässigkeit von Konventionalstrafen ist daher abzulehnen.

Trotz der Unzulässigkeit von Konventionalstrafen ist eine BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG durch die Klagemöglichkeit des BR ausreichend sanktionsbewehrt. Vor diesem

⁶⁴⁶ OGH 8 ObA 108/06z ZAS 2008, 77 (*Gerlach*); OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*).

⁶⁴⁷ *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG § 31 Rz 5; *Majoros*, Zulässigkeit von "Anti-Mobbing-Betriebsvereinbarungen", DRdA 2012, 629 (632).

⁶⁴⁸ *Mazal* in *Körber-Risak/Wolf* 191 f.

⁶⁴⁹ Vgl ablehnend in Bezug auf Begünstigungen der AN *Jabornegg*, DRdA 2012, 300. Wobei die Qualifikation des BR-Fonds als „Dritter“ fraglich ist.

⁶⁵⁰ *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG § 31 Rz 5.

Hintergrund ist eine normative Wirkung der BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG zu verneinen, der Meinung des OGH ist also in dieser Hinsicht zu folgen.

5. BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG im Überlassungsunternehmen

Bei Betrachtung des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG stellt sich zuletzt die Frage, ob auch der Überlasser-BR mit dem Überlasser eine BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG abschließen kann. Es dürfte sich dabei tendenziell um eine theoretische Frage handeln. Zwar ist es unstrittig, dass es den überlassenen Arbeitskräften freisteht, auch im Überlassungsunternehmen Vertretungsorgane zu gründen.⁶⁵¹ Allerdings sind überlassene Arbeitskräfte wegen ihren wechselnden Einsätzen im Überlassungsunternehmen typischerweise schlecht organisiert. Man denke nur an die Schwierigkeit eine BR-Wahl zu organisieren, wenn die Wahlberechtigten auf viele andere Unternehmen verstreut sind.

In der Lehre wurde diese Befugnis des Überlasser-BR unter Berufung auf die Materialien zum Teil abgelehnt.⁶⁵² Die Materialien sprechen von der Berücksichtigung der Interessen der Stammebelegschaft, dieser Schutzzweck wird vom BR des Überlassungsunternehmens nicht verfolgt. Der OGH hat in einem obiter dictum allerdings eine BV auch im Überlasserbetrieb für zulässig erklärt.⁶⁵³

Wenn man davon ausgeht, dass es das Ziel der betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Arbeitskräfteüberlassung ist, die Benachteiligung der Überlassenen im Betriebsverfassungsrecht zu vermeiden,⁶⁵⁴ muss man (auch) dem Überlasser-BR die Möglichkeit geben, auf die Besonderheiten der Branche zu reagieren. Die Gewährung eines eigenen BV-Tatbestandes ist ein Schritt in diese Richtung. Man muss aber wohl vorsichtig sein, was den zulässigen Inhalt der BV im Überlasserunternehmen angeht. Es wäre etwa vorschnell, wenn man die oben bejahte Zulässigkeit einer Höchstdauer in BV ungeprüft auch auf BV, die den Überlasser binden, übernimmt. Während dies für den Beschäftigten „nur“ Auswirkungen auf seine Belegschaftsstruktur hat, bedeutete dieselbe Regelung für den Überlasser eine nicht unerhebliche Einschränkung seines Geschäftsmodells. Dem Betriebsverfassungsrecht ist ein so großer Einfluss des BR auf den Kern des unternehmerischen Handels des Betriebsinhabers fremd. Zudem wird eine Höchstdauer der Überlassung in Überlasser-BV für die AN deshalb uninteressant sein, weil

⁶⁵¹ Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² 312 f.

⁶⁵² Tomandl, ZAS 2011, 252 f; für die Zulässigkeit Binder in Tomandl, ArbVG § 97 Rz 21.

⁶⁵³ OGH 8 ObA 108/06z ZAS 2008, 77 (Gerlach).

⁶⁵⁴ Geppert, AÜG 249; Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² 312 f.

diese jedenfalls nicht den Beschäftiger, der am Abschluss nicht beteiligt ist, zu einer Übernahme dieser AN verpflichten kann. Im Ergebnis ist daher mit dem OGH von der Zulässigkeit von BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG im Überlassungsunternehmen auszugehen, allerdings ist bei der Bestimmung des zulässigen Inhalts zurückhaltend vorzugehen.

D. Zusammenfassung

Eine effektive Regulierung der Überlassungsdauer kann in KV kaum erfolgen. In KV kann weder ein Kontrahierungsgebot des Beschäftigers bei Überschreiten einer gewissen Überlassungsdauer vorgesehen, noch der Überlassungsvertrag zwischen Überlasser und Beschäftiger beeinflusst werden. Möglich wäre allenfalls ein erweiterter Gleichstellungsanspruch überlassener AN mit zunehmender Überlassungsdauer in Überlasser-KV.

Mehr Spielraum bietet die Regelungsbefugnis der Abschlusspartner von BV. Wie gezeigt wurde, ist der weiten Auslegung der BV-Kompetenz gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG durch den OGH zuzustimmen. Das gilt sowohl für die Zulässigkeit von Quotenregelungen, als auch für die Festlegung einer Höchstdauer und damit zusammenhängenden Kontrahierungsgeboten. Viele der Argumente, die dagegen im Schrifttum vorgebracht wurden, können nicht überzeugen. Der einschränkenden Auslegung des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG ist daher im Ergebnis nicht zu folgen.

Der Inhalt solcher BV muss auch wirksam durchsetzbar sein. Die Durchsetzbarkeit ist (für die hier diskutierten BV-Inhalte) bereits bei bloß schuldrechtlicher Wirkung gewährleistet. Deshalb kann dem OGH in seiner Ablehnung einer normativen Wirkung zugestimmt werden. Abzulehnen ist aus demselben Grund allerdings die von ihm vertretene Zulässigkeit von Konventionalstrafen.

Die Stammebelegschaft des Beschäftigers besitzt damit im Ergebnis ein wirksames Instrument zur Regulierung der Arbeitskräfteüberlassung. Abseits der dargestellten betriebsverfassungsrechtlichen Möglichkeiten kann der BR versuchen, den Einsatz von Leiharbeit durch die Einschaltung der Medien zu beeinflussen, eine Möglichkeit, die sich zumindest in Deutschland als sehr effektiv erwiesen hat.⁶⁵⁵

⁶⁵⁵ *Bitterwolf/Seeliger*, 'Über Bande gespielt'. Möglichkeiten und Grenzen neuer Strategien im Verhältnis von Betriebsräten, Arbeitgebern und Medienöffentlichkeit am Beispiel der Regulierung von Leiharbeit, IndB 2013, 36.

Zuletzt wurde auch die Zulässigkeit von BV gem § 97 Abs 1 Z 1a AÜG im Überlasserbetrieb bejaht, wobei hier bei der Bestimmung des zulässigen Inhalts mit großer Sensibilität gegenüber der unternehmerischen Freiheit des Überlassers vorzugehen ist.

IV. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz

A. Einleitung

Wie bereits gezeigt wurde, steht die Ungleichbehandlung von StammAN und überlassenen AN im Zentrum des Problems der langfristigen Überlassung. Diese Benachteiligung ist der Grund für die wirtschaftliche Attraktivität der Überlassung und damit auch ihrer zeitlichen Ausdehnung. Die einmaligen Kostenersparnisse (Wegfall der Einstellungskosten und des Kostenrisikos bei der Beendigung) sind insb bei kurzfristigen Überlassungen erstrebenswert, während bei langfristigen Überlassungen die laufenden Kosten größere Bedeutung haben. Müssen der überlassenen Arbeitskraft die Arbeitsbedingungen der StammAN gewährt werden, steigen die laufenden Kosten. Die Attraktivität insb der dauerhaften Überlassungen nimmt damit ab. Eine erweiterte Gleichstellung, die über die Anforderungen des § 10 AÜG hinausgeht, bedeutet daher eine faktische Einschränkung der langfristigen Arbeitskräfteüberlassung.

Eine mögliche Anspruchsgrundlage für eine erweiterte Gleichstellung zwischen den StammAN und den überlassenen AN ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Zu überlegen ist, inwieweit die Differenzierung zwischen StammAN und überlassenen AN im gleichen Betrieb dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz widerspricht. Diese Frage hat nach Ansicht von *Schindler* in der bisherigen Diskussion eine „Schattenexistenz“ geführt.⁶⁵⁶ Tatsächlich gibt es in der Lehre dazu nur wenig Stellungnahmen. *Mazal* verlangt vom Beschäftiger die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch im Hinblick auf Überlassene.⁶⁵⁷ *Geppert* stimmt dem zu, verneint die Gleichbehandlungspflicht aber anscheinend bei Betriebsübungen, insb im Entgeltbereich.⁶⁵⁸ Eine Gleichbehandlung komme hier nicht in Frage, weil es an dem

⁶⁵⁶ *Schindler*, DRdA 2009, 345. Für eine Anwendung des Arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Deutschland *Boemke*, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, RIW 2009, 177 (186 f).

⁶⁵⁷ *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 71.

⁶⁵⁸ *Geppert*, AÜG 85 ff.

„schlüssig zustande gekommenen Vertrag“ fehle.⁶⁵⁹ Er hält es also für unzulässig, dass zwischen dem Beschäftigten und dem Überlassenen ein schlüssiger Vertrag über einzelne Leistungen zustande kommen kann.⁶⁶⁰ *Schrank* verneint die Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zwischen AN verschiedener AG.⁶⁶¹

Auch der OGH wurde bereits einmal mit einem Anspruch eines Überlassenen auf Grundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes befasst.⁶⁶² Er hat diesen Anspruch im Anlassfall verneint. Die Aussage des OGH wurde so gedeutet, dass dieser dem Anspruch „erkennbar ablehnend“ gegenüberstehe.⁶⁶³ Es ist allerdings schwierig zu beurteilen, ob der OGH eine generelle Aussage treffen wollte. Zum einen beruft sich der OGH darauf, dass der Kl dies in erster Instanz nicht vorgebracht habe. Zum anderen verweist er auf die gesetzlichen und kollektivvertraglichen Ansprüche überlassener AN während der Überlassung. Er hält fest, dass es „hier nicht um die Gleichbehandlung im Betrieb“ gehe. Dies würde darauf hindeuten, dass er den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz generell für unanwendbar hält. Allerdings geht er zuletzt auf die Rechtfertigung ein, er sieht kein Anzeichen für eine sachlich nicht gerechtfertigte Schlechterstellung. Dieser Hinweis würde sich bei Nichtanwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes erübrigen. Im Ergebnis kann der E daher keine eindeutige Aussage zur Bedeutung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Arbeitskräfteüberlassung entnommen werden. *Schindler* vertritt, vorbehaltlich einer eingehenden Untersuchung, in seiner Besprechung dieser E die Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auch in Bezug auf Überlassene. Diese Möglichkeit soll im Folgenden untersucht werden.

B. Grundlage im AÜG

Die erste, technische Frage, die man sich stellen kann, ist, ob der Wortlaut des AÜG die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zulässt. Die Antwort lautet ja, und zwar aus zwei Gründen. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird ua mit der Fürsorgepflicht begründet. § 6 Abs 3 AÜG

⁶⁵⁹ *Geppert*, AÜG 85 ff.

⁶⁶⁰ Das AÜG steht aber einzelnen schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen Beschäftigten und Überlassenen nicht entgegen: OGH 9 ObA 2/08x, *ecolex* 2008/204 unter Berufung auf die E: OGH 8 ObA 332/94 wbl 1995, 288; OGH 9 ObA 18/01i *ARD* 5347/11/2002 und OGH 9 ObA 125/07h *ecolex* 2008/169.

⁶⁶¹ *Schrank*, Die wichtigsten Neuerungen zur Arbeitskräfteüberlassung (Teil 1), *RdW* 2013, 31 (32).

⁶⁶² OGH 9 ObA 111/07z *DRdA* 2009, 345 (*Schindler*).

⁶⁶³ *Schindler*, *DRdA* 2009, 348.

ordnet an, dass den Beschäftiger während der Überlassung die Fürsorgepflicht hinsichtlich der überlassenen AN trifft. Daraus folgert *Mazal* die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁶⁶⁴ Auch *Schindler* sieht in dieser Bestimmung einen geeigneten Anknüpfungspunkt für die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auch zwischen StammAN und überlassenen AN.⁶⁶⁵ Die eben zitierte Bestimmung des § 6 Abs 3 AÜG ist allerdings nicht eindeutig. Nach § 6 AÜG Abs 3 „obliegen die Fürsorgepflichten des Arbeitgebers auch dem Beschäftiger.“ Eine mögliche Auslegung wäre, dass damit nur die Fürsorgepflichten **des konkreten vertraglichen AG**, also des Überlassers gemeint sind. Dann würden bloß dessen Pflichten auf den Beschäftiger übergeleitet bzw verdoppelt, den Überlasser trifft aber keine allgemeine Pflicht den Überlassenen wie die StammAN des Beschäftigers zu behandeln.⁶⁶⁶ Die andere mögliche Auslegung wäre, dass § 6 Abs 3 AÜG dem Beschäftiger die Fürsorgepflichten **eines (jeden) AG** auferlegt, was grds auch die Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Vergleich zu den eigenen AN einschließen würde. Die Materialien sprechen für letztere Auslegung, sie verstehen unter den „Fürsorgepflichten des AG“ iSd § 6 Abs 3 AÜG jene, „die sich im allgemeinen aus einem Arbeitsverhältnis ergeben“.⁶⁶⁷ Durch § 6 Abs 1 und Abs 3 werde „jedenfalls eine gleiche Behandlung der überlassenen Arbeitskräfte mit jenen erreicht, die zum Beschäftiger in einem Arbeitsverhältnis stehen“.

Seit der Novelle 2012 gibt es eine weitere „Einfallspforte“ für den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in das Pflichtenspektrum des Beschäftigers. Nach § 6a Abs 1 AÜG gilt „der Beschäftiger als Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskräfte im Sinne der Gleichbehandlungsvorschriften und Diskriminierungsverbote, die für vergleichbare Arbeitnehmer des Beschäftiger gelten.“ Es ist durchaus denkbar, dass davon auch der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz erfasst sein soll.⁶⁶⁸ Dafür sprechen die Materialien: Die „offene Formulierung“ dieser Bestimmung soll viele Diskriminierungsverbote erfassen, im Ergebnis sollen Überlassene „gegen Diskriminierung den gleichen Schutz genießen wie Stammbeschäftigte.“⁶⁶⁹ Dazu

⁶⁶⁴ *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 71.

⁶⁶⁵ *Schindler*, DRdA 2009, 349.

⁶⁶⁶ Vgl *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 9.

⁶⁶⁷ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 18.

⁶⁶⁸ *Schörghofer*, ZAS 2012, 340.

⁶⁶⁹ ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 3; *Schörghofer*, ZAS 2012, 338 f.

würde auch passen, dass vor der Umsetzung der RL die Berücksichtigung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes gefordert wurde.⁶⁷⁰

Es kann daher vorerst festgehalten werden, dass das AÜG der Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf den ersten Blick offen gegenübersteht. Die dargelegten Überlegungen können aber eine Prüfung nicht ersetzen, ob dessen Anwendung in das System des österr Arbeitsrechts und, spezieller, des Rechts der Arbeitskräfteüberlassung passt. Auf diese beiden Fragen wird im Folgenden eingegangen.

C. Capital Boundary Problem

Grundsätzlich ist jeder Mensch nur für seine eigenen Handlungen verantwortlich. Das gilt (mit Ausnahmen) auch für Diskriminierungsverbote. Ein AN kann etwa dann unrechtmäßig benachteiligt sein, wenn einem seiner Arbeitskollegen eine bessere Behandlung zuteil wird, nicht jedoch etwa im Vergleich zu einem AN des Konkurrenzunternehmens. Die Arbeitsbedingungen des AN eines anderen Unternehmens werden von einer anderen Person bestimmt, nämlich dessen AG. Diese Aussage scheint selbstverständlich. Durch die Beschränkung der Verantwortlichkeit auf das eigene Verhalten einer (juristischen) Person, wird es allerdings möglich, durch organisatorische Gestaltung gesetzliche Pflichten zu vermeiden. *Collins* hat dieses Problem ausführlich beschrieben und fasst es folgendermaßen zusammen:

*„Because owners of capital enjoy an unrestricted freedom to determine the shape and size of legal personalities which bear the burden of legal responsibility, they can exercise their freedom to avoid obligations or restrict another’s rights by adopting patterns of vertical disintegration for productive activities.“*⁶⁷¹

Collins beschreibt dieses “Capital Boundary Problem” unter anderem mit Beispielen aus dem Arbeitsrecht. Ein AG könne etwa das Verbot der Diskriminierung von Frauen bei der Entgelthöhe dadurch umgehen, dass er ein anderes Unternehmen mit einer Aufgabe beauftragt, dieses Unternehmen könne dann unbehelligt Frauen zu niedrigeren Löhnen beschäftigen.⁶⁷² Der EuGH hatte etwa in der E *Allonby* über den

⁶⁷⁰ *Schindler*, DRdA 2009, 349, der dazu allerdings eine „eingehende wissenschaftliche Analyse“ für erforderlich hält.

⁶⁷¹ *Collins*, Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration, *The Modern Law Review* 1990, 731 (744).

⁶⁷² *Collins*, *MLR* 1990, 740.

Diskriminierungsvorwurf einer Dozentin zu entscheiden, die nach einer Direktanstellung bei einem College auf eine Agentur übertragen wurde und weiter am College unterrichtete.⁶⁷³ Die Kl fühlte sich im Vergleich zu den direkt beim College angestellten Dozenten diskriminiert. Der EuGH lehnt diesen Anspruch ab. Zwar sei es im Rahmen des Art 157 AEUV nicht unbedingt notwendig, dass „Männer und Frauen ihre Arbeit für ein und denselben Arbeitgeber verrichten.“ Allerdings muss sich die Ungleichbehandlung „auf ein und dieselbe Quelle zurückführen“ lassen. Das Entgelt der Kl hatte sie aber mit der Agentur vereinbart, die direkt angestellten Dozenten mit dem College. Der Gleichbehandlungsanspruch scheiterte also schlussendlich an der Bestimmung der Arbeitsbedingungen durch unterschiedliche Personen.⁶⁷⁴

Im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung wird das „Capital Boundary Problem“ besonders deutlich. Das deshalb, weil überlassene Arbeitskräfte für den Beschäftiger in ihrer Einsetzbarkeit von den StammAN kaum unterscheidbar sind. Es ist denkbar, dass beide AN-Gruppen nebeneinander exakt dieselbe Tätigkeit ausführen. Dennoch würde die Haftung der beiden beteiligten Unternehmen nur jeweils ihre AN betreffen. Eine Ungleichbehandlung zwischen diesen beiden Gruppen könnte ohne gesetzliche Sonderregelung daher grds nicht angegriffen werden. Betrachtet man das nicht von dem Standpunkt der Organisationsautonomie der beteiligten Unternehmen, sondern aus der Perspektive des Arbeitnehmerschutzes, erscheint dieses Ergebnis bemerkenswert. Vor diesem Hintergrund stellt sich insb im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung das Bedürfnis, die Zurechnung nicht an der bloßen Existenz getrennter Rechtspersönlichkeiten scheitern zu lassen, also den Schleier der Rechtspersönlichkeit zu durchstoßen („to pierce the corporate veil“)⁶⁷⁵. Dieses Problem stellt sich auch beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Symptomatisch dafür steht die Frage, wer bei Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes tatsächlich verpflichtet wird. Ist es der Beschäftiger, der Überlasser oder beide?⁶⁷⁶

Die Überwindung des „Capital Boundary Problems“ ist beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz besonders naheliegend. Dieser soll die ungerechtfertigte

⁶⁷³ EuGH 13.01.2004, C-256/01, *Allonby*, Slg 2004, I-00873.

⁶⁷⁴ *Rebhahn* in *Rebhahn* (Hrsg), GIBG (2005) § 1 Rz 27; *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 30 f.

⁶⁷⁵ *Davidov*, *British Journal of Industrial Relations* 2004, 734; *Barnard*, *EU Employment Law*⁴ (2012) 155.

⁶⁷⁶ *Schindler* (DRdA 2009, 349) scheint von der Verpflichtung des Überlassers auszugehen; vgl zum vergleichbaren Problem im Konzern *Kreil*, *Arbeitsverhältnisse im Konzern* 173 f.

Benachteiligung von Minderheiten verhindern. Die überlassenen AN stellen im Beschäftigertbetrieb meist eine solche benachteiligte Minderheit dar.⁶⁷⁷ Auch die offene Formulierung des AÜG, insb von § 6a AÜG, machen es einfacher die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht an der getrennten Rechtspersönlichkeit von Beschäftigter und Überlasser scheitern zu lassen.

Dabei kann außerdem, wie von *Schindler* vorgeschlagen, an entsprechende Stellungnahmen in der Lehre angeknüpft werden.⁶⁷⁸ Diese Stellungnahmen erfolgten zur Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Konzern.⁶⁷⁹ Untersucht wird die Prüfung von Ungleichbehandlungen von AN verschiedener Konzernunternehmen. Auch hier geht es also um die Überwindung der Grenze der Rechtspersönlichkeit.⁶⁸⁰ Nach *Schindler* sprechen die Argumente, die bei konzerninternen Sachverhalten für die Überwindung dieser Grenze vorgebracht werden, für eine ähnliche Vorgehensweise bei der Arbeitskräfteüberlassung.⁶⁸¹ *Kreil* geht von der Grundregel aus, dass keine Gleichbehandlungspflicht innerhalb eines Konzerns besteht, stellt dann aber Ausnahmen von diesem Grundsatz dar.⁶⁸² Eine solche Ausnahme gelte für direkte Leistungen und Weisungen der Konzernmutter, weil diese dann als AG auftritt.⁶⁸³ Abgesehen davon entwickelt *Kreil* auch eine Argumentation für eine weitere Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Sie beruft sich auf den „weitgehend zwingenden Charakter“ des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Sie stellt die Frage, ob diese zwingende Wirkung der willkürlichen Ausnutzung der Organisationsautonomie durch den/die AG entgegenstehen kann.⁶⁸⁴ *Kreil* ist der Ansicht, dass in Einzelfällen eine sittenwidrige Gestaltung vorliegen kann, insb bei einer „ökonomisch nicht begründbaren **Aufsplitterung** eines Unternehmens“.⁶⁸⁵ Vorausgesetzt

⁶⁷⁷ *Schörghofer*, ZAS 2012, 340.

⁶⁷⁸ *Schindler*, DRdA 2009, 349.

⁶⁷⁹ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 159 ff und *Jabornegg*, DRdA 2002, 118.

⁶⁸⁰ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 167; *Jabornegg*, DRdA 2002, 118; diese weisen auch darauf hin, dass es in einem Schritt davor um die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes über die Betriebsgrenzen hinweg geht. Diese Frage ist bei der Arbeitskräfteüberlassung dann entschärft, wenn die Überlassenen mit den StammAN im selben Betrieb arbeiten.

⁶⁸¹ *Schindler*, DRdA 2009, 349.

⁶⁸² *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 167; *Jabornegg* bejaht (wohl darüber hinausgehend) bereits bei einem „vertraglichen Konzernbezug“ eine Gleichbehandlungspflicht auch zwischen zwei Konzernunternehmen; *Jabornegg*, DRdA 2002, 118.

⁶⁸³ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 167 f.

⁶⁸⁴ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 168 ff, 250.

⁶⁸⁵ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 170; daneben sollen Unternehmensaufspaltungen allg problematisch sein, allerdings nur für bereits bestehende AV. Die Gefahr der Verschlechterung der

wird dabei wohl, dass die Kostenersparnis durch die Verhinderung der Gleichbehandlung noch keine ökonomische Rechtfertigung der Aufsplitterung darstellen kann. Diese Definition des Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit der Organisationsautonomie liegt möglicherweise auch dem viel diskutierten erstinstanzlichen Urteil zum Betriebsübergang Austrian Airlines/Tyrolean zu Grunde. Mit diesem Urteil wurde laut Medienberichten entschieden, dass der Betriebsübergang unrechtmäßig erfolgte.⁶⁸⁶ Auch zu diesem Betriebsübergang wurde behauptet, er sei ökonomisch nicht sinnvoll, wenn man die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht berücksichtigt. Schenkt man der Wiedergabe in Zeitungsberichten Glauben, scheint das Gericht erster Instanz dieser Ansicht gefolgt zu sein: „Das Gericht begründete seine Entscheidung ja damit, dass die AUA mit dem Betriebsübergang ‚keinen nennenswerten unternehmerischen Synergieeffekt bezweckte, außer dem, dass die teuren Bord-Kollektivverträge damit hinfällig wurden‘.“⁶⁸⁷

Bejaht man anhand der dargestellten Argumentation die Gleichbehandlungspflicht, wenn die organisatorische Entscheidung nicht nachvollziehbar ist, würde das gerade bei der langfristigen Überlassung häufig zu einer Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes führen. Wie gezeigt wurde, ist ein Grund für langfristige Überlassungen wohl häufig die Verhinderung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen, die bei Direktanstellung entstehen würden. Dies deshalb, weil bei ähnlichen Arbeitsbedingungen von StammAN und überlassenen AN einmalige Effekte bei der Nutzung von Überlassung, wie Einsparungen bei Auswahl und Beendigung, bei langem Einsatz grds durch die höheren ständigen Kosten, die durch die Gewinnspanne des Überlassungsunternehmens entstehen, ausgeglichen und abgelöst werden.

Auch aus § 6a AÜG lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber bei der Überlassung gewillt ist, die Gleichbehandlung nicht an dem Problem des Vorliegens und Handelns verschiedener Rechtspersönlichkeiten scheitern zu lassen.⁶⁸⁸ Besonders deutlich zeigen dies die § 6a Abs 3 & 4 AÜG. Darin wird dem Überlasser in gewissem Umfang die

Arbeitsbedingungen von bestehenden AV durch Ausnützung der Organisationsautonomie ist bei der Überlassung aber wohl gebannt, da die Umwandlung von StammAN in Überlassene jedenfalls unzulässig ist (sog Drehtürmethode- dazu in einem obiter dictum OGH 8 ObA 31/13m DRdA 2014, 44 [*Goricnik*]).

⁶⁸⁶ *Zirm*, AUA: Gericht kippt Betriebsübergang auf Tyrolean, DiePresse.at vom 02.09.2013, „http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1447904/AUA_Gericht-kippt-Betriebsubergang-auf-Tyrolean“ (zuletzt abgerufen am 04.04.2014).

⁶⁸⁷ Vgl *Ruff*, Arbeitsrechtler: "Hätten die AUA anders beraten", DerStandard.at vom 03.09.2013, „<http://derstandard.at/1376535516382/Arbeitsrechtler-Wir-haetten-die-AUA-anders-beraten>“ (zuletzt abgerufen am 04.04.2014).

⁶⁸⁸ *Schörghofer*, ZAS 2012, 340.

Verantwortung für das Handeln des Beschäftigers übertragen.⁶⁸⁹ Dem kann die klare gesetzgeberische Wertung entnommen werden, dass die trianguläre Konstruktion der Arbeitskräfteüberlassung nicht zu einem Abbau der AN-Rechte bei der Arbeitskräfteüberlassung führen soll. Dies insb auch dann, wenn dem vom AN Belangten keine eigene Verfehlung vorgeworfen werden kann, wie § 6a Abs 4 AÜG zeigt. Hier verlangt der Gesetzgeber für die Zurechnung, anders als bei Abs 3, nicht einmal, dass der Überlasser einer Überwachungspflicht nicht entsprochen hat.⁶⁹⁰

Im Ergebnis steht das Problem, dass die Arbeitsbedingungen der StammAN und der überlassenen AN weitgehend von zwei verschiedenen Rechtspersönlichkeiten bestimmt werden, der Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zwischen überlassenen AN und StammAN, insb bei langfristiger Überlassung, nicht entgegen.

D. § 10 AÜG und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz

Dem Anspruch stellt sich allerdings ein anderes Hindernis in den Weg. Die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes soll dazu führen, dass unterschiedliche Arbeitsbedingungen von StammAN und überlassenen AN einer Überprüfung unterworfen werden. Nun gibt es aber bereits eine klare gesetzgeberische Aussage zur Angleichung der Arbeitsbedingungen. In § 10 AÜG werden die betroffenen Regelungsbereiche (insb Entgelt und Arbeitszeit), die betroffenen Regelungsebenen (insb KV und „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“), sowie die Vergleichsbasis (Abs 4) detailliert geregelt. Es stellt sich die Frage, ob daneben noch Platz für die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bleibt.

Die methodische Vorgehensweise bei der Beantwortung ist schwierig zu bestimmen, sie hängt von der Einordnung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ab. Hält man diesen für Gewohnheitsrecht,⁶⁹¹ stellt sich die Frage der Normenkonkurrenz, also ob § 10 AÜG als speziellere Norm den allg Gleichbehandlungsgrundsatz verdrängt. Geht man demgegenüber davon aus, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz „bloß“ (richterliche) Rechtsfortbildung⁶⁹² ist, wäre zu prüfen, ob im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung neben der Gleichstellung

⁶⁸⁹ *Schörghofer*, ZAS 2012, 340.

⁶⁹⁰ *Schörghofer*, ZAS 2012, 341.

⁶⁹¹ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, DRdA 1980, 261 (268).

⁶⁹² *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁸ 351.

gem § 10 AÜG noch eine Lücke bleibt, die durch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz im Wege einer Gesamtanalogie geschlossen werden kann, oder ob die bestehenden Unterschiede in den Arbeitsbedingungen im Umkehrschluss vom Gesetzgeber grds geduldet werden.

Diese methodische Unterscheidung ändert allerdings nichts an der grds Fragestellung. Prüft man eine Lücke, muss überlegt werden, ob die Beschränkung des § 10 AÜG, sowohl im Hinblick auf die Regelungsbereiche als auch die Regelungstiefe planwidrig ist. Geht man von einer Normenkonkurrenz aus, liegt eine sog „Anspruchskonkurrenz“ vor. *Larenz* beschreibt das Problem folgendermaßen: „Es kann sein, dass das Gesetz bestimmte Vorgänge aus besonderen Gründen einer einheitlichen Regelung hat unterwerfen wollen, die es für diese Fälle als abschließend gedacht hat. Wollte man dann auf einen Teil dieser Vorgänge, die auch dem Tatbestand einer anderen Norm unterfallen, diese andere Norm ebenfalls anwenden, so könnte der Zweck der besonderen Regelung damit für einen Teil der Fälle vereitelt werden.“⁶⁹³ Es komme dann auf den Zweck der gegenständlichen Bestimmung und die dahinterstehenden Wertungen an. In beiden Fällen stellt sich daher dieselbe Frage, nämlich ob der Gesetzgeber mit § 10 AÜG eine abschließende Regelung der Gleichstellung bzgl der Arbeitsbedingungen bei der Überlassung bezweckt hat.

Diese Frage wird im österr Schrifttum unterschiedlich beantwortet.⁶⁹⁴ Nach *Binder* „konkretisiert“ § 10 AÜG den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz im Verhältnis Stamm- zu überlassenen AN,⁶⁹⁵ was wohl bedeutet, dass über § 10 AÜG hinausgehende Ansprüche nicht bestehen. In Richtung einer Verdrängung tendiert wohl auch *Burz*.⁶⁹⁶ *Kreil* ist ebenfalls dieser Auffassung, bejaht unter Berufung auf *Windbichler*⁶⁹⁷ aber eine allgemeine Gleichbehandlungspflicht bzgl des Direktionsrechts und der betrieblichen Ordnung.⁶⁹⁸ *Burger* steht dem Ergebnis, dass § 10 AÜG die Ansprüche überlassener Arbeitskräfte im Vergleich zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch einschränkt, ablehnend gegenüber.⁶⁹⁹ *Schindler* spricht sich

⁶⁹³ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁴ (1979) 252.

⁶⁹⁴ Dazu und zum Folgenden *Schörghofer*, ZAS 2012, 340.

⁶⁹⁵ *Binder* in *Löschnigg* (Hrsg), AngG⁹ (2012) § 18 Rz 82.

⁶⁹⁶ *Burz*, *ecolex* 2012, 1094.

⁶⁹⁷ *Windbichler*, *Arbeitsrecht im Konzern* (1989) 418 f.

⁶⁹⁸ *Kreil*, *Arbeitsverhältnisse im Konzern* 173 f.

⁶⁹⁹ *Burger*, *Entgeltsschutz, Gleichstellungsanspruch und Diskriminierungsschutz überlassener Arbeitskräfte*, in *Raschauer/Resch* (Hrsg), *Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung* (2014) 65 (96).

gegen eine Verdrängung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus.⁷⁰⁰ Er ist der Ansicht, dass „ein sachlich engeres, gesetzliches Gleichbehandlungsgebot schon wegen seiner anderen Ziele und dogmatischen Grundlagen den Grundsatz nicht“ verdrängen könne. Dem ist entgegenzuhalten, dass dies methodisch sehr wohl möglich ist. So wird im Schrifttum vertreten, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im Bereich der Kündigung durch den Sozialvergleich (§ 105 Abs 3c ArbVG) und die Aufzählung der verpönten Motive (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG) verdrängt wird.⁷⁰¹ Eine Verdrängung wurde auch zum GIBG 1979⁷⁰² vertreten. *Eichinger* sah den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz durch das GIBG 1979 als jüngere und speziellere Regelung verdrängt.⁷⁰³ *W. Schwarz* stimmte dem grds zu und sieht darin „einen im Rahmen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes gesetzlich geregelten Unterfall“.⁷⁰⁴ Nach Ansicht von *Rebhahn* regelt auch das geltende GIBG die Gleichbehandlung in Bezug auf die darin genannten Kriterien abschließend.⁷⁰⁵

Hinsichtlich der Vollständigkeit des § 10 AÜG ist kein Grund ersichtlich, der für seine Lückenhaftigkeit spricht. Mit der langen Dauer einer Überlassung kann das seit der Novelle 2012 des AÜG nicht mehr begründet werden. Der neu geschaffene § 10 Abs 1a AÜG zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber auch das Problem der langen Überlassungsdauer bei der Gleichstellung berücksichtigt. Es ist daher davon auszugehen, dass § 10 AÜG nach dem Willen des Gesetzgebers auch bei langfristigen Überlassungen eine abschließende Regelung der Gleichstellung zwischen StammAN und überlassenen AN darstellt. Im Ergebnis verdrängt § 10 AÜG den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, uzw auch bzgl langfristigen Überlassungen.

E. Zusammenfassung

Das AÜG enthält grds Anknüpfungspunkte für die Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das Problem bei

⁷⁰⁰ *Schindler*, DRdA 2009, 349.

⁷⁰¹ *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz (Teil I), DRdA 2005, 383; weniger pauschal möchte *Mayer-Maly* (DRdA 1980, 273) das beantworten: „Wann immer aber ein von Vorschriften über den Kündigungsschutz geregelter Vergleich der Lage des gekündigten Arbeitnehmers mit der Situation anderer Arbeitnehmer stattgefunden hat, ist für weitere, am Gleichbehandlungsgrundsatz orientierte Vergleiche kein Raum mehr.“

⁷⁰² BGBl 1979/108.

⁷⁰³ *Eichinger*, Die Frau im Arbeitsrecht (1991) 63.

⁷⁰⁴ *W. Schwarz*, Zur geschlechtsspezifischen Differenzierung im Arbeitsrecht, DRdA 1992, 185.

⁷⁰⁵ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG Einl Rz 21.

Gleichbehandlungsvorschriften im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung ist, dass die Arbeitsbedingungen der StammAN und der überlassenen AN jeweils von einer anderen Person bestimmt werden. Auch dieses Problem wäre allerdings, anknüpfend an Lösungsvorschläge bei Konzernsachverhalten und die Wertungen des § 6a AÜG, überwindbar. Letztlich scheidet die Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aber an § 10 AÜG. Wie mehrfach in der Lehre vertreten, kann der Gleichbehandlungsgrundsatz von speziellen Gleichbehandlungsgeboten verdrängt werden. Bzgl der Ungleichbehandlung von StammAN und überlassenen AN ist § 10 AÜG eine solche Spezialbestimmung. Insb zeigt § 10 Abs 1a AÜG, dass der Gesetzgeber auch die Gleichbehandlung bei langandauernden Überlassungen berücksichtigt hat. Eine Ergänzung dieser abschließenden Regelung durch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz kommt daher auch bei langfristigen Überlassungen nicht in Betracht.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass selbst die bloße Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht automatisch zur vollkommenen Gleichstellung der überlassenen AN führen würde. Dies deshalb, weil noch die Möglichkeit zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung geprüft werden müsste.⁷⁰⁶ Die Nichtzugehörigkeit zur Stammebelegschaft reicht nach Ansicht von *Mazal* nicht als Rechtfertigung, gefordert sei vielmehr ein sachlicher Zusammenhang zu „Umständen und Erfordernissen“ der Überlassung.⁷⁰⁷ Nach *Schindler* ist die Rechtfertigung bei kurzfristiger Überlassung einfacher als bei beim „Pay-roll-System“ (dazu unten 4. Teil).⁷⁰⁸ Die Rechtfertigung wird nach Ansicht von *Schindler* daher wohl mit steigender Intensität der Beziehung zwischen überlassenem AN und Beschäftiger immer schwieriger.

⁷⁰⁶ *Schindler*, DRdA 2009, 349.

⁷⁰⁷ *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 71. *Schindler* ergänzt dies noch durch die Feststellung *Mazals* (Kollektivvertragsentgelt, "Aufwandsentschädigungen" und Arbeitskräfteüberlassung, *ecolex* 1999, 562), dass eine Ungleichbehandlung von überlassenen AN nicht auf Unterschieden im Rechtlichen oder Tatsächlichen basiert. Diese Feststellung ist jedoch im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung einer steuerrechtlichen Regelung ergangen.

⁷⁰⁸ *Schindler*, DRdA 2009, 349.

V. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und Abschluss eines Arbeitsvertrags mit dem Beschäftiger

A. Die Rechtsprechung des OGH

Die zu Beginn dargestellte Benachteiligung überlassener Arbeitskräfte resultiert zu einem großen Teil daraus, dass kein Arbeitsvertrag zum Beschäftiger besteht. Es ist denkbar, dass AN in Einzelfällen nach den allg Regeln der Rechtsgeschäftslehre während der Überlassung einen Vertrag mit dem Beschäftiger abschließen. Diese Möglichkeit wird im Folgenden untersucht.

Sowohl im nationalen Recht als auch im Unionsrecht wird als ein Merkmal der Arbeitskräfteüberlassung genannt, dass Überlassene für den Beschäftiger arbeiten, „ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem Entleiher geschlossen wird.“⁷⁰⁹ Der OGH hat allerdings in einer wenig beachteten Entscheidung aus dem Jahr 2008 entschieden, dass zwischen dem Beschäftiger und der überlassenen AN ein zusätzlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen werden kann.⁷¹⁰ Da es sich um die Zurückweisung einer außerordentlichen Revision handelt, ist der genaue Sachverhalt, der der E zu Grunde lag, schwer zu bestimmen. Zwischen den Prozessparteien, dem Beschäftiger und der AN, dürfte allem Anschein nach eine schriftliche Vereinbarung mit dem Titel „Dienstvertrag“ geschlossen worden sein. In diesem Vertrag wurde mehrmals auf den Überlassungsvertrag hingewiesen. Die Vereinbarung zwischen Beschäftiger und AN enthielt insb eine Funktionsbeschreibung und Bestimmungen zu Entgelt sowie zur Beendigung. An diesen Stellen des Vertrags wurde nicht auf den Überlassungsvertrag hingewiesen. Durch die Gerichte wurde der übereinstimmende Parteiwille festgestellt, die Kl zur AN des Beschäftigers zu machen. Nach dem OGH steht diesem Vertragsabschluss nichts entgegen. Er bejaht im konkreten Fall also ein AV auch zum Beschäftiger, die überlassene AN steht daher in einem Doppelarbeitsverhältnis.

Der OGH widmet diesem Ergebnis wenig Begründungsaufwand. Er hält nur fest, dass das Arbeitsvertragsrecht ein Doppelarbeitsverhältnis nicht ausschließt. Der OGH

⁷⁰⁹ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 43, 51, Tenor; vgl außerdem EuGH 17.12.1981, C-279/80, *Webb*, Slg 1981, 03305 Rz 9; *Geppert*, AÜG 63. *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 69; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 29. Vgl allerdings unten VI.B.6. die Rsp des EuGH, wonach ein Arbeitsverhältnis zwischen Beschäftiger und Überlassenen besteht.

⁷¹⁰ OGH 9 ObA 2/08x ecolex 2008/204. Vgl zu dieser E *Silberbauer*, Wer Leihpersonal beschäftigt, kann zu dessen Arbeitgeber werden, *DerStandard.at* vom 21.05.2008 „<http://derstandard.at/3294625>“ (zuletzt abgerufen am 05.04.2014).

beruft sich dazu auf die gesetzlichen Bestimmungen,⁷¹¹ die dem AG für diesen Fall ein Entlassungsrecht einräumen. Dem ist zuzustimmen. Interessanter ist allerdings die Frage, ob das Recht der Arbeitskräfteüberlassung diesem zweiten AV nicht entgegensteht. Der OGH bringt in der E keine Argumente vor, sondern weist erstens auf drei E hin, in denen er von der Möglichkeit schuldrechtlicher (Zusatz-) Vereinbarungen „zwischen Beschäftiger und Arbeitskraft“ ausgegangen sei.⁷¹² Zweitens beruft er sich auf die Meinung von *Schindler*.⁷¹³ Der OGH hält fest: „Der Einwand, dass ein Überlassungsvertrag ein Doppelarbeitsverhältnis grundsätzlich ausschließt oder gar nichtig wäre, trifft daher nicht zu.“⁷¹⁴

Bei genauerer Betrachtung erweist sich die Argumentation des OGH als mangelhaft. Die drei Urteile, auf die der OGH verweist, sind wenig aussagekräftig. Zum einen ging es in den E nicht um Überlassungen am privaten Arbeitsmarkt, sondern um Lehrer in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, die als „lebende Subvention“ einer Privatschule zugewiesen wurden. Im jüngsten dieser Urteile weist der OGH selbst darauf hin, dass es (wegen der Beamteneigenschaft) strittig sei, ob hier überhaupt Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vorliegt,⁷¹⁵ jedenfalls sei aber die Ausnahme nach § 1 Abs 2 Z 1 AÜG erfüllt und daher der Großteil der Bestimmungen des AÜG unanwendbar.⁷¹⁶ Weil der zu beurteilende Sachverhalt aber „seinem Wesen nach“ der Arbeitskräfteüberlassung entspreche wird die Problemlage zusammen mit der Arbeitskräfteüberlassung erörtert. Zum anderen betrafen alle drei E **nur einzelne Zusatzleistungen**, nicht aber, wie die oben genannte E, einen gesamten Arbeitsvertrag. Zuletzt fehlt auch in den drei Vorentscheidungen eine Begründung für die Meinung des OGH. Im letzten Urteil bringt er vor, dass das Fehlen eines Rechtsverhältnisses zwischen Beschäftiger und AN ein Wesensmerkmal der Arbeitskräfteüberlassung ist und fügt hinzu, dass ein solches Rechtsverhältnisses zwar nicht notwendig „allerdings auch nicht

⁷¹¹ Vgl § 27 Z 3; § 27 Z 4 AngG; § 82 lit e GewO.

⁷¹² OGH 8 ObA 332/94 wbl 1995, 288; OGH 9 ObA 18/01i ARD 5347/11/2002; OGH 9 ObA 125/07h ecolx 2008/169.

⁷¹³ *Schindler* in ZellKomm § 3 AÜG Rz 2; nunmehr ebenso *Schindler* in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 2.

⁷¹⁴ Bei diesem Satz ist schon unklar, ob die Nichtigkeit des Überlassungsvertrags oder des zweiten Arbeitsverhältnisses verneint wird. Da der Überlasser, den die Nichtigkeit des Überlassungsvertrags als Vertragspartner betroffen hätte, am Verfahren nicht beteiligt war, ist wohl die Nichtigkeit des AV gemeint.

⁷¹⁵ Vgl zur Anwendbarkeit des AÜG im öffentlichen Sektor, *Mazal*, Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG, ZAS 2005, 244.

⁷¹⁶ OGH 9 ObA 125/07h ecolx 2008/169.

ausgeschlossen“ ist.⁷¹⁷ Auch hier erfolgt wieder eine Berufung auf die bereits genannte Kommentarmeinung von *Schindler*.⁷¹⁸ Dieser Verweis stellt also im Ergebnis die einzige Begründung dar.

Schindler vertritt tatsächlich, dass „ausnahmsweise“ ein Vertrag zwischen Beschäftiger und AN abgeschlossen werden kann.⁷¹⁹ Eine Begründung lässt allerdings auch er vermissen, er beruft sich wiederum ohne Erläuterung auf ein älteres Urteil des OGH.⁷²⁰ In dieser E hält der OGH fest, dass „mangels besonderer Vereinbarungen kein (weiteres) Arbeitsverhältnis“ zwischen Beschäftiger und AN abgeschlossen wird. Auch in dieser E erfolgt keine Begründung, stattdessen wird auf die „ausführlichen Erörterungen zur dogmatischen Einordnung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskraft“ *Gepperts*⁷²¹ verwiesen. Die Meinung von *Geppert* ist also der Ausgangspunkt der eben dargestellten Verweisungskette in der Judikatur und dem Schrifttum. *Geppert* äußert sich an dieser Stelle allerdings nicht zur Möglichkeit eines zweiten AV. Er behandelt nur die dogmatische Einordnung der Arbeitskräfteüberlassung, unter anderem auch die These vom Doppelarbeitsverhältnis. In seinen Ausführungen lehnt *Geppert* die These eines AV zum Beschäftigers soweit zu sehen ab, denn es „ließe sich die Vorstellung eines Arbeitsverhältnisses zum Beschäftiger aufgrund der These vom ‚Doppelarbeitsverhältnis‘ wohl nur mit Hilfe der schon überwundenen Eingliederungstheorie begründen.“⁷²² Die These vom Doppelarbeitsverhältnis wird heute, soweit zu sehen, in Österreich, ebenso wie in Deutschland,⁷²³ nicht mehr vertreten. *Geppert* nimmt an dieser Stelle jedenfalls zu der Zulässigkeit des vereinzelten Abschlusses eines AV zum Beschäftiger nicht Stellung. Im Ergebnis fehlt es der E des OGH daher an einer Begründung, was durch die lange Verweisungskette⁷²⁴ verschleiert wird.

⁷¹⁷ OGH 9 ObA 125/07h ecolex 2008/169.

⁷¹⁸ *Schindler* in ZellKomm § 3 AÜG Rz 2; ebenso *Schindler* in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 2.

⁷¹⁹ *Schindler* in ZellKomm § 3 AÜG Rz 2; ebenso *Schindler* in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 2.

⁷²⁰ OGH 9 Ob A 206/92 DRdA 1993, 314 (*Ritzberger-Moser*), auch in dieser E ging es wieder um eine Vertragsbedienstete, auf die das AÜG nur teilweise anwendbar war.

⁷²¹ *Geppert*, AÜG 65 ff.

⁷²² *Geppert*, AÜG 67.

⁷²³ Vgl für Deutschland *Schüren* in *Schüren*, AÜG⁴ Einl Rz 107; *Wank* in *Müller-Glöße/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁴ AÜG Einl Rz 32; Dies deshalb, weil diese These einerseits den „wirklichen Willen“ der Beteiligten widerspricht und andererseits auch dem dAÜG, das den Beschäftiger als „Dritten“ bezeichnet: *Walker*, Rechtsverhältnisse bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und Schadenersatzansprüche des Entleiher wegen Schlechtleistung, AcP 1994, 295 (306).

⁷²⁴ Die (schwierige) Suche nach der Grundlage der Meinung des OGH stellt sich also folgendermaßen dar: OGH 9 ObA 2/08x ecolex 2008/204 (→ OGH 9 ObA 125/07h ecolex 2008/169) → *Schindler* in ZellKomm § 3 AÜG Rz 2 → OGH 9 ObA 206/92 DRdA 1993, 314 (*Ritzberger-Moser*) → *Geppert*, AÜG 65 ff.

Dies hindert den OGH nicht, an seiner Meinung festzuhalten. In einer jüngeren E findet sich nun der Hinweis: „Eine vertragliche Regelung zwischen dem Beschäftiger und der Arbeitskraft besteht **im Allgemeinen** (*Hervorhebung nicht im Original, Ann*) nicht.“⁷²⁵ Man kann diese Beschränkung auf den Normalfall als Bestätigung des Urteils aus 2008 deuten.

Anders als das knappe Urteil des OGH und die Urteile, auf die er sich für diese Rechtsansicht stützt, glauben machen, stellen sich mehrere Fragen. Erstens ist fraglich, ob entweder das AÜG oder die Besonderheiten der Arbeitskräfteüberlassung als dreipersonale Konstruktion die Nichtigkeit eines, während der Überlassung mit dem Beschäftiger abgeschlossenen, AV verlangen. Verneint man dies ist zweitens zu überlegen, ob das AÜG bei Bestehen eines solchen AV weiter anwendbar ist. Der SV, der der E des OGH zugrunde lag, ist insofern außergewöhnlich,⁷²⁶ als es zu einem ausdrücklichen Vertragsabschluss gekommen sein dürfte. In anderen Fällen stellt sich drittens die Frage, ob auch ein konkludenter Vertragsabschluss in Frage kommt. Diese Fragen werden im Folgenden beantwortet.

B. Nichtigkeit eines zweiten Arbeitsvertrags?

Das AÜG enthält kein ausdrückliches Verbot während einer Überlassung einen AV mit dem Beschäftiger abzuschließen. Ein implizites Verbot bedürfte der Begründung mit dem Zweck des AÜG. Es ist nicht ersichtlich welchem der in § 2 AÜG erwähnten Zwecke durch ein solches Verbot gedient wäre. Umgekehrt ist es gerade ein Ziel des AÜG, dem AN einen Vertragsabschluss mit dem Beschäftiger zu ermöglichen (sog „Klebeffekt“). Wie bereits dargelegt wurde, stehen auch die Interessen der Stammebelegschaft ihrer Erweiterung durch die Aufnahme Überlassener nicht entgegen. Auch aus einem Verstoß gegen das UWG lässt sich die Nichtigkeit des zweiten AV eher nicht ableiten. Dazu wäre erforderlich, dass der Vertragsbruch den Tatbestand des § 1 UWG erfüllt, eine Anforderung, bei der die Rsp eher zurückhaltend ist.⁷²⁷

Zu überlegen ist, ob der AN durch den zweiten AV gegen den AV zum Überlasser verstößt und der Beschäftiger gegen den Überlassungsvertrag. Dagegen spricht, dass das

⁷²⁵ OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*).

⁷²⁶ *Körber-Risak*, *ecolex* 2008, 592 (FN 5).

⁷²⁷ Vgl *Schmid* in *Wiebe/Kodek* (Hrsg), Kommentar zum UWG² (2012) § 1 Rz 851 f. Bei sittenwidrigem Abwerben von AN kann im Rahmen von EV allerdings ein Beschäftigungsverbot erwirkt werden; *Reissner* in *ZellKomm*² § 37 AngG Rz 52 ff; *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 15 Rz 41 f.

AÜG einem solchen Verbot mit großer Wahrscheinlichkeit entgegensteht. Wie oben (II.B.2.) gezeigt wurde, verhindert das AÜG Klauseln sowohl im AV, als auch im Überlassungsvertrag, die den AN in seiner Erwerbstätigkeit beschränken, insb bzgl eines Wechsels zum Beschäftiger. Zwar beziehen sich die Verbote gem § 11 Abs 2 Z 6 & 7 AÜG auf die „Zeit nach Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser“ bzw auf einen Wechsel zum Beschäftiger „nach Beendigung der Überlassung“. Jedenfalls solange der Überlasser aber durch den zweiten AV während der Überlassung keinen Nachteil erleidet, spricht nichts dagegen, dass das AÜG auch einen Wechsel des AN schützt, der sich bereits während aufrechter Überlassung anbahnt.

Selbst wenn man der Meinung ist, dass der zweite AV gegen den Arbeits- und/oder Überlassungsvertrag verstößt, wäre fraglich, ob das zur Sittenwidrigkeit des zweiten AV führt.⁷²⁸ Auch bei der Prüfung einer Sittenwidrigkeit ist wieder zu bedenken, dass der Überlasser in vielen Fällen keinen Nachteil dadurch erleidet, dass der Beschäftiger einen originären Leistungsanspruch gegen den AN erwirbt. Außerdem kann auf die Rsp zum sittenwidrigen Abwerben von AN außerhalb von Arbeitskräfteüberlassungen verwiesen werden. Die Nichtigkeit des neuen AV wird hier nicht erwähnt. Die Urteile beschränken sich, soweit zu sehen, auf Ansprüche zwischen ehemaligem und neuem AG.⁷²⁹ Im Ergebnis folgt weder aus dem Gesetz noch aus den Vertragsbeziehungen die Nichtigkeit des zweiten AV.

C. Anwendbarkeit des AÜG trotz Arbeitsvertrag zum Beschäftiger?

Die nächste Frage ist, ob das AÜG auch in Fällen anwendbar ist, in denen von Anfang an die Begründung eines AV auch zum Beschäftiger geplant ist oder in denen ein solcher AV nachträglich abgeschlossen wird. In älteren Darstellungen der Arbeitskräfteüberlassung wird lapidar festgehalten, dass zwischen AN und Beschäftiger kein AV besteht.⁷³⁰ Ursprünglicher Kritikpunkt an der Arbeitskräfteüberlassung war, dass man über eine Person wie über einen AN verfügen kann, eben ohne dass dieses Recht aus einem Arbeitsvertrag entsteht.⁷³¹ Die Ansicht, das Fehlen des zweiten AV sei

⁷²⁸ Bejaht man das, würde es sich jedenfalls um einen Fall der relativen Nichtigkeit handeln, die nur der Überlasser, nicht aber der Beschäftiger geltend machen kann.

⁷²⁹ Vgl zB OGH 4 Ob 349/69 Arb 8781.

⁷³⁰ *Geppert*, AÜG 1, 63; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 69.

⁷³¹ Nach Ansicht des Arbeitsgerichts Wien (wiedergegeben im Urteil LG ZRS Wien 44 Cg 70/67 Arb 8421) „beinhaltet ein Vertrag, womit ein Mensch verpflichtet wird, sich zur Arbeitsleistung an Dritte zur Verfügung

„Wesensmerkmal der Arbeitskräfteüberlassung“, wird auch in jüngeren Werken übernommen.⁷³² Dennoch wird das AÜG teilweise auch bei Bestehen eines Doppelarbeitsverhältnisses für anwendbar gehalten.⁷³³ Es wird allerdings auch das Gegenteil vertreten, also dass das AÜG jene Fälle nicht erfasst, in denen ein AV (auch) mit dem Beschäftiger besteht.⁷³⁴

Zur Klärung dieser Frage kann man zuerst am Wortlaut anknüpfen. Aus der Bezeichnung des Beschäftigers als „Dritter“ in § 3 Abs 1 & 2 AÜG, könnte man ableiten, dass kein AV zwischen AN und Beschäftiger bestehen kann.⁷³⁵ Auch die Materialien sprechen für diese enge Auslegung des AÜG. So dient etwa nach den Erläuterungen § 6 AÜG der Gleichstellung der Überlassenen mit jenen, „die zum Beschäftiger in einem Arbeitsverhältnis stehen, ohne dass es der Fiktion eines Arbeitsvertrages zwischen dem Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskraft bedarf.“⁷³⁶ Es spricht allerdings nichts dagegen, dass damit nur der Normalfall beschrieben wird und kein Urteil über den Sonderfall gefällt werden sollte. Es ist insb denkbar, dass das AÜG nicht nur eine zulässige Konstruktion der Arbeitskräfteüberlassung kennt, sondern alle Konstruktionen, die dazu führen, dass ein AN zwei unterschiedlichen AG gegenübersteht.⁷³⁷ Dafür spricht, dass zur Zeit der Schaffung des AÜG die zivilrechtlichen Hintergründe der Überlassung umstritten waren, es existierten mehrere Erklärungsansätze⁷³⁸. Dies entspricht außerdem dem in § 4 Abs 1 AÜG angeordneten Gebot der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.

Allerdings könnten teleologische Überlegungen gegen die Anwendung des AÜG bei Abschluss eines AV auch mit dem Beschäftiger sprechen. Es wurde vorgebracht, dass das AÜG in diesen Fällen nicht anwendbar sei, weil das typische, durch die Dreipersonalität hervorgerufenen, Schutzdefizit dann nicht bestehe.⁷³⁹ Tatsächlich werden bei Abschluss eines zweiten AV die meisten Normen des AÜG, die die Beziehung zwischen Beschäftiger und AN regeln, unnötig, wie insb die Anordnung des § 6 Abs 1

stellen zu lassen, die Erniedrigung eines Menschen zur Sache, die auch mit seiner Zustimmung von der Rechtsordnung nicht geduldet werden kann.“

⁷³² Vgl etwa *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 29.

⁷³³ *Rebhahn*, Vermittlung von Poolkräften 106; vgl auch *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 15: „Bei Überlassung ist idR (aber nicht notwendig) nur der Überlasser AG.“

⁷³⁴ *Schima*, Arbeitskräfteüberlassung und Konzernprivileg, insbesondere bei grenzüberschreitender Überlassung, *RdW* 1992, 114; *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 81.

⁷³⁵ So zum dAÜG *Walker*, *AcP* 1994, 306.

⁷³⁶ *ErläutRV* 450 *BlgNR* 17. GP 18.

⁷³⁷ Ähnlich wohl *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 67.

⁷³⁸ *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 61 ff.

⁷³⁹ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 81.

AÜG, dass „der Beschäftiger als Arbeitgeber im Sinne der Arbeitnehmerschutzvorschriften“ gilt. Allerdings kann man § 8 AÜG entnehmen, dass das AÜG für den AN günstigeren Vereinbarungen, egal in welchem Verhältnis sie erfolgen, nicht entgegenstehen will. Darüber hinaus will das AÜG nicht nur das Nichtbestehen eines AV zum Empfänger der Arbeit kompensieren, sondern auch die Verdoppelung des AG, die auch bei Abschluss eines zweiten AV problematisch ist. Ein Beispiel ist § 8 Abs 2 AÜG, der ein Zusammenwirken von Überlasser und Beschäftiger zu Lasten des AN verhindert. Darüber hinaus regelt das AÜG auch das Verhältnis von AN und Überlasser (§§ 11 f AÜG) und zumindest in Ansätzen das Verhältnis von Überlasser und Beschäftiger (§ 8 Abs 2 & § 12a AÜG). Beide Rechtsverhältnisse bedürfen auch bei Bestehen eines zweiten AV zum Beschäftiger der Regelung.

Insb aufgrund dieser teleologischen Überlegung muss das AÜG daher auch dann anwendbar sein, wenn der überlassene AN einen weiteren AV mit dem Beschäftiger abschließt. Man kann sagen, dass die *Möglichkeit* Arbeitsleistung ohne Arbeitsvertrag in Anspruch zu nehmen das „Wesensmerkmal“ der Arbeitskräfteüberlassung ist. Das bedeutet aber umgekehrt nicht, dass von dieser Möglichkeit zwingend Gebrauch gemacht werden muss.

Wie bereits erwähnt wurde, geht auch der EuGH davon aus, dass das Fehlen eines zweiten AV zum Wesen des unionsrechtlichen Begriffes der Leiharbeit gehört.⁷⁴⁰ Möglicherweise bedeutet das, dass man mit dem Abschluss des zweiten AV aus dem Anwendungsbereich der Leiharbeits-RL fällt. Diese Frage kann hier offen gelassen werden. Wie gezeigt wurde, ist das AÜG auch in diesem Fall anwendbar. Es ist daher irrelevant, ob damit der Anwendungsbereich der RL verlassen wurde. Dem nationalen Gesetzgeber steht es grds frei, einen über die RL hinausgehenden Schutz vorzusehen.⁷⁴¹

D. Konkludenter Abschluss?

Es besteht also die Möglichkeit des Abschlusses eines AV auch zum Beschäftiger. Allerdings wird der Beschäftiger daran kaum Interesse haben. Beschäftiger bedienen sich der Arbeitskräfteüberlassung in vielen Fällen ja gerade, um den Abschluss eines eigenen

⁷⁴⁰ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 43, 51, Tenor; vgl außerdem EuGH 17.12.1981, C-279/80, *Webb*, Slg 1981, 03305 Rz 9.

⁷⁴¹ Bedenklich könnte die unterschiedliche Begrifflichkeit allenfalls bei grenzüberschreitenden Sachverhalten im Anwendungsbereich der Entsende-RL sein.

AV zu verhindern.⁷⁴² Sachverhalte wie jener der E 9 ObA 2/08x, in denen ein ausdrücklicher Vertrag geschlossen wird, stellen aus diesem Grund eine Ausnahme dar. Wichtig ist die Frage, ob auch ein konkludenter Vertragsabschluss zwischen dem AN und dem Beschäftiger in Frage kommt. *Rebhahn* äußert sich kritisch zur schlüssigen Begründung eines AV.⁷⁴³ Dies deshalb, weil alle Beteiligten wüssten, dass die Arbeitsleistung aufgrund eines Überlassungsvertrags erfolgt. Voraussetzung für einen schlüssigen AV mit dem Beschäftiger sei daher die rechtliche Beseitigung (Nichtigkeit) des Überlassungsvertrags. Ähnliche Kritik wurde im britischen Schrifttum an der dortigen Judikatur geübt, die ebenfalls „implied contracts“ zwischen Beschäftigern und überlassenen AN angenommen hat: „*I think it must be fatal to the implication of a contract if the parties would or might have acted exactly as they did in the absence of a contract.*“⁷⁴⁴

Dieses Argument wiegt selbstverständlich schwer. Gerade bei mehrjährigen Überlassungen kann es aber nicht ausnahmslos gelten. Wie bei einem bloß einmalig ausgesprochenen Freiwilligkeitsvorbehalt⁷⁴⁵ kann die zugrundeliegende Vereinbarung mE gegenüber dem widersprechenden Erklärungsverhalten mit der Zeit an Bedeutung verlieren. Voraussetzung für einen konkludenten Vertragsabschluss bleibt aber jedenfalls ein widersprechendes Erklärungsverhalten, also ein Verhalten des Beschäftigers, das den AN nachvollziehbar das Bestehen eines direkten Vertragsverhältnisses vermuten lässt. Das wird, wie auch in den E des OGH, insb bei Gewährung zusätzlicher Leistungen durch den Beschäftiger der Fall sein. Wohl aus diesem Grund empfiehlt *Tinhofer* Beschäftigern, mit den überlassenen Arbeitskräften keine Vereinbarungen über Arbeits- oder Entgeltleistungen zu schließen, um das „Risiko von ‚Doppelarbeitsverhältnissen‘“ zu vermeiden.⁷⁴⁶ Zu bedenken ist aber, dass bereits das Gesetz seit der Novelle des AÜG gem § 10 Abs 6 AÜG manche direkte Leistungen des Beschäftigers an den Überlassenen AN verlangt. Die gesetzmäßige Gewährung dieser Leistungen kann dann selbstverständlich kein Indiz für einen Arbeitsvertragsabschlusswillen des Beschäftigers darstellen.⁷⁴⁷

⁷⁴² *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 64.

⁷⁴³ Dazu und zum folgenden *Rebhahn*, Vermittlung von Poolkräften 101 (FN 297).

⁷⁴⁴ Vgl *Reynold*, The Status of Agency Workers: A Question of Legal Principle, ILJ 2006, 320 (321): das Zitat stammt von Richter *Bingham*. *Reynold* sieht diese Anforderung bei vielen Fällen der Überlassung nicht als erfüllt an; vgl auch *Prassl*, Die Suche nach dem Arbeitgeber im englischen Recht, EuZA 2013, 472 (482).

⁷⁴⁵ Dazu *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁸ 326.

⁷⁴⁶ *Tinhofer* in *Reissner/Neumayr*, Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln 243.

⁷⁴⁷ Vgl *Schrank*, RdW 2013, 33.

E. Zusammenfassung

Der OGH hat in einer Entscheidung den Abschluss eines Arbeitsvertrags eines überlassenen AN mit dem Beschäftiger bejaht. Dieser E fehlt allerdings eine Begründung. Es stellen sich in dem Zusammenhang verschiedene Probleme. Erstens wurde dargelegt, dass weder aus dem AÜG, noch aus den anderen Verträgen die Nichtigkeit eines solchen (zweiten) Arbeitsvertrags zum Beschäftiger folgt. Zweitens ist trotz einem solchen Abschluss das AÜG anwendbar, insb weil dessen Abschluss die Schutzwürdigkeit des AN nicht gänzlich beseitigt. Drittens ist schließlich auch der konkludente Abschluss eines solchen Arbeitsvertrags denkbar. Das allerdings nur in Ausnahmefällen, möglich ist das insb, wenn der Beschäftiger dem AN direkt Leistungen gewährt, die über das gem dem AÜG Geschuldete hinausgehen.

Wird nun ausdrücklich oder konkludent ein AV mit dem Beschäftiger geschlossen, so ist eine wichtige Rechtsfolge, dass dieses zusätzliche AV einer gesonderten Beendigung bedarf.⁷⁴⁸ Bei der AG-Kündigung ist dann der BR des Vertragspartners zu involvieren, also der BR des Beschäftigers.⁷⁴⁹ Der OGH deutet in der E 9 ObA 2/08x allerdings an, dass in dem AV zwischen Beschäftiger und AN vereinbart werden könne, dass der AV mit Beendigung der Überlassung automatisch beendet wird.⁷⁵⁰ ME würde diese Vereinbarung eine, bei AV grds verbotene, auflösende Bedingung darstellen. Die Rsp lässt eine auflösende Bedingung nur zu, wenn entweder der Zeitpunkt des Bedingungseintritts feststeht oder der AN den Bedingungseintritt selbst herbeiführen kann.⁷⁵¹ Beides ist bei dem Doppelarbeitsverhältnis nicht der Fall. Die Schutzwürdigkeit des AN wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, dass ihm jedenfalls noch das AV zum Überlasser bleibt. Auch der Verlust „nur“ des AV zum Beschäftiger kann für ihn einschneidende Konsequenzen haben.

⁷⁴⁸ OGH 9 ObA 2/08x ecolex 2008/204.

⁷⁴⁹ *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 105 Rz 25; *Mitschka*, ecolex 2012, 459.

⁷⁵⁰ OGH 9 ObA 2/08x ecolex 2008/204; der OGH und die Instanzgericht haben sich gegen dieses Auslegungsergebnis entschieden.

⁷⁵¹ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II⁸ 49 f.

VI. Langfristige Arbeitskräfteüberlassung und die Leiharbeits-RL

A. Einleitung

Bei vielen Fragen der Arbeitskräfteüberlassung ist der österr Gesetzgeber nicht frei in der Gestaltung. Die MS müssen die Vorgaben der Leiharbeits-RL erfüllen. Fraglich ist, ob die RL auch Vorgaben betreffend die Überlassungsdauer enthält. Art 1 Abs 1 Leiharbeits-RL lautet:

„Diese Richtlinie gilt für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten.“

Die RL spricht also davon, dass überlassene AN „vorübergehend“ für den Beschäftiger arbeiten. Der Hinweis auf die „vorübergehende“ Beschäftigung findet sich insgesamt fünfmal in der RL.⁷⁵² Allerdings wird der Begriff weder genau definiert, noch eine explizite Rechtsfolge angeführt. Es stellt sich daher die Frage, welche Bedeutung dieses „magische Wort ‚vorübergehend‘“⁷⁵³ in der RL und damit auch für das nationale Recht hat. In Deutschland wurde diese Frage bereits intensiv untersucht,⁷⁵⁴ in Österreich gibt es dazu demgegenüber kaum Stellungnahmen.⁷⁵⁵ Dieser Unterschied setzt sich auch in der Gesetzgebung fort. In Deutschland wurde das Wort „vorübergehend“ in das dAÜG übernommen. Der deutsche Gesetzgeber hat in den Materialien eindeutig darauf

⁷⁵² Art 1 Abs 1; Art 2 Abs 1 lit b), c), d), e) Leiharbeits-RL.

⁷⁵³ Leuchten, NZA 2011, 609.

⁷⁵⁴ Vgl Bartl/Romanowski, NZA Online Aufsatz 3/2012; Brors, Vorübergehend, AuR 2013, 108; Düwell, ZESAR 2011, 449; Fütterer, Prozessuale Möglichkeiten zur Durchsetzung des Verbots der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nF., AuR 2013, 119; Giesen, Vorübergehend unklar, Fachanwalt Arbeitsrecht 2012, 66; Hamann, EuZA 2009, 287; Hamann, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung? NZA 2011, 70; Hamann, RdA 2011, 321; Kiss/Bankó, EuZA 2010, 208 (zum ungarischen Recht); Krannich/Simon, Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – zur Auslegung des Begriffs „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 AÜG nF., BB 2012, 1414; Lembke, DB 2011, 414; Lembke, Arbeitnehmerüberlassung im Konzern, BB 2012, 2497; Leuchten, NZA 2011, 608; Ludwig, Das Problem der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung, BB 2013, 1279; Nießen/Fabritius, Was ist vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung – Das Rätsel weiter ungelöst?, NJW 2014, 263; Rieble/Vielmeier, EuZA 2011, 474; Sansone, Gleichstellung 458 ff; Schüren/Wank, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 1; Thüsing, Vorübergehende und nicht-vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung: Das Rätselraten geht weiter, NZA 2013, 1248; Thüsing/Stiebert, DB 2012, 632; Thüsing/Stiebert, Anmerkung zur Vorlage C-533/13, ZESAR 2014, 31; Ulber, AuR 2010, 10; Zimmer, Leiharbeit – aber nur vorübergehend!, AuR 2012, 89; Zimmermann, Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung, ArbRAktuell 2011, 62.

⁷⁵⁵ Vgl aber Schörghofer, ZAS 2012, 343 f; Schindler in Raschauer/Resch 31 f.

hingewiesen, dass dies zur Umsetzung der RL dient.⁷⁵⁶ Diese unklare Gesetzesänderung wurde vom BAG schließlich so ausgelegt, dass das dAÜG eine nicht vorübergehende Überlassung verbietet,⁷⁵⁷ bei einem Verstoß komme aber kein Arbeitsvertrag zum Beschäftigter zustande.⁷⁵⁸ Nach dem deutschen Koalitionsvertrag 2013 soll die Überlassungsdauer nun grds auf 18 Monate beschränkt werden.⁷⁵⁹ Die Aussage von *Sansone*, dass die Umsetzung dieses Elements der RL „wesensverändernden Charakter für das [deutsche] Recht der Arbeitnehmerüberlassung“⁷⁶⁰ hat, hat sich also zumindest faktisch bewahrheitet. Währenddessen hat sich die Rechtslage in Österreich im Zuge der Umsetzung in die andere Richtung entwickelt,⁷⁶¹ wie den obigen Ausführungen zu § 10 Abs 1a AÜG entnommen werden kann. Das österr Arbeitsrecht kennt keine gesetzliche Beschränkung der Überlassungsdauer. Die (mögliche) Vorgabe der RL wurde dabei, soweit zu sehen, nicht berücksichtigt. Im Folgenden wird untersucht, ob der österr Gesetzgeber dadurch seine Umsetzungsverpflichtung verletzt hat.

B. Verbot der Dauerüberlassung?

1. Einleitung

Sowohl der Begriff „vorübergehend“ als auch die Bedeutung seiner Verwendung in der RL sind unklar. Meist wird im Schrifttum zu beiden Fragen Stellung genommen. Die Auslegung des Tatbestands und die Bestimmung der Rechtsfolge/Bedeutung stehen in einem engen Zusammenhang. In den folgenden Ausführungen wird vorerst die Rechtsfolge untersucht. Der deutsche Gesetzgeber wollte durch die Übernahme des Wortes „vorübergehend“ die RL umsetzen.⁷⁶² Die Auslegung der RL und der Bestimmung des dAÜG sind daher nicht voneinander zu trennen.⁷⁶³ In der Folge werden Überlegungen in

⁷⁵⁶ Vgl *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632. BT-Drucks 17/4804, 7 f; BR-Drucks 847/10, 5, 7.

⁷⁵⁷ BAG 10.07.2013, 7 ABR 91/11.

⁷⁵⁸ BAG 10.12.2013, 9 AZR 51/13.

⁷⁵⁹ CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag 69.

⁷⁶⁰ *Sansone*, Gleichstellung 471.

⁷⁶¹ *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

⁷⁶² Vgl *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632. BT-Drucks 17/4804, 7 f; BR-Drucks 847/10, 5, 7. Eine Übernahme des Auslegungsergebnisses für „vorübergehend“ im alten Konzernprivileg auf die neue Beschränkung des AÜG auf „vorübergehende“ Überlassungen wird abgelehnt: *Hamann*, RdA 2011, 325; *Sansone*, Gleichstellung 467; aA *Ulber*, AuR 2010, 11.

⁷⁶³ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632.

der deutschen Lehre, die nur an der deutschen Umsetzung anknüpfen, ausgeblendet. Von Interesse ist für die österr Rechtslage grds nur die Auslegung der RL.

Grob unterteilt wurden im deutschen Schrifttum drei unterschiedliche Ansichten zur Bedeutung des Wortes „vorübergehend“ in der RL vertreten:⁷⁶⁴

- Das Wort „vorübergehend“ ist bloß eine programmatische Ausführung ohne unmittelbare Rechtsfolge.⁷⁶⁵

- Nicht vorübergehende Überlassungen sind vom Anwendungsbereich der RL ausgenommen, ihre Regulierung obliegt daher rein dem nationalen Gesetzgeber.⁷⁶⁶

- Die RL verbietet nicht vorübergehende Überlassungen.⁷⁶⁷

Im Folgenden werden die Argumente, die zur Begründung der verschiedenen Ergebnisse vorgebracht wurden, den anerkannten Auslegungsmethoden⁷⁶⁸ zugeordnet.

2. Wortlaut

Aus dem Wortlaut werden sowohl Aussagen zum Tatbestand, als auch zur Rechtsfolge des Wortes „vorübergehend“ gezogen (zum Tatbestand siehe unten). Bereits die Auslegungsbedürftigkeit des Tatbestands spricht wohl auch gegen eine so intensive Rechtsfolge wie das Verbot der Dauerüberlassung. Zur Rechtsfolge wird ansonsten darauf hingewiesen, dass die RL nicht den Imperativ verwendet, sie „beschreibt nur rein typologisch etwas tatsächlich Gegebenes, etwas ‚Normales‘, gibt aber keine rechtlich verbindlichen Wertungen und Folgen an.“⁷⁶⁹ In vielen Stellungnahmen wird davon ausgegangen, dass der Wortlaut deutlich für eine Ausnahme der Dauerüberlassung aus dem Anwendungsbereich der RL spricht.⁷⁷⁰ Tatsächlich steht der Art 1 Leiharbeits-RL, in

⁷⁶⁴ *Schörghofer*, ZAS 2012, 343.

⁷⁶⁵ *Lembke*, DB 2011, 415; *Lembke*, BB 2012, 2500; wohl auch *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 487 ff; wohl auch *Boemke*, RIW 2009, 179; im Ergebnis wohl auch *Schindler* in *Raschauer/Resch* 31 f.

⁷⁶⁶ So wohl *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, passim, insb 634: „Zwar ist prinzipielles Ziel der Richtlinie, den Arbeitnehmer zu schützen [...], dies aber nur im Anwendungsbereich der Richtlinie, der die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung gerade nicht erfasst“; sie vertreten allerdings die Möglichkeit einer Missbrauchskontrolle; *Giesen*, FA 2012, 66; *Ludwig*, BB 2013, 1279; auch *Sansone* (Gleichstellung 460 f) geht von der Ausnahme vom Anwendungsbereich aus, er entnimmt der RL aber dennoch ein Verbot der Dauerüberlassung.

⁷⁶⁷ *Bartl/Romanowski*, NZA Online Aufsatz 3/2012, 2; *Ulber*, AuR 2010, 11; *Hamann*, RdA 2011, 326; *Sansone*, Gleichstellung 461 ff; *Düwell*, ZESAR 2011, 450.

⁷⁶⁸ Vgl allg zu den verschiedenen Auslegungsmitteln bei der Auslegung von Sekundärrecht *Rebhahn* in *Klang I* Nach §§ 6, 7 ABGB.

⁷⁶⁹ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632 f; das Gleiche gelte auch zu EuGH 13.09.2007, C-458/05, *Jouini*, Slg 2007, I-07301. *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2014, 32: „Schweigen [...] hat keinerlei Erklärungswert“.

⁷⁷⁰ *Sansone*, Gleichstellung 459 („[...] weil davon ausgegangen wird, dass auch dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung entgegen dem Richtlinienwortlaut unter den Anwendungsbereich der

dessen Abs 1 das Wort „vorübergehend“ verwendet wird, unter der Überschrift „Anwendungsbereich“. Eine Ausnahme aus dem Anwendungsbereich würde die Wiederholungen des Wortes „vorübergehend“ in den Begriffsbestimmungen des Art 2 Leiharbeits-RL zwar unnötig machen, aber jedenfalls erklären.

3. Systematik

Gegen die Annahme einer bloß programmatischen Erklärung spricht, dass (auch) im Unionsrecht der Grundsatz anerkannt ist, dass die Auslegung einer Bestimmung nicht dazu führen soll, dass diese Bestimmung überflüssig ist.⁷⁷¹ Es ist allerdings denkbar, dass sich dieser Grundsatz nur auf Bestimmungen bezieht und nicht auf einzelne Wörter.⁷⁷²

Im Rahmen der systematischen Interpretation kann man auch im Unionsrecht die Interpretation innerhalb des auszulegenden Rechtsaktes und die Auslegung anhand anderer Rechtsakte unterscheiden.⁷⁷³

Innerhalb der Leiharbeits-RL wird gesagt, die Wiederholung des Wortes „vorübergehend“ spreche für ein Verbot der Dauerüberlassung, weil damit die zulässige Form der Leiharbeit definiert werde.⁷⁷⁴ Außerdem wird auf die Art 5 & 6 RL hingewiesen. Art 5 Abs 5 RL spricht für ein Verbot der nicht vorübergehenden Überlassung.⁷⁷⁵ Diese Bestimmung fordert von den MS bei der Umsetzung „die erforderlichen Maßnahmen gemäß ihren nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten, um eine missbräuchliche Anwendung dieses Artikels zu verhindern und **um insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen**, zu verhindern“ (Hervorhebung nicht im Original). Welche Bestimmung könnte durch Kettenbefristungen umgangen werden? Zum einen sicherlich

Leiharbeitsrichtlinie zu fassen sei.“); *Boemke*, RIW 2009, 179 („Nach dem reinen Wortlaut der Bestimmung“); *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 487 („Nähme man dies wörtlich“); *Lembke*, DB 2011, 415 und *Lembke*, BB 2012, 2500 f („Würde man die RL wörtlich nehmen“) die dies aber allesamt im Ergebnis dennoch ablehnen.

⁷⁷¹ Zum Sekundärrecht *Rebhahn* in *Klang I*³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz 60.

⁷⁷² *Rebhahn* (in *Klang I*³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz 60 FN 216) bezieht sich zur Ableitung dieses Grundsatz auf die E EuGH 10.09.2009 C-199/08, *Eschig*, Slg 2009, I-08295 Rn 56, darin geht es, soweit zu sehen um die Auslegung einer Bestimmung. Er beruft sich außerdem auf *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is, 14 (EUI Working Papers 2013/9, “<http://hdl.handle.net/1814/28339>” [zuletzt abgerufen am 05.04.2014]) die wohl ebenso auf Bestimmungen abstellen: „Accordingly, no provision of EU law should be redundant.“

⁷⁷³ *Rebhahn* in *Klang I*³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz 60 ff.

⁷⁷⁴ *Bartl/Romanowski*, NZA Online Aufsatz 3/2012, 2.

⁷⁷⁵ *Hamann*, EuZA 2009, 311; *Hamann*, RdA 2011, 324; *Sansone*, Gleichstellung 462; *Zimmer*, AuR 2012, 89; *Bartl/Romanowski*, NZA Online Aufsatz 3/2012, 2; *Düwell*, ZESAR 2011, 450; *Schörghofer*, ZAS 2012, 343.

eine Wartefrist für den Gleichbehandlungsanspruch, die die MS gem Art 5 Abs 4 Leiharbeits-RL vorsehen dürfen. Allerdings soll nach Art 5 Abs 5 RL nicht nur eine missbräuchliche Anwendung **dieses Artikels** (Art 5) verhindert werden, zusätzlich sollen durch Kettenüberlassungen keine „Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden“.⁷⁷⁶ Man muss sich also auf die Suche machen, welche anderen RL-Bestimmungen dieses Schutzes bedürfen. Solcherart schutzbedürftig wäre aber nur ein Verbot der Dauerüberlassung.⁷⁷⁷ Um Art 5 Abs 5 Leiharbeits-RL also einen vernünftigen Anwendungsbereich zu verschaffen, ist es daher naheliegend in der RL ein Verbot der Dauerüberlassung zu sehen. Andererseits wird gesagt, Art 5 Abs 5 Leiharbeits-RL möchte verhindern, dass der Schutz der AN unterlaufen wird, bei dauerhafter Überlassung bestehe aber nicht automatisch eine Schutzbedürftigkeit.⁷⁷⁸ *Rieble/Vielmeier* haben darauf hingewiesen, dass der 1. Kommissionsentwurf dieses Missbrauchsverbot auch schon enthielt, bevor die RL auf die „vorübergehende“ Überlassung abstellte, es sollte die Umgehung der Wartefrist für den Gleichstellungsanspruch durch Kettenbefristungen verhindert werden.⁷⁷⁹ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass das Missbrauchsverbot im Vergleich zu diesem Entwurf in der RL noch ausgeweitet wurde, insb wurde der Hinweis auf die Umgehung der „Bestimmungen der RL“ erst später eingefügt.

Für ein Verbot der Dauerüberlassung wird auch mit Art 6 Leiharbeits-RL argumentiert. Diese Bestimmung will (ebenso wie der österr Gesetzgeber) den Wechsel der überlassenen AN in die Stammebelegschaft des Beschäftigers unterstützen.⁷⁸⁰ Die AN müssen über offene Stellen informiert werden (Abs 1); Klauseln, die diesen Wechsel verbieten, dürfen nicht wirksam sein (Abs 2); es darf von den AN kein Entgelt für den Wechsel verlangt werden (Abs 3).⁷⁸¹ Die Zulässigkeit der Dauerüberlassung würde für den Beschäftiger eine Übernahme des überlassenen AN unattraktiver bzw gänzlich unnötig machen.⁷⁸² Gegen diese Argumentation mit Art 6 RL bringen *Thüsing/Stiebert* vor, dass es

⁷⁷⁶ *Sansone*, Gleichstellung 556; aA *Lembke*, BB 2012, 250: Diese Bestimmung stehe in „ausdrücklichem Kontext zum [...] Grundsatz der Gleichbehandlung“.

⁷⁷⁷ *Schörghofer*, ZAS 2012, 344; mit dem Hinweis, dass die Meinungen, die sich zur Begründung eines Verbots der Dauerüberlassung auf Art 5 Abs 5 RL berufen, wohl diesen Gedankengang voraussetzen; Brors, AuR 2013, 112.

⁷⁷⁸ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 633 f.

⁷⁷⁹ *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 488.

⁷⁸⁰ *Hamann*, EuZA 2009, 311; *Sansone*, Gleichstellung 462; *Schörghofer*, ZAS 2012, 343.

⁷⁸¹ *Sansone*, Gleichstellung 462.

⁷⁸² *Hamann*, EuZA 2009, 311; *Hamann*, RdA 2011, 325; *Sansone*, Gleichstellung 462; *Düwell*, ZESAR 2011, 450; *Bartl/Romanowski*, NZA Online Aufsatz 3/2012, 2.

bei Dauerüberlassung mangels prekärer Beschäftigungssituation oftmals auch für den AN keinen Grund gibt, einen Wechsel zum Beschäftiger anzustreben.⁷⁸³

Hingewiesen wird auch auf Art 4 Leiharbeits-RL. Der „Überprüfung der Einschränkungen und Verbote“ liege ein Liberalisierungsgedanke der RL zugrunde.⁷⁸⁴ Ein (nationales) Verbot der Dauerüberlassung verstoße mangels ersichtlichen Allgemeininteresses gegen Art 4 Leiharbeits-RL.⁷⁸⁵ Ein solches Interesse wird von anderer Seite im Arbeitnehmerschutz gesehen.⁷⁸⁶

Eher unergiebig ist die systematische Interpretation durch Bezug auf andere Rechtsakte hinsichtlich der Bedeutung/Rechtsfolge des Wortes „vorübergehend“ in der Leiharbeits-RL. In anderen Fällen knüpft der Unionsrechtsgesetzgeber an das Über- oder Unterschreiten von Zeiträumen eindeutige Rechtsfolgen, wie in Art 8 Abs 2 Rom I-VO (Bestimmung des anwendbaren Arbeitsrechts) und Art 12 Abs 2 VO 883/2004 (Bestimmung des anwendbaren Sozialrechts). In dieser Hinsicht am ehesten vergleichbar mit der Leiharbeits-RL scheint die Entsende-RL. Erstens handelt es sich ebenfalls um eine RL. Zweitens wird in der Entsende-RL die (zeitliche) Beschränkung ebenfalls nur in der Begriffsbestimmung erwähnt (Art 2 Abs 1 Entsende-RL): *„Im Sinne dieser Richtlinie gilt als entsandter Arbeitnehmer jeder Arbeitnehmer, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.“* Darin kann man allerdings kein Indiz dafür sehen, dass bei der Leiharbeits-RL durch die Begriffsbestimmung ebenfalls eine Ausnahme vom Anwendungsbereich erfolgen sollte. Der Unterschied zur Entsende-RL ist, dass bei dieser die Ausnahme vom Geltungsbereich logisch wohl bereits von der Rom I-VO vorgegeben ist. Die Anordnung der Berücksichtigung einzelner Bestimmungen des Empfangsstaats erübrigt sich, wenn dessen (Arbeits-)Rechtsordnung sowieso aufgrund des Wechsels des gewöhnlichen Arbeitsorts zur Anwendung kommt.

Zu erwähnen ist, dass die Anordnung des AG-Wechsels in Art 3 Abs 1 Betriebsübergangs-RL⁷⁸⁷ eindeutig erfolgt. Hingewiesen wird auch auf die eindeutige

⁷⁸³ Thüsing/Stiebert, DB 2012, 634.

⁷⁸⁴ Rieble/Vielmeier, EuZA 2011, 487.

⁷⁸⁵ Rieble/Vielmeier, EuZA 2011, 490; Lembke, BB 2012, 2500; Ludwig, BB 2013, 1279.

⁷⁸⁶ Brors, AuR 2013, 112.

⁷⁸⁷ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl L 2001/82, 16. Art 3 Abs 1: „Die Rechte und

Formulierung eines Verbots in der Befristungs-RL.⁷⁸⁸ *Lembke* weist schließlich auf die „kleine Leiharbeitsrichtlinie“ RL 91/383/EWG hin, die in der deutschen Sprachfassung keinen Hinweis auf die vorübergehende Natur der Arbeitskräfteüberlassung enthält.⁷⁸⁹ Er erwähnt auch, dass die englische Sprachfassung dieser RL sehr wohl von „temporary employment relationship“ spricht. Tatsächlich wird in der englischen Fassung der RL 91/383/EWG dieser Begriff, soweit zu sehen durchgehend, als Bezeichnung für Arbeitskräfteüberlassung verwendet. Das lässt an die Möglichkeit denken, dass bei der RL 2008/104 das Wort „vorübergehend“ schlicht aufgrund der plumpen Übersetzung des englischen Fachbegriffs ihren Weg in die deutsche Sprachfassung gefunden hat. Dagegen spricht allerdings der mehrmalige Wechsel der Formulierung während der Verhandlungen um den Inhalt der RL (dazu sogleich). Dem Fehlen einer Beschränkung der Überlassung bzw des Erfordernisses ihrer Legitimierung in der RL 91/383/EWG sollte für die Auslegung der Leiharbeits-RL jedenfalls keine allzu große Bedeutung beigemessen werden. Ein weiter Anwendungsbereich entspricht nämlich dem Ziel der RL 91/383/EWG, die Gesundheit und Sicherheit überlassener AN sicherzustellen.⁷⁹⁰

Schlussendlich wurden auch Zweifel an der Vereinbarkeit eines Verbots langfristiger Überlassungen mit dem Primärrecht, genauer mit Art 16 GRC geäußert.⁷⁹¹ Vor dem Hintergrund der Rs *Alemo-Herron* wurden diese Zweifel wiederholt, das Verbot der Dauerüberlassung greife in die unternehmerische Freiheit sogar noch stärker ein, als die vom EuGH in diesem Verfahren abgelehnte Bindung an eine dynamische Verweisung bei Betriebsübergang.⁷⁹² Umgekehrt kann man aber mit Art 31 GRC argumentieren, auf den im ErwGr 1 der RL hingewiesen wird,⁷⁹³ wonach den AN sichere und würdige Arbeitsbedingungen zu gewähren sind.

Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gehen aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über.“

⁷⁸⁸ *Lembke*, BB 2012, 2500; Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.06.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl L 1999/175, 43. Anhang § 5.

⁷⁸⁹ *Lembke*, BB 2012, 2500.

⁷⁹⁰ Vgl in diese Richtung *Zappalà*, Legislative and Judicial Approaches to Temporary Agency Work in EU Law – An Historical Overview, in *Ahlberg/Bercusson/Bruun/Kountouris/Vigneau/Zappalà* (Hrsg), Transnational Labour Regulation, A Case Study of Temporary Agency Work (2008) 155 (161): “As Directive 91/383 refers exclusively to health and safety measures for temporary workers, it contains no indications as to the need for objective reasons legitimising the recourse to temporary employment”.

⁷⁹¹ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 634; *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2014, 32.

⁷⁹² *Thüsing*, NZA 2013, 1248; zur Vorlagepflicht des BAG.

⁷⁹³ *Brors*, AuR 2013, 111.

4. Historische Auslegung

Strittig ist, ob sich aus der Entstehungsgeschichte der Leiharbeits-RL etwas zur Auslegung des Wortes „vorübergehend“ und den Rechtsfolgen ableiten lässt. Teilweise wird gesagt, die Entstehung weist nicht auf einen bestimmten Regelungszweck hin.⁷⁹⁴ Aus dem mehrmaligen Wechsel der Begrifflichkeit („zeitweilig“, „befristet“) bis zur Einigung auf „vorübergehend“ wird von manchen abgeleitet, dass eine Lösung, die dem Merkmal keine Bedeutung zugesteht, abzulehnen ist.⁷⁹⁵ *Lembke* leitet aus Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL ab, dass die RL das „deutsche Modell“ der Arbeitskräfteüberlassung übernehme, diesem Modell liege die Zulässigkeit der Dauerüberlassung zugrunde.⁷⁹⁶

Die Kommission hat zur Beobachtung der Umsetzung der Leiharbeits-RL eine Expertengruppe eingesetzt. Die Rechtsmeinung dieser Expertengruppe ist aber allenfalls faktisch und durch die Überzeugungskraft etwaiger Argumente von Bedeutung. Sie hat einen Report⁷⁹⁷ verfasst, der auch zum Problem der Überlassungsdauer Stellung nimmt. Der Report scheint davon auszugehen, dass die dauerhafte Überlassung nicht vom Anwendungsbereich der RL erfasst ist. Auf die Frage „Does the Directive apply to businesses who act as intermediaries on the labour market?“, wird geantwortet: “[...] the Directive only covers situations where the very purpose of employing workers is to assign them to a user undertaking in order to work there temporarily.” Interessant ist die Begründung dieser Ausnahme: “It is clear from the wording of the Directive that businesses whose function is to introduce workers to companies willing to recruit permanent staff are not covered by it. Indeed, in such a situation, the business concerned only acts as an intermediary: the worker becomes the employee of the hirer and subsequently has no contractual relationship with the intermediary.” Die Expertengruppe geht also davon aus, dass bei der permanenten Rekrutierung von AN ein Arbeitsvertrag zum (vermeintlichen) Beschäftiger besteht. Es wird allerdings nicht ausdrücklich gesagt, dass diese Rechtsfolge bereits von der RL vorgegeben wird.

⁷⁹⁴ *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 488; *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632; *Lembke*, BB 2012, 2500; *Krannich/Simon*, BB 2012, 1415.

⁷⁹⁵ *Hamann*, EuZA 2009, 311; *Hamann*, RdA 2011, 324; *Bartl/Romanowski*, NZA Online Aufsatz 3/2012, 2; *Sansone*, Gleichstellung 459 f.

⁷⁹⁶ *Lembke*, DB 2011, 415; *Lembke* BB 2012, 2501.

⁷⁹⁷ *European Commission*, Report: Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work (2011).

Scheinbar unabhängig von diesen Ausführungen stellt sich die Expertengruppe außerdem folgende Frage: „Does the Directive apply regardless of the duration of assignments?“ Diese Frage wird bejaht: „Although definitions in Article (3) use the word "temporarily", there is no limitation to the duration of assignments. Practice differs in different Member States and economic sectors as to the length of assignments, which may be for instance a matter of days in certain situations, while in other cases they may last a number of months. In all these situations the assignment remains of a temporary character.“ Erwähnt wird zwar nicht ausdrücklich die mehrjährige Überlassung, die Dauer an sich soll aber anscheinend keine Rolle spielen. Wie passen die beiden Aussagen des Reports nun zueinander? Offensichtlich verstehen die Verfasser unter „vorübergehend“ keine zeitliche Beschränkung, sondern wollen nur „permanente“ Überlassungen ausnehmen, bei letzteren soll aber offensichtlich ein Vertrag zum Beschäftigten entstehen. Wann eine Überlassung „permanent“ ist, wird nicht genauer definiert, die Stellungnahme kann aber so verstanden werden, dass das Pay-Roll-System (dazu unten 4. Teil) ein solcher Fall ist („[...] the business concerned only acts as an intermediary“).

5. Normzweck

Unabhängig von den Zwecken, die die RL inhaltlich verfolgt, wird gesagt, sie bezwecke eine abschließende Regelung der Leiharbeit, daraus wird ein Verbot der Dauerüberlassung abgeleitet.⁷⁹⁸

Die inhaltlichen Zwecke der RL zur Vornahme der teleologischen Interpretation werden aus den ErwGr abgeleitet. Aus dem ErwGr 18 folge, dass die RL Verboten der Leiharbeit grds kritisch gegenübersteht.⁷⁹⁹ Eine Einschränkung ist nur bei Gründen des Allgemeininteresses erlaubt, ein solcher Grund für ein pauschales Verbot der nicht vorübergehenden Überlassung sei nicht ersichtlich.⁸⁰⁰

Brors hat darauf hingewiesen, dass in den ErwGr einerseits der Schutz der AN (ErwGr 14 & 15) und deren Anspruch auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen gem Art 31 GRC erwähnt wird (ErwGr 1), andererseits aber auch der Flexibilitätsbedarf der Unternehmer (ErwGr 8, 9 & 11).⁸⁰¹ Dieser (scheinbare) Widerspruch ist auch im Normtext selbst, in Art 2 der RL ausformuliert: „Ziel dieser

⁷⁹⁸ *Düwell*, ZESAR 2011, 450.

⁷⁹⁹ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 633.

⁸⁰⁰ *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 487.

⁸⁰¹ *Brors*, AuR 2013, 111.

Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeiter zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gemäß Artikel 5 gesichert wird und die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen.“

Den beiden Zwecken wird dann in den Stellungnahmen unterschiedliche Bedeutung beigemessen. Da Dauerüberlassungen Nachteile für die AN nach sich ziehen könnten, meinen manche, deren Verbot diene dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes.⁸⁰² Teilweise wird aber auch ausdrücklich gesagt, das in Art 2 formulierte Ziel werde durch die Zulässigkeit von Dauerüberlassungen nicht gefährdet.⁸⁰³ Auf Basis der Annahme, der Anwendungsbereich der RL erfasse nicht die Dauerüberlassung, wird vorgebracht, eine Argumentation mit dem Arbeitnehmerschutz sei nicht möglich, da dieser wiederum nur im Anwendungsbereich der RL gelte.⁸⁰⁴ Das ist wohl ein Zirkelschluss, wenn unter Berücksichtigung der Schutzzwecke erst der Anwendungsbereich ermittelt werden soll.

Zentral ist die Frage, welche Flexibilisierung die RL fördern will.⁸⁰⁵ Bei vorübergehenden Überlassungen ist die dadurch erreichte Flexibilität leichter nachzuvollziehen, als bei Dauerüberlassungen. Es wird darauf hingewiesen, dass ErwGr 11 den „Flexibilitätsbedarf“ würdigt, nicht den „Dauerbedarf“ der Unternehmer.⁸⁰⁶ Dazu ist allerdings zu bemerken, dass auch einfach zu beendende Dauerüberlassungen für Unternehmen eine begrüßenswerte Flexibilitätssteigerung bedeuten werden. Im deutschen Arbeitsrecht, wie gezeigt wurde aber (wahrscheinlich) auch in Österreich, dient die Dauerüberlassung insb der Kostensenkung. Ob auch die Kostensenkung ein von der RL geschützter Flexibilitätsgewinn ist, wird unterschiedlich beantwortet. Teilweise wird gesagt, es sei nicht Zweck der RL eine Personalkostensenkung zu verhindern.⁸⁰⁷ Aus Stellungnahmen aus der Entstehungsgeschichte der RL wird aber überzeugend abgeleitet,

⁸⁰² Sansone, Gleichstellung 462 f.

⁸⁰³ Lembke, BB 2012, 2501.

⁸⁰⁴ Thüsing/Stiebert, DB 2012, 634.

⁸⁰⁵ Brors, AuR 2013, 112.

⁸⁰⁶ Bartl/Romanowski, NZA Online Aufsatz 3/2012, 2.

⁸⁰⁷ Ludwig, BB 2013, 1279.

dass ein schützenswerter Flexibilitätsbedarf erst durch vorübergehenden Arbeitsanfall und dadurch schwankenden Personalbedarf entsteht.⁸⁰⁸

Die oben dargestellten Überlegungen zu Art 6 RL, also der Gedanke, dass ein Verbot der Dauerüberlassung die Übernahme in die Stammebelegschaft fördert, kann ebenso als Teil der teleologischen Auslegung gesehen werden. Die RL sieht in der Übernahme in die Stammebelegschaft offensichtlich einen (schützenswerten) Zweck der Arbeitskräfteüberlassung, der durch Dauerüberlassungen gehindert wird.

Mit dem Zweck der Leiharbeits-RL wird insb gegen die Ansicht argumentiert, die nicht vorübergehende Überlassung sei vom Geltungsbereich der RL ausgenommen. *Rieble/Vielmeier* halten dieses Ergebnis für „widersinnig“, die Ausnahme würde zu einem „Unterbietungswettbewerb“ zwischen den Mitgliedstaaten führen und würde außerdem dem Schutzkonzept der RL widersprechen.⁸⁰⁹ *Düwell* beruft sich auf ErwGr 23, in dem darauf hingewiesen wird, dass der Schutz der Leiharbeitnehmer „besser auf Gemeinschaftsebene zu verwirklichen ist, und zwar durch Einführung von Mindestvorschriften, die in der gesamten Europäischen Gemeinschaft Geltung besitzen“.⁸¹⁰ Ließe die RL die Dauerüberlassung unregelt, würde dieses Ziel für diese Gruppe nicht erreicht.⁸¹¹ Der Schutzzweck der RL verlangt nach *Boemke*, dass dauerhafte Überlassene „erst Recht“⁸¹² der RL unterliegen.⁸¹³ Auch nach *Lembke* würde das Herausfallen der Dauerüberlassung aus dem Anwendungsbereich RL deren Zweck widersprechen, denn mit zunehmender Dauer der Überlassung würden die AN ein immer höheres Maß an Gleichbehandlung mit StammAN erwarten.⁸¹⁴ *Bartl/Romanowski* lehnen ebenfalls eine Ausnahme der dauerhaft Überlassenen vom Anwendungsbereich ab, diese seien gerade eine „besonders schutzbedürftige Gruppe“.⁸¹⁵ Ähnlich argumentiert auch *Schindler*.⁸¹⁶ Diesem Größenschluss, also der Überlegung, dass nicht vorübergehende Überlassungen einen noch größeren Schutzbedarf schaffen, widersprechen *Thüsing/Stiebert*.⁸¹⁷ Den LeihAN werde bei dauerhaften Überlassungen weniger

⁸⁰⁸ *Brors*, AuR 2013, 112; *Brors/Schüren*, Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern 17 f.

⁸⁰⁹ *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 487, 489.

⁸¹⁰ *Düwell*, ZESAR 2011, 450.

⁸¹¹ *Düwell*, ZESAR 2011, 450.

⁸¹² *Giesen*, FA 2012, 66: „Erst-recht-Schluss“.

⁸¹³ *Boemke*, RIW 2009, 179.

⁸¹⁴ *Lembke*, DB 2011, 415; *Lembke*, BB 2012, 2501.

⁸¹⁵ *Bartl/Romanowski*, NZA Online Aufsatz 3/2012, 2.

⁸¹⁶ *Schindler* in *Raschauer/Resch* 31 f.

⁸¹⁷ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 634.

Flexibilität abverlangt als bei herkömmlichen Überlassungen. Dem kann entgegengehalten werden, dass ein dauerhaft überlassener AN ja ex ante nicht beurteilen kann, wie lange er überlassen ist. Die Angst vor dem Ende der Überlassung kann dann mit der Einbindung in den Beschäftigterbetrieb abnehmen, sie wird bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten aber wieder aufleben. Die Dauer der Überlassung kann den AN nur in trügerischer Sicherheit wiegen, weil eine abrupte Beendigung immer droht. *Giesen* lehnt den Größenschluss ebenfalls ab, die Ausnahme solle für diesen Bereich die Kompetenz der Mitgliedstaaten erhalten.⁸¹⁸ Dieses Argument ist deshalb wenig überzeugend, weil den MS auch im Anwendungsbereich der RL jedenfalls die Möglichkeit bleibt, strengere Regelungen vorzusehen (Art 9 Abs 1 Leiharbeits-RL).

6. Arbeitskräfteüberlassung in der Rechtsprechung des EuGH

Schlussendlich wird der EuGH über die Auslegung der Leiharbeits-RL entscheiden. Es ist auch bereits ein Verfahren anhängig, in dem sich die Gelegenheit dazu bietet.⁸¹⁹ In der Rs *Akt/Öljytuote* geht es um die Beschränkung der Überlassungsdauer.⁸²⁰ Allerdings wird in diesem Verfahren die Frage der Höchstdauer sozusagen „unter umgekehrten Vorzeichen“ diskutiert. Das vorlegende finnische Gericht fragt nämlich nicht, ob die RL ein Verbot der Dauerüberlassung verlangt. Stattdessen legt es die Frage vor, ob es Art 4 Abs 1 der Leiharbeits-RL zulässt, dass im nationalen Recht (womöglich durch Tarifvertrag) Leiharbeit nur in bestimmten Fällen zulässig ist („Ausgleich von Arbeitsspitzen oder bei Arbeiten, die nicht durch eigene Arbeitnehmer eines Unternehmens erledigt werden können“) und außerdem der „längerfristige Einsatz von Leiharbeitnehmern neben den eigenen Arbeitnehmern eines Unternehmens im Rahmen der gewöhnlichen Arbeitsaufgaben des Unternehmens als verbotener Einsatz von Leiharbeitskräften eingestuft“ wird. Es wird also gefragt, ob die RL eine Einschränkung der längerfristigen Leiharbeit erlaubt, und nicht, ob sie diese Einschränkung gebietet.

Thüsing/Stiebert meinen zu Recht, der EuGH habe in diesem Verfahren „die Chance zu einer Grundsatzentscheidung, die das Recht der Leiharbeit maßgeblich beeinflussen kann.“⁸²¹ Selbst wenn der EuGH die Frage, ob die RL nicht vorübergehende

⁸¹⁸ *Giesen*, FA 2012, 66.

⁸¹⁹ *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014).

⁸²⁰ Vorabentscheidungsersuchen, 09.10.2013, C-533/13, *Akt*; vgl dazu *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2014, 31.

⁸²¹ *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2014, 32.

Überlassungen verbietet, nicht beantwortet, wird das Urteil auf diese Fragestellung Auswirkungen haben. Die Vorjudikatur spielt bei E des EuGH eine große Rolle. Das bezieht sich nicht nur auf die *rationes decidendi*, auch allg Aussagen, die der EuGH in Vorentscheidungen getätigt hat, beeinflussen oft nachfolgenden E.⁸²²

Dementsprechend soll im Folgenden untersucht werden, ob sich aus der bisherigen Judikatur des EuGH zur Leiharbeit etwas zu der hier diskutierten Fragestellung ableiten lässt.⁸²³ Dabei kann zum einen nach einer einheitlichen Definition der Arbeitskräfteüberlassung in der Judikatur gesucht werden. Interessant ist, ob diese dann das Merkmal „vorübergehend“ enthält. Zum anderen sind den E vllt Hinweise auf die Meinung des Unionsrechts zur Funktion, dem Zweck und den Risiken der Leiharbeit zu entnehmen, was wiederum Rückschlüsse auf die Beurteilung von Dauerüberlassungen ermöglichen könnte. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass man nicht vorschnell aus Einzelentscheidungen des EuGH ein System oder zu allgemeine Aussagen ableiten sollte.⁸²⁴

In der E *Manpower*⁸²⁵ ging es darum, ob eine französische Krankenkasse für einen von Frankreich nach Deutschland überlassenen AN zuständig ist. Juristisch stellt sich die Frage, ob die Überlassung der „normalen“ Entsendung gleichzuhalten ist. Die Kommission möchte in ihrer Stellungnahme darauf abstellen, ob die „organische Verbindung“ zwischen dem Überlasser und dem AN weiterbesteht. Der EuGH schildert am Beginn seiner Entscheidungsgründe die vorliegende Konstruktion der Arbeitskräfteüberlassung aus den Akten. Ua führt er an, dass die Überlassungen „zur Deckung eines vorübergehenden Bedarfs an Fachkräften“ erfolgt (Rz 3). Der EuGH bejaht schlussendlich die Gleichstellung mit der „normalen“ Entsendung, insb weil der Überlasser der „alleinige Arbeitgeber“ bleibe. Die weiterbestehende Abhängigkeit des AN von dem Überlasser zeige sich insb bei der Entgeltleistung durch diesen und durch dessen Recht, den AN zu entlassen (Rz 17-21).

⁸²² *Rebhahn* in *Klang I*³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz 114.

⁸²³ Vgl allg zur Bedeutung von früheren E in der Auslegung durch den EuGH *Rebhahn*, Europäisches Arbeitsrecht, in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre³ (erscheint 2014) Rz 7.

⁸²⁴ Vgl allg zum richtigen Umgang mit der Rsp des EuGH *Rebhahn* in *Klang I*³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz 114 ff.

⁸²⁵ EuGH 17.12.1970, 35/70, *Manpower*, Slg 1970, 01251. Davor wurden Leiharbeitsverhältnisse auch im Verfahren *Van der Vecht* erwähnt, der EuGH geht in seinem Urteil darauf aber nicht ein; EuGH 05.12.1967, 19/67, *Van der Vecht*, Slg 1967, 00445. Das Urteil EuGH 10.02.2000, C-202/97, *FTS*, Slg 2000, I-00883 knüpft an der E *Manpower* an. Der EuGH ergänzt darin insb wie zu prüfen ist, in welchem Mitgliedstaat ein Zeitarbeitsunternehmen seine Geschäftstätigkeit gewöhnlich ausübt (Rz 34 ff). Vgl zur Diskriminierung iZm einer möglichen Leiharbeit EuGH 13.01.2004, C-256/01, *Allonby*, Slg 2004, I-00873.

In der E *Webb*⁸²⁶ ging es um eine Regelung im niederländischen Recht, wonach die Überlassung von AN die Genehmigung des zuständigen Ministers voraussetzt. Ein britisches Unternehmen überlässt AN „für eine bestimmte Zeit“ (Rz 5) ohne eine solche Genehmigung und wird deshalb von den niederländischen Behörden verfolgt, obwohl es eine Genehmigung nach britischem Recht besitzt. In seiner Stellungnahme weist die niederländische Regierung darauf hin, dass die Überlassung in den Niederlanden ua grds „auf einen Zeitraum von höchstens drei Monaten begrenzt“ ist. Das britische Recht (anders als „die meisten Mitgliedstaaten“) kenne keine solche zeitliche Begrenzung, weswegen die beiden Regelungen nicht vergleichbar seien. Der EuGH entscheidet, dass die Überlassung unter die Dienstleistungsfreiheit fällt (Rz 9 ff). Zur Zulässigkeit der niederländischen Regelung führt er aus, „dass die Überlassung von Arbeitnehmern einen aus beruflicher und sozialer Sicht besonders sensiblen Bereich darstellt. Wegen der Besonderheiten der mit dieser Art von Tätigkeit verbundenen Arbeitsbeziehungen wirkt sich die Ausübung dieser Tätigkeit unmittelbar sowohl auf die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt als auch auf die berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmer aus“ (Rz 18). Es sei daher grds zulässig Genehmigungsregeln einzuführen, wenn dabei die Nachweise und Sicherheiten, die im Niederlassungsstaat erbracht werden, berücksichtigt werden. „In Anbetracht [...] der Verschiedenheit der Beurteilungsmaßstäbe, die an diese Art von Tätigkeit angelegt werden, kann dem Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht werden soll, nicht das Recht abgesprochen werden, eine Genehmigung zu verlangen“ (Rz 19).

In der E *Rush Portuguesa*⁸²⁷ ging es um ein portugiesisches Bauunternehmen, das auf einer Baustelle in Frankreich portugiesische AN einsetzt und damit gegen französisches Recht verstößt. Zu diesem Zeitpunkt war nach dem Beitrittsvertrag mit Portugal grds bereits die Dienstleistungsfreiheit anwendbar, die Arbeitnehmerfreizügigkeit allerdings nur teilweise. Nach Ansicht des EuGH verlangt die Dienstleistungsfreiheit, dass *Rush Portuguesa* seine Tätigkeit in Frankreich ausüben darf. Scheinbar in einem obiter dictum ergänzt der EuGH allerdings, dass die Beitrittsakte demgegenüber eine Beschränkung der Überlassung zulassen (Rz 16). Das deshalb, weil „ein Unternehmen, das Dritten Arbeitskräfte überlässt, zwar Erbringer von Dienstleistungen im Sinne des Vertrages ist, jedoch Tätigkeit ausübt, die gerade darin bestehen, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats Arbeitnehmer zuzuführen.“ Bei dem Zugang portugiesischer AN

⁸²⁶ EuGH 17.12.1981, C-279/80, *Webb*, Slg 1981, 03305.

⁸²⁷ EuGH 27.03.1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, Slg 1990, I-01417.

zum Arbeitsmarkt anderer MS bestehe „die Gefahr einer Störung des Arbeitsmarkts“ (Rz 14). In der Folge müsse es den MS ermöglicht werden, zu überprüfen, ob eine Überlassung vorliege (Rn 17). Dieses Kontrollrecht des Empfangsstaats, ob eine Überlassung vorliegt, wiederholt der EuGH (scheinbar ebenfalls als obiter dictum) auch in anderen E.⁸²⁸

In der E *Kommission/Deutschland*⁸²⁹ aus 2001 ging es ua um eine Bestimmung, wonach Bauunternehmen aus anderen MS nur dann AN überlassen dürfen, wenn sie dem deutschen Tarifvertrag unterliegen. Für ausländische Unternehmen bedeutet das, dass sie eine Niederlassung in Deutschland benötigen. Der EuGH entscheidet, dass der soziale Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes diese Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen kann. Das Erfordernis einer Niederlassung im Empfangsstaat ist zum Erreichen dieses Ziels nicht notwendig. Auf die Besonderheiten der Überlassung geht der EuGH nicht ein, ebenso fehlt eine Stellungnahme zur Definition der Arbeitnehmerüberlassung. Er erwähnt nur, dass sie auch von der Dienstleistungsfreiheit erfasst wird (Rn 18).

Auch in der E *Kommission/Italien*⁸³⁰ ging es um eine Beschränkung der Arbeitskräfteüberlassung. Das italienische Recht sah vor, dass ein Zeitarbeitsunternehmen einen Sitz oder eine Zweigniederlassung in Italien errichten muss und eine hohe Sicherheit bei einem in Italien ansässigen Kreditinstitut leisten muss. Die italienische Regierung rechtfertigte das damit, dass die Überlassung, wie im Urteil *Webb* anerkannt, einen „aus beruflicher und sozialer Sicht besonders sensiblen Bereich darstelle, und [...] in erheblichem Maße durch Betrug und Verletzung von Arbeitnehmerrechten gekennzeichnet sei“ (Rz 14). Nach Ansicht des EuGH überschreitet die Niederlassungspflicht jedenfalls das Maß des Erforderlichen. Auch die Sicherheitsleistung verstößt gegen die Dienstleistungsfreiheit, weil vergleichbare Verpflichtungen, denen die grenzüberschreitenden Überlasser bereits in einem anderen Mitgliedsstaat unterliegen, nicht berücksichtigt werden. Zudem beschränkt diese Verpflichtung den Kapitalverkehr und diskriminiert Kreditinstitute aus anderen Mitgliedsstaaten. Auch in diesem Urteil

⁸²⁸ EuGH 21.10.2004, C-445/03, *Kommission/Luxemburg*, Slg 2004, I-10191 Rz 39; EuGH 19.01.2006, C-244/04, *Kommission/Deutschland*, Slg 2006, I-00885 Rz 40 (ohne expliziten Hinweis auf die Überlassung); EuGH 21.09.2006, C-168/04, *Kommission/Österreich*, Slg 2006, I-09041 Rz 56.

⁸²⁹ EuGH 25.10.2001, C-493/99, *Kommission/Deutschland*, Slg 2001, I-08163. Neben den folgenden Ausführungen entscheidet der EuGH auch, dass die deutschen Voraussetzungen für die Begründung einer Zweigniederlassung für Bauunternehmen gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.

⁸³⁰ EuGH 07.02.2002, C-279/00, *Kommission/Italien*, Slg 2002, I-01425.

nimmt der EuGH zum Wesen und zu den Besonderheiten der Überlassung keine Stellung, er berücksichtigt das nicht bei seiner Prüfung.

In dem österr Vorabentscheidungsverfahren *Jouini*⁸³¹ ging es um ein Ehepaar, das kurz vor dem Konkurs ihres ersten Überlassungsunternehmens ein zweites Überlassungsunternehmen gründet. Das neue Unternehmen übernimmt einen Teil der Kunden, Verwaltungspersonal und ein Drittel der AN. Die übernommenen AN klagen nun auf Basis eines Betriebs(teil)übergangs auf eine Haftung des neuen Unternehmens auch für alte Ansprüche. Der OGH legte dem EuGH die Frage vor, ob es sich um einen Betriebsübergang handelt. Der EuGH leitet aus der Bestimmung der Betriebsübergangs-RL,⁸³² die den Anwendungsbereich auf Leiharbeitsverhältnisse explizit ausdehnt, ab, dass auf die Besonderheiten dieser Tätigkeit Rücksicht genommen werden muss (Rz 33). Da es bei Überlassungsunternehmen keine abgrenzbare Organisationsstruktur gebe, sei für das Vorliegen eines Betriebsübergangs stattdessen zu prüfen, ob all jene Betriebsmittel übertragen wurden, die es dem Erwerber ermöglichen, die Dienstleistung weiter zu erbringen. Bei der Prüfung, welche Betriebsmittel das sind, führt der EuGH allg zur Tätigkeit von Überlassern aus, „dass sie entleihenden Unternehmen Arbeitnehmer vorübergehend zur Verfügung stellen, damit diese dort verschiedene Aufgaben entsprechend den Bedürfnissen und nach Anweisung dieser entleihenden Unternehmen wahrnehmen“ (Rz 35). Auf diese Definition der Überlassung als „vorübergehend“, wird bei der aktuellen Diskussion der Überlassungsdauer hingewiesen.⁸³³ Die E zeige, dass der EuGH selbst ohne gesetzliche Verankerung die vorübergehende Natur der einzelnen Überlassungen als „Kennzeichen“ der Leiharbeit sieht.⁸³⁴ Umgekehrt wird aber auch gesagt, die E, ebenso wie die RL, beschreibe damit nur das „Normale“, ohne daran Rechtsfolgen zu knüpfen.⁸³⁵

Im Verfahren *RANI Slovakia*⁸³⁶ ging es um eine ungarische Bestimmung, wonach Überlassung nur durch Unternehmen mit Sitz im Inland durchgeführt werden darf. Der EuGH definiert die Überlassung als „l’activité consistant, pour une entreprise, à mettre à disposition, contre rémunération, de la main-d’oeuvre qui reste au service de ladite

⁸³¹ EuGH 13.09.2007, C-458/05, *Jouini*, Slg 2007, I-07301.

⁸³² RL 2001/23 Art 2 Abs 2 lit c).

⁸³³ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 633; *Sansone*, Gleichstellung 461; *Baril/Romanowski*, NZA Online Aufsatz 3/2012, 2.

⁸³⁴ *Sansone*, Gleichstellung 462.

⁸³⁵ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 633.

⁸³⁶ EuGH 16.06.2010, C-298/09, *RANI Slovakia*, Slg 2010, I-00081.

entreprise sans qu'aucun contrat de travail soit conclu avec l'utilisateur de cette main-d'oeuvre“, und hält fest, dass diese unter die Dienstleistungsfreiheit fällt (Rz 36). Nach Ansicht des EuGH kann das Niederlassungserfordernis mit der Entsende-RL nicht begründet werden. Auch der AN-Schutz könne die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen (Rz 56).⁸³⁷ Wiederum nimmt der EuGH nicht auf ein besonderes Schutzbedürfnis überlassener AN Bezug, er weist nur darauf hin, dass die Entsende-RL explizit auch grenzüberschreitende Überlassungen erfasst und auch hier einen Mindestschutz der AN verlangt (Rz 57).

Schon vor der Rs *Albron*, auf die sogleich eingegangen wird, wurde an den EuGH in der Rs *Briot*⁸³⁸ der Sachverhalt des Betriebsübergangs eines Beschäftigten herangetragen. Genauer ging es um einen AN, der zur Arbeit in einem Restaurant an den Rat der Europäischen Union überlassen wurde. Später überträgt der Rat die Führung des Restaurants auf Sodexo. Das befristete AV des AN endet kurz vor der Übertragung durch Fristablauf. Der AN begehrt ua Entlassungsschädigung, weil die Beendigung gegen die Betriebsübergangs-RL verstoßen hätte. Er beruft sich insb darauf, dass sein Fall aufgrund der (unregelmäßigen) Überlassung an denselben Entleiher über drei Jahre anders zu beurteilen sei als die Überlassung von AN, „die regelmäßig verschiedenen entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt“ werden (Rz 25). Der EuGH geht darauf nicht ein, der Anspruch scheitere bereits daran, dass die Nichtverlängerung eines befristeten AV nicht gegen die Betriebsübergangs-RL verstößt.

Von allen Urteilen des EuGH zur Arbeitskräfteüberlassung hat wohl die E *Albron*⁸³⁹ am meisten Aufmerksamkeit erregt. In der E ging es um den Heineken-Konzern, in dem sämtliches Personal bei einer Personalführungsgesellschaft angestellt ist, die die AN dann an die verschiedenen Konzerngesellschaften überlässt. Die Aufgabe einer der Konzerngesellschaften wird sodann auf das Unternehmen Albron übertragen, das nicht zum Konzern gehört. Es stellt sich die Frage, ob die AN, die bisher an diese Konzerngesellschaft überlassen waren, nun im Rahmen des Betriebsübergangs auf Albron übergehen. Das wesentliche Hindernis dieses Anspruchs ist, dass die Konzerngesellschaft, deren Tätigkeit auf Albron übertragen wird, nicht vertraglicher AG der überlassenen AN ist. Der EuGH entscheidet, dass dies dem Anspruch aus dem Betriebsübergang nicht

⁸³⁷ Es ist auch unerheblich, dass die gegenständliche Regelung bereits bei Beitritt des Staats in Kraft war.

⁸³⁸ EuGH 15.09.2010, C-386/09, *Briot*, Slg 2010, I-08471.

⁸³⁹ EuGH 21.10.2010, C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309.

entgegensteht. Der EuGH bezeichnet den Beschäftiger im Urteil durchgehend als „nichtvertraglichen Arbeitgeber“, er stehe „ungeachtet des Fehlens vertraglicher Beziehungen“ in einem Arbeitsverhältnis mit den überlassenen AN.⁸⁴⁰ Aufgrund des Wortlauts der RL („Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis“) und des ErwGr 3 („Inhaberwechsel“) könne auch der Beschäftiger Veräußerer iSd RL sein. Die wesentliche Rechtsfolge wird vom EuGH nicht ausdrücklich erwähnt, sie besteht aber (wahrscheinlich)⁸⁴¹ darin, dass der Erwerber des Beschäftigerbetriebs vertraglicher AG des (ehemals überlassenen) AN wird.⁸⁴²

Was sagt das Urteil *Albron* zur Definition der Arbeitskräfteüberlassung und zur Dauerüberlassung? Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Urteil noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Leiharbeits-RL getroffen wurde. Festzuhalten ist, dass sich die Ausführungen des EuGH wohl nicht nur auf Personalführungsgesellschaften beziehen. Das vorliegende Gericht hatte gesondert gefragt, wie die Rechtslage hinsichtlich der Überlassung durch eine Gesellschaft ist, die keine Personalführungsgesellschaft ist. Nach dem EuGH sind die beiden Fragen gemeinsam zu prüfen (Rz 20), er stellt in seinen Ausführungen, soweit zu sehen, auch nicht auf die Besonderheit einer Personalführungsgesellschaft ab.⁸⁴³ Nach *Willemsen* ist der SV der E aber in zweierlei Hinsicht ein Sonderfall und seine Lösung deshalb nicht auf „normale“ Überlassungen übertragbar.⁸⁴⁴ Zum einen aufgrund des Konzernsachverhalts,⁸⁴⁵ zum anderen aber auch aufgrund des „dauerhaften Auseinanderklaffens“ (Hervorhebung im Original) der Arbeitgeberstellung zwischen Überlasser und Beschäftiger.⁸⁴⁶ Auch *Greiner* sieht die E *Albron* erkennbar in Zusammenhang mit dem „Topos der ‚ständigen‘ Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen“.⁸⁴⁷ Von Interesse ist in der vorliegenden Arbeit, inwieweit die Überlassungsdauer für die E von Bedeutung war.

⁸⁴⁰ Kritisch *Willemsen*, Erosion des Arbeitgeberbegriffs nach der *Albron*-Entscheidung des EuGH?, NJW 2011, 1546 (1548).

⁸⁴¹ Zweifelnd *Forst*, Leiharbeiternehmer im Betriebsübergang, RdA 2011, 228 (232 ff), der einen Übergang des „Leiharbeitsverhältnisses“ und damit zusammenhängend des Überlassungsvertrags auf den Erwerber bejaht.

⁸⁴² Vgl zur Rechtsfolge *Raab*, Betriebsübergang und Leiharbeit, EuZA 2011, 537 (550 f).

⁸⁴³ Nach *Willemsen*, NJW 2011, 1551 lässt sich aus dem Urteil daher nicht die Unionsrechtswidrigkeit von Personalführungsgesellschaften ableiten.

⁸⁴⁴ *Willemsen*, NJW 2011, 1549 f; *Bauer/von Medem*, § 613 a BGB: Übergang von Leiharbeitsverhältnissen bei Übertragung des Entleiherbetriebs?, NZA 2011, 20 (22 f).

⁸⁴⁵ AA *Forst*, RdA 2011, 230.

⁸⁴⁶ *Willemsen*, NJW 2011, 1549.

⁸⁴⁷ *Greiner*, Zwischen Küçük, *Albron* Catering, Della Rocca und Cartesio, NZA 2014, 284 (288).

Jedenfalls für den GA spielt die Überlassungsdauer eine wesentliche Rolle für die Beurteilung des Sachverhalts:⁸⁴⁸

„42. Zunächst steht ein Arbeitnehmer, der im Rahmen von Beziehungen zwischen Gesellschaften desselben Konzerns rechtlich bei einer Gesellschaft dieses Konzerns beschäftigt ist und ständig für eine andere Gesellschaft dieses Konzerns arbeitet, zu Letzterer in einem festen Verhältnis, das weitgehend mit dem vergleichbar ist, das bestünde, wenn er unmittelbar von dieser Gesellschaft eingestellt worden wäre.

43. Zum einen ist nämlich ein solcher Arbeitnehmer in die Struktur dieser Gesellschaft, bei der er verwendet wird, eingebunden und leistet einen Beitrag bei der Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit. Zum anderen verleiht die Dauerhaftigkeit seiner Verwendung dem Arbeitsverhältnis mit dieser Gesellschaft dieselbe Dauer, wie sie sich aus dem Arbeitsvertrag mit der Anstellungsgesellschaft ergibt. Die Gesellschaft der Verwendung verfügt auf diese Weise auf unbestimmte Zeit über einen Arbeitnehmer, den sie nach ihren Bedürfnissen ausbilden kann. Darüber hinaus profitiert sie von der Erfahrung dieses Arbeitnehmers, die in Ausführung seiner Aufgaben in ihrem Dienst erworben wird, gegebenenfalls für die gesamte Dauer seines Berufslebens, wie sie es tun könnte, wenn sie rechtlich sein Arbeitgeber wäre.“

Dem stellt er das Modell der Leiharbeit gegenüber, bei dem ein AN vom Überlasser ausgewählt wird und dem Beschäftiger „nur vorübergehend zur Verfügung gestellt“ wird (Rz 44). Er beruft sich dazu auf die beiden Leiharbeits-RL. Der GA leitet aus den RL also ab, dass die vorübergehende Dauer ein Merkmal der Leiharbeit ist. Zuletzt wiederholt er (Rz 55):

„Wie wir gesehen haben, kommt es für die erörterte Frage hinsichtlich der Anwendbarkeit der Richtlinie 2001/23 entscheidend auf die Beständigkeit des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer und der übertragenen wirtschaftlichen Einheit an. In der vorliegenden Rechtssache bereitet die Beurteilung dieser Beständigkeit keine Schwierigkeiten, da der in Rede stehende Arbeitnehmer seit seiner Einstellung ständig für die übertragene Gesellschaft tätig gewesen ist.“

Der EuGH scheint das Abstellen auf die Überlassungsdauer zumindest in Ansätzen vom GA zu übernehmen.⁸⁴⁹ Er bezieht sich im Urteil zwar nicht explizit auf die Überlassungsdauer, er erwähnt aber, dass die AN an die Konzerngesellschaft „ständig

⁸⁴⁸ Schlussanträge des Generalanwalts Bot, 03.06.2010, C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309.

⁸⁴⁹ *Bauer/von Medem*, NZA 2011, 21; *Willemsen*, NJW 2011, 1549.

überstellt“ (Rz 26) bzw. „ständig abgestellt“ waren (Rz 32). Allerdings ist zu bedenken, dass der EuGH zu seinem Ergebnis durch eine Auslegung der Betriebsübergangs-RL kommt und nicht, wie in der deutschen Lehre teilweise vorgeschlagen,⁸⁵⁰ über die Annahme eines Rechtsmissbrauchs im Anlassfall. Dem Urteil kann daher, anders als dem SA, nicht entnommen werden, dass die Dauerüberlassung keine Leiharbeit iSd Leiharbeits-RL ist. Dennoch lassen sich aus der E *Albron* vorsichtig zwei Tendenzen ableiten. Erstens eine gewisse Skepsis des EuGH gegenüber Dauerüberlassungskonstruktionen iZm konzernerneigenen Verleihunternehmen und zweites fehlende Berührungspunkte des EuGH vor der Rechtsfolge des Wechsels des Arbeitsvertrags vom Überlasser zu einer anderen Person.

Die bisher ausführlichste Definition der Arbeitskräfteüberlassung in der Rsp des EuGH findet sich in der E *Vicoplus*⁸⁵¹ (vgl zu diesem Urteil ausführlich 1. Teil: VI.B.). In der E ging es um mehrere polnische AN, die in die Niederlande überlassen wurden. Die niederländischen Behörden verhängten über die polnischen Überlasser Geldstrafen, weil für die überlassenen AN keine Beschäftigungserlaubnis eingeholt worden war. Fraglich ist, ob die Notwendigkeit einer Beschäftigungserlaubnis gegen die Grundfreiheiten verstößt. Der Fall betraf den Übergangszeitraum nach dem Beitritt Polens. In dieser Phase war nach dem Beitrittsvertrag grds eine Einschränkung der Arbeitnehmer-, nicht aber der Dienstleistungsfreiheit erlaubt. Der EuGH entscheidet, dass die Einschränkung von den Beitrittsakten gedeckt ist. Diese lassen eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit grds nicht zu, die Überlassung ist unzweifelhaft eine Dienstleistung (Rz 27). Allerdings könnte auf die überlassenen AN die AN-Freizügigkeit anwendbar sein (Rz 28). Außerdem wirkt sich die Überlassung „unmittelbar sowohl auf die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt als auch auf die berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmer aus“ (Rz 29). Mit den Beitrittsakten vereinbar ist aber grds nur eine Einschränkung der grenzüberschreitenden Überlassung, nicht von „normalen“ Entsendungen. Aufgrund dieser Differenzierung

⁸⁵⁰ *Thüsing*, Anmerkung zur Vorlage C-242/09, ZESAR 2009, 487 (488: „der Sache nach nicht fern liegend“); *Bauer/von Medem*, NZA 2011, 21; *Forst*, RdA 2011, 230.

⁸⁵¹ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453. Als Reaktion auf das Urteil *Vicoplus* wurden zwei österr Vorabentscheidungsersuchen des UVS Salzburg beendet: Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs, 07.04.2011, C-241/10, *Jung & Hellweger*; Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs, 07.04.2011, C-471/10, *Wohl & Veres*.

begründet der EuGH auf Anfrage des vorlegenden Gerichts ausführlich eine Definition der Überlassung iSd Art 1 Abs 3 lit c) Entsende-RL:⁸⁵²

Die Überlassung „ist eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen würde. Ihr wesentliches Merkmal besteht darin, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt.“⁸⁵³

Fraglich ist, ob der EuGH damit erstens eine einheitliche und zweitens eine abschließende unionsrechtliche Definition der Leiharbeit vorlegen wollte. Für ersteres spricht die Vielzahl der Rechtsakte, die im Verfahren angesprochen sind (vgl oben 1. Teil VI.B.2.). Allerdings beruft sich der EuGH nicht ausdrücklich auf die Leiharbeits-RL, er übernimmt aus ihr aber eine Formulierung („Aufsicht und Leitung“).⁸⁵⁴ Demgegenüber stützt sich der GA sehr wohl explizit auf die Leiharbeits-RL, er zitiert im SA auch das Wort „vorübergehend“ (Rz 64). Der EuGH erwähnt das Tatbestandselement „vorübergehend“ demgegenüber nicht bei der Definition der Überlassung in der E *Vicoplus*. Ob darin eine bewusste Ablehnung dieses Merkmals zu sehen ist, ist schwierig zu beurteilen. Möglicherweise wollte der EuGH bewusst eine Stellungnahme zur Überlassungsdauer als Wesensmerkmal der Überlassung vermeiden.⁸⁵⁵

Zuletzt hat sich der EuGH in der E *Della Rocca*⁸⁵⁶ mit der Überlassung beschäftigt. Der EuGH entscheidet darin, dass die Befristungs-RL nicht auf die befristeten Arbeitsverträge von LeihAN anwendbar ist. Zu erwähnen ist, dass der EuGH, wie schon in der E *Albron*, davon ausgeht, dass der überlassene AN auch in einem Arbeitsverhältnis mit dem Beschäftiger steht (Rn 32, 37, 40).⁸⁵⁷ Es scheint sich daher in der Judikatur herauszukristallisieren, dass der EuGH zwar vom Fehlen eines Arbeitsvertrags zwischen Beschäftiger und überlassenem AN, aber vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses

⁸⁵² Vgl dazu ausf *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 374 f.

⁸⁵³ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Tenor.

⁸⁵⁴ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 374.

⁸⁵⁵ *Rebhahn/Schörghofer*, wbl 2012, 374.

⁸⁵⁶ EuGH 11.04.2013, C-290/12, *Della Rocca*.

⁸⁵⁷ *Lembke*, Neues vom EuGH zum Befristungsschutz von Leiharbeitnehmern, NZA 2013, 815 (820 f).

zwischen denselben ausgeht.⁸⁵⁸ Nach Meinung des EuGH wird aber auch eine Befristung des Arbeitsverhältnisses zwischen Beschäftigter und überlassenen AN, also eine Befristung der Überlassungsdauer nicht durch die Befristungs-RL kontrolliert. Nach *Lembke* ist das Urteil *Della Rocca* bei der Auslegung des Wortes „vorübergehend“ in der Leiharbeits-RL von Bedeutung.⁸⁵⁹ Er leitet daraus ab, dass die Ansicht, wonach eine Überlassung nur dann „vorübergehend“ ist, wenn sie wie eine Befristung durch einen Sachgrund gerechtfertigt ist, nicht dem Unionsrecht entspricht. Die E *Della Rocca* spreche auch gegen ein Synchronisationsverbot, im Ergebnis sei ein Verbot der nicht vorübergehenden Überlassung in der Leiharbeits-RL abzulehnen. ME sind Rückschlüsse auf die Auslegung der Leiharbeits-RL nur schwer möglich. Der EuGH weist in der E selbst darauf hin, dass die Leiharbeits-RL im Ausgangsverfahren zeitlich noch nicht anwendbar war, das vorliegende Gericht stelle daher „zu Recht nur die Frage nach der Anwendbarkeit der Rahmenvereinbarung“ (Rn 33). Man kann das so verstehen, dass sich der EuGH die Beurteilung nach der Leiharbeits-RL noch vorbehält.

Neben diesen Entscheidungen zur Arbeitskräfteüberlassung werden in der Literatur im Zusammenhang mit der Überlassungsdauer auch E des EuGH zu anderen Fragen genannt, insb zum Befristungsschutz. Hingewiesen wurde auf die E *Kumpan*⁸⁶⁰. Der EuGH halte es in dieser E zum Befristungsschutz für rechtsmissbräuchlich, wenn nationale Bestimmungen zur Prekarisierung führen, dasselbe Ziel verfolge auch die Leiharbeits-RL, die Dauerüberlassung zur bloßen Kostensenkung sei ebenso eine gezielte Prekarisierung.⁸⁶¹ *Schüren/Wank* haben auf die E *Adeneler* zum griechischen Befristungsrecht hingewiesen.⁸⁶² Möglicherweise ist das als Hinweis auf die Ausführungen

⁸⁵⁸ In *Manpower* wurde der Überlasser noch als „alleinigen Arbeitgeber“ bezeichnet (EuGH 17.12.1970, 35/70, *Manpower*, Slg 1970, 01251 Rz 17-21), in der E EuGH 16.06.2010, C-298/09, *RANI Slovakia*, Slg 2010, I-00081 Rz 36 wird das Fehlen eines Arbeitsvertrags zum Beschäftigter festgehalten, ebenso in der E EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 (Tenor). In der E *Albron* bezeichnet der EuGH den Beschäftigter als „nichtvertraglichen Arbeitgeber“, er stehe in einem Arbeitsverhältnis zum überlassenen AN (EuGH 21.10.2010, C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309 Rz 31). In der E *Della Rocca* (EuGH 11.04.2013, C-290/12, *Della Rocca* Rz 32, 37, 40) wiederholt der EuGH nun das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Beschäftigter und AN.

⁸⁵⁹ *Lembke*, NZA 2013, 819 f; das deutsche Recht sei richtlinienkonform auszulegen, dabei sei die E zu berücksichtigen, was wohl voraussetzt, dass er die E zur Auslegung der RL nutzt.

⁸⁶⁰ EuGH 10.03.2011, C-109/09, *Deutsche Lufthansa AG gegen Gertraud Kumpan*, Slg 2011, I-01309.

⁸⁶¹ *Brors*, AuR 2013, 112.

⁸⁶² *Schüren/Wank*, RdA 2011, 3. Die Leiharbeits-RL verwende den Begriff „vorübergehend“ ebenso wie der EuGH in dieser E. Allerdings verwendet der EuGH den Begriff „vorübergehend“ in dieser E nicht.

des EuGH zu den sachlichen Gründen für eine Befristung zu verstehen.⁸⁶³ Eine Analogie zum Befristungsrecht setzt allerdings voraus, dass das Unionsrecht der Leiharbeit ebenso kritisch gegenübersteht wie Kettenbefristungen.⁸⁶⁴ Wie der EuGH sagt, geht das Befristungsrecht „von der Prämisse aus, dass unbefristete Arbeitsverträge die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses sind“.⁸⁶⁵ Diese Feststellung wird sogar im ErwGr 15 der Leiharbeits-RL wiederholt: „Unbefristete Arbeitsverhältnisse sind die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses.“ Demgegenüber fehlt ein solches ausdrückliches Bekenntnis des Unionsrechts zum zweipersonalen Arbeitsverhältnis als Normalfall des Beschäftigungsverhältnisses. Das muss nicht bedeuten, dass man dem Unionsrecht diese Wertung nicht unterstellen kann, sie bedarf aber jedenfalls zusätzlicher Begründung.

Die angeführten E des EuGH bieten in mehrerer Hinsicht kein einheitliches Bild. Bedeutsam dürfte die Definition der Überlassung in der E *Vicoplus* sein, in der das Merkmal der „vorübergehenden“ Überlassung fehlt.⁸⁶⁶ Dem steht die E *Jouini* gegenüber, in der dieses Merkmal erwähnt wird.⁸⁶⁷ Auch in der E *Albron* wird die Überlassungsdauer angeführt, sie dürfte außerdem für das Ergebnis eine gewisse Rolle spielen.⁸⁶⁸ In den Verfahren *Manpower*, *Webb* und *Briot* findet man die beschränkte Überlassungsdauer nur bei der Wiedergabe des Sachverhalts bzw von den Prozessteilnehmern.⁸⁶⁹

Ähnlich ambivalent ist die Bewertung der Schutzwürdigkeit überlassener AN durch den EuGH. Er anerkennt diese grds in der E *Webb* und wiederholt das in der E *Vicoplus*.⁸⁷⁰ In den Verfahren *Kommission/Italien* und *RANI Slovakia* zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bei grenzüberschreitenden Überlassungen nimmt der EuGH

⁸⁶³ EuGH 04.07.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006, I-06057 Rn 70: „Diese Umstände können sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung diese Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmalen oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Zieles durch einen Mitgliedstaat ergeben.“. Das vorlegende Gericht hat außerdem an den EuGH herangetragen, dass im öffentlichen Bereich befristete Arbeitsverträge zur Deckung eines „ständigen und dauernden Bedarfs“ eingesetzt werden. Das nationale Recht sah eine Umwandlung in unbefristete Verträge nur im privaten Bereich vor. Nach dem EuGH muss das nationale Recht effektive Maßnahmen vorsehen um Missbrauch zu verhindern (Rn 90 ff).

⁸⁶⁴ Ein Hinweis auf die oft behauptete funktionelle Ähnlichkeit zwischen Überlassung und befristeter Beschäftigung (vgl etwa *Schüren*, in FS Wank [erscheint 2014]) reicht dazu nicht aus.

⁸⁶⁵ EuGH 04.07.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006, I-06057 Rn 90 ff.

⁸⁶⁶ EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Tenor.

⁸⁶⁷ EuGH 13.09.2007, C-458/05, *Jouini*, Slg 2007, I-07301 Rz 35.

⁸⁶⁸ EuGH 21.10.2010, C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309 Rz 26, 32.

⁸⁶⁹ EuGH 17.12.1970, 35/70, *Manpower*, Slg 1970, 01251 Rz 3; EuGH 17.12.1981, C-279/80, *Webb*, Slg 1981, 03305 Rz 5; EuGH 15.09.2010, C-386/09, *Briot*, Slg 2010, I-08471 Rz 25.

⁸⁷⁰ EuGH 17.12.1981, C-279/80, *Webb*, Slg 1981, 03305 Rz 18; EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 29.

demgegenüber nicht zur besonderen Schutzbedürftigkeit überlassener AN Stellung.⁸⁷¹ In den Verfahren *Webb*, *Rush Portuguesa* und *Vicoplus* bejaht der EuGH allerdings eine besondere Auswirkung der Arbeitskräfteüberlassung auf den Arbeitsmarkt.⁸⁷²

Eine eindeutige Tendenz des Unionsrechts oder zumindest des EuGH betreffend langfristige Überlassungen lässt sich im Ergebnis nicht aus der bisherigen Judikatur ableiten. Bei diesen Urteilen ist allg zu bedenken, dass die Leiharbeits-RL als solche bisher noch nicht explizit Gegenstand der Auslegung durch den EuGH war. Die Rsp erscheint daher noch in alle Richtungen offen.

7. Zusammenfassung

Zusammenfassend finden sich also für alle Auslegungsvarianten der Leiharbeits-RL nachvollziehbare Argumente. Der Wortlaut spricht für eine Ausnahme der Dauerüberlassung vom Anwendungsbereich der RL. Überlegungen zum Zweck der RL, sowie eine systematische Auslegung anhand anderer Bestimmungen derselben RL deuten in Richtung eines Verbots der Dauerüberlassung. Deutet man den Zweck der RL anders, kann man nachvollziehbar für eine rechtlich irrelevante Programmbestimmung argumentieren, auch die Orientierung an anderen Unionsrechtsakten spricht möglicherweise dafür. Die E des EuGH, insb die E *Albron*, enthalten allenfalls schwache Indizien für ein Verbot der Dauerüberlassung.

Ein Überwiegen der Argumente ist schwer festzustellen, auch weil eine klare Rangordnung/Gewichtung der Auslegungsargumente im Unionsrecht nicht existiert⁸⁷³. Vor diesem Hintergrund ist eine seriöse Prognose, welcher Meinung der EuGH folgen wird, nicht möglich.

C. Folgefragen bei Annahme eines Verbots der Dauerüberlassung

1. Einleitung

Vertritt man die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich oder ein Verbot der Dauerüberlassung, stellt sich die Frage, wann eine Überlassung „vorübergehend“ ist.

⁸⁷¹ EuGH 07.02.2002, C-279/00, *Kommission/Italien*, Slg 2002, I-01425; EuGH 16.06.2010, C-298/09, *RANI Slovakia*, Slg 2010, I-00081.

⁸⁷² EuGH 17.12.1981, C-279/80, *Webb*, Slg 1981, 03305 Rz 18; EuGH 27.03.1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, Slg 1990, I-01417 Rz 14; EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 29.

⁸⁷³ *Rebhahn* in *Klang* I³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz 100.

Wirklich relevant wird diese Frage allerdings nur bei einem Verbot. Bei der Ausnahme aus dem Anwendungsbereich ist zu bedenken, dass sich ja jedenfalls die österr Umsetzung der RL (und das AÜG insgesamt) auch auf dauerhafte Überlassungen erstreckt. Hat man den Tatbestand abgesteckt, muss man sich noch fragen, ob die RL auch hinsichtlich der Rechtsfolge bei Vorliegen einer verbotenen Dauerüberlassung Vorgaben macht. Zuletzt stellt sich die Frage, ob das österr Recht einer richtlinienkonformen Interpretation offensteht.

2. Wann ist eine Überlassung „vorübergehend“?

In der deutschen Rsp und Lehre haben sich auch zur Auslegung des Wortes „vorübergehend“ mehrere Ansätze entwickelt.⁸⁷⁴ Angesetzt wird auch hier am Wortlaut der RL, wobei sich aus anderen Sprachfassungen nicht mehr ableiten lässt als aus der deutschen Fassung⁸⁷⁵. Teilweise wird darauf hingewiesen, dass „vorübergehend“ das Gegenteil von dauerhaft sei.⁸⁷⁶ Erfasst sei damit nur eine zeitliche Begrenzung, keine sachliche, eine Verlagerung der Bedeutung auf die Prüfung eines sachlichen Grundes sei mit dem Wortlaut nicht vereinbar.⁸⁷⁷

Demgegenüber wird, wohl überwiegend, eine starre zeitliche Grenze abgelehnt und stattdessen entweder ein Missbrauch geprüft oder darauf abgestellt, ob durch die Überlassung dauerhafter Beschäftigungsbedarf⁸⁷⁸ des Beschäftigers gedeckt wird.⁸⁷⁹ Bei der Auswertung der Stellungnahmen ist allerdings teilweise schwierig zu sagen, ob die Vorgabe der RL oder, im Rahmen eines Umsetzungsspielraums, nur die deutsche Umsetzung ausgelegt wird. Den MS wird tendenziell ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung eingeräumt.⁸⁸⁰ Nach *Düwell* genießen MS bei der Konkretisierung des Wortes „vorübergehend“ einen weiten Umsetzungsspielraum, inkl der Einführung einer Höchstdauer.⁸⁸¹ Auch *Sansone* bejaht einen Umsetzungsspielraum der MS bei der Frage,

⁸⁷⁴ Vgl für einen Überblick BAG 10.07.2013, 7 ABR 91/11 Rn 53.

⁸⁷⁵ Vgl *Krannich/Simon*, BB 2012, 1415; *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632; Englisch „temporarily“, französisch „temporaire“, spanisch „temporale“, italienisch „temporaneamente“.

⁸⁷⁶ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632; *Hamann*, NZA 2011, 72; *Hamann*, RdA 2011, 324.

⁸⁷⁷ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632 f.

⁸⁷⁸ So wohl LAG Schleswig-Holstein 3 Ta BV 43/13 DB 2014, 489.

⁸⁷⁹ *Nießen/Fabritius*, NJW 2014, 263 ff unterscheiden zur deutschen Umsetzung diese beiden Meinungen.

⁸⁸⁰ *Leuchten*, NZA 2011, 609: Die RL verlange keine Höchstdauer; *Zimmer*, AuR 2012, 89: RL enthalte keine Definition; möglicherweise auch *Ulber*, AuR 2010, 11: die RL enthalte keine genaue zeitliche Grenze und verlange lediglich, „dass ein bestimmter Zeitraum festgelegt wird“.

⁸⁸¹ *Düwell*, ZESAR 2011, 452; offen lassend *Bartl/Romanowksi*, NZA Online Aufsatz 3/2012, 5; so wohl auch *Hamann*, NZA 2011, 72.

wann im Sinne einer arbeitsplatzbezogenen Betrachtung Dauerarbeitsbedarf gedeckt werde.⁸⁸² Unter Berufung auf den 2. RL-Entwurf, der noch von einer „befristeten“ Überlassung sprach, meint er aber, eine „vorübergehende“ Überlassung liege nur vor, wenn der Einsatz von vornherein befristet ist. Selbst bei absehbarem Ende würde die RL aber mehrjährige Überlassungen verbieten. Nach *Hamann* verlangt die Beschränkung auf „vorübergehende“ Überlassung eine Missbrauchskontrolle, im Sinne einer Überprüfung, ob der Einsatz von überlassenen AN nachvollziehbar ist.⁸⁸³ „Vorübergehend“ sei eine Überlassung nur, wenn der AV nicht gleichzeitig mit dem Ende der Überlassung endet und der Einsatz beim Beschäftigten keinen „Dauerbeschäftigungsbedarf“ deckt.⁸⁸⁴

Insb *Brors* versucht das Wort „vorübergehend“ anhand anderer Sekundärrechtsakte auszulegen.⁸⁸⁵ Sie bezieht sich auf Art 8 Abs 2 Rom I-VO⁸⁸⁶ und auf Art 16 Abs 3 der Unionsbürger-RL⁸⁸⁷, die beide den Begriff „vorübergehend“ verwenden. Zudem verweist sie auf ErwGr und Entscheidungen des EuGH zur Entsende-RL⁸⁸⁸ und zur Sozialrechtskoordinierung,⁸⁸⁹ die ebenfalls auf „vorübergehende“ Zeitspannen abstellen. Im Ergebnis leitet sie daraus aber nur ab, dass ein vorübergehender Zeitraum von einem „Dauerzustand abzugrenzen ist“, eine übereinstimmende Zeitgrenze gebe es nicht. Von anderer Seite wird vertreten, „vorübergehend“ müsse wie bei der Dienstleistungsfreiheit gem Art 57 Abs 3 AEUV ausgelegt werden.⁸⁹⁰ Dem stimmen *Krannich/Simon* zu, die

⁸⁸² *Sansone*, Gleichstellung 467 f.

⁸⁸³ *Hamann*, NZA 2011, 74; *Hamann*, RdA 2011, 326.

⁸⁸⁴ *Hamann*, RdA 2011, 326.

⁸⁸⁵ *Brors*, AuR 2013, 109 ff.

⁸⁸⁶ VO (EG) 2008/593 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 2008/177, 6; auf Art 8 Abs 2 Rom I-VO haben davor auch schon *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632 aufmerksam gemacht; ebenso *Krannich/Simon*, BB 2012, 1416.

⁸⁸⁷ RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl L 2005/158, 77.

⁸⁸⁸ Entsende-RL ErwGr 8, 10, 12; EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 38, 45, 46. Auf die Entsende-RL hat in diesem Zusammenhang bereits *Sansone*, Gleichstellung 458 FN 2605 aufmerksam gemacht.

⁸⁸⁹ EuGH 12.06.2012, verb Rs C-611/10, C-612/10, *Hudzinski und Wawrzyniak* Rz 37 zu VO 1408/71; Zu ergänzen wäre die VO 883/2004 und die VO 987/2009, die mehrmals das Wort „vorübergehend“ verwenden. (VO [EWG] 1408/71 des Rates vom 14.06.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl L 1971/149, 2; VO 2004/883/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 2004/166, 1; VO 987/2009/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung [EG] Nr 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 2009/284, 1).

⁸⁹⁰ *Giesen*, Fachanwalt Arbeitsrecht 2012, 66.

Überlassung begründe kein Arbeitsverhältnis zum Beschäftiger und falle daher nicht unter die AN-Freizügigkeit.⁸⁹¹ Beides ist vor dem Hintergrund der Rsp des EuGH wohl unzutreffend. Der EuGH geht von einem Arbeitsverhältnis zum Beschäftiger aus und hält die Anwendbarkeit der AN-Freizügigkeit zumindest für möglich.⁸⁹² Das ist allerdings kein zwingendes Argument gegen die Orientierung der Auslegung an den Art 56 f AEUV, die Überlassung ist nach der Rsp des EuGH ja unzweifelhaft eine Dienstleistung iSd Bestimmung.⁸⁹³ Wie bei Art 57 Abs 3 AEUV sei eine Überlassung dann nicht vorübergehend, wenn vorab eine dauernde Überlassung geplant sei.⁸⁹⁴ Abzustellen sei also darauf, ob eine Abdeckung von Dauerarbeitsbedarf durch die Überlassung erfolgen soll.⁸⁹⁵

Für die Auslegung, die auf das Abdecken von Dauerarbeitsplätzen abstellt, werden dieselben Argumente vorgebracht, die auch schon das Verbot der Dauerüberlassung begründen sollen. Hingewiesen wird auf das Verbot der Kettenüberlassung in Art 5 RL, den erwünschten Wechsel in einen Stammarbeitsplatz gem Art 6 RL und auf das geschützte Flexibilitätsinteresse, das bei Überlassung auf Dauerarbeitsplätze nicht gegeben sei.⁸⁹⁶

3. Verlangt die RL als Sanktion einen Arbeitgeberwechsel?

Folgt man der These, dass die RL die Dauerüberlassungen verbietet, stellt sich die Frage, ob sie auch hinsichtlich der Sanktionierung von nicht vorübergehenden Überlassungen Vorgaben enthält. Insb wird in Deutschland vertreten, dass die RL als Sanktion einen Wechsel des Arbeitsvertrags vom Überlasser, zum nicht vorübergehenden Beschäftiger verlangt. Begründet wird dies mit Art 10 Abs 2 RL, der bei Verstößen gegen die nationale Umsetzung „wirksame, angemessene und abschreckende“ Sanktionen verlangt.⁸⁹⁷ Wie oben ausgeführt, scheint der Expertenbericht zur Umsetzung der Leiharbeits-RL vom Bestehen eines Arbeitsvertrags zum Beschäftiger bei „permanenter“ Überlassung auszugehen.⁸⁹⁸

⁸⁹¹ *Krannich/Simon*, BB 2012, 1416.

⁸⁹² EuGH 11.04.2013, C-290/12, *Della Rocca* Rz 32, 37, 40; EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 21.

⁸⁹³ Vgl etwa EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 Rz 27.

⁸⁹⁴ *Krannich/Simon*, BB 2012, 1416.

⁸⁹⁵ *Giesen*, FA 2012, 67 f.

⁸⁹⁶ *Nießen/Fabritius*, NJW 2014, 263; *Hamann*, RdA 2011, 325 weist auf Art 5 & 6 hin.

⁸⁹⁷ *Ulber*, AuR 2010, 15; *Baril/Romanowski*, NZA Online Aufsatz 3/2012, 5 f.

⁸⁹⁸ *European Commission*, Report: Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work.

Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Anordnung des AG-Wechsels in Art 3 Abs 1 Betriebsübergangs-RL⁸⁹⁹ eindeutig erfolgt. Man könnte daher unterstellen, dass sich der Unionsrechtsgesetzgeber der Intensität dieser Rechtsfolgen bewusst ist und sie daher eher ausdrücklich anordnen wird. Für diese Sensibilität spricht auch, dass in der Betriebsübergangs-RL zumindest versucht wird, den Tatbestand, der die Rechtsfolge der Eintrittsautomatik auslöst, zu konkretisieren (Art 1 Z 1 lit b), wenngleich der Begriff des Betriebsübergangs dennoch viele Auslegungsschwierigkeiten geschaffen hat. Die Unklarheit des Tatbestands kann also auch ein Indiz gegen das Vorschreiben einer strengen Sanktion sein.

Sansone hat außerdem zutreffend darauf hingewiesen, dass die Annahme, die RL verlange den AG-Wechsel, den Umsetzungsspielraum der MS ausklammert.⁹⁰⁰ Andere Sanktionen könnten die Anforderungen des Art 10 Abs 2 RL ebenso erfüllen. Er begründet dies überzeugend mit Urteilen des EuGH zum Diskriminierungsrecht. Nach Ansicht des EuGH kann bei Umsetzung der Diskriminierungs-RL durch die MS sowohl bei der diskriminierenden Nichteinstellung⁹⁰¹ als auch bei der diskriminierenden Beendigung⁹⁰² eine andere wirksame Sanktion als die (Wieder-)Einstellung vorgesehen werden.⁹⁰³ Vor kurzem hat auch das BAG gesagt, dass die Leiharbeits-RL als Sanktion bei nicht vorübergehender Überlassung nicht die Begründung eines Arbeitsvertrags zum Beschäftiger verlangt.⁹⁰⁴ Die RL überlasse den MS die Auswahl der Sanktion. Zur Begründung verweist das BAG ebenfalls auf die Gleichbehandlungs-RL und die Rsp des EuGH.

4. Richtlinienkonforme Interpretation im österr Recht

Bejaht man ein Verbot der Dauerüberlassung in der RL, stellt sich schlussendlich die Frage, ob das österr Recht, mangels expliziter Umsetzung, zumindest richtlinienkonform interpretiert werden kann. Dabei ist vor allem relevant, welchen **Mindestinhalt** die MS bei der Umsetzung der RL einem Verbot der Dauerüberlassung

⁸⁹⁹ Art 3 Abs 1: „Die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gehen aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über.“

⁹⁰⁰ *Sansone*, Gleichstellung 569.

⁹⁰¹ EuGH 10.04.1984, C-14/83, von *Colson und Kamann*, Slg 1984, 01891 Rn 18.

⁹⁰² EuGH 02.08.1993, C-271/91, *Marshall II*, Slg 1993, I-04400 Rn 25 & 30 - er erlaubt als Alternative einen Schadenersatzanspruch ohne Obergrenze.

⁹⁰³ *Sansone*, Gleichstellung 569.

⁹⁰⁴ BAG 10.12.2013, 9 AZR 51/13 Rn 32 f.

beimessen müssen. Aus den oben dargestellten Überlegungen kann mE ein weiter Umsetzungsspielraum der MS abgeleitet werden. Dafür sprechen die Unklarheit des Begriffs „vorübergehend“ und dessen unterschiedliche Verwendung im Unionsrecht. Das Wort „vorübergehend“ spricht allerdings dagegen, dass auch das Abstellen auf sachliche Gründe für die Überlassung noch in den Umsetzungsspielraum der RL fällt.⁹⁰⁵ Die RL verlangt damit wohl eine Zeitgrenze. Am unteren Ende müsste dann jedenfalls eine Zeitgrenze stehen, die deutlich unter der durchschnittlichen Dauer eines „normalen“ Arbeitsverhältnis des jeweiligen MS steht.

An anderer Stelle wurde bereits darauf hingewiesen, dass insb § 2 Abs 4 AMFG einer richtlinienkonformen Interpretation offen steht.⁹⁰⁶ Auf diese Bestimmung wird iZm dem Payrolling genauer eingegangen. Der Tatbestand bietet aber jedenfalls genug Auslegungsspielraum, um ein Verbot der nicht vorübergehenden Überlassung abzudecken. Zu beachten sind allerdings die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation.⁹⁰⁷ Dabei ist insb zu prüfen, ob § 10 Abs 1a AÜG einer richtlinienkonformen Interpretation entgegensteht. Diese Bestimmung ist wohl ein eindeutiger Hinweis darauf, dass der nationale Gesetzgeber die unionsrechtliche Vorgabe nicht umsetzen wollte. Dagegen könnte man allenfalls vorbringen, dass die Vorgabe der RL verkannt wurde. Selbst ein abweichender Wille steht einer RL-konformen Interpretation aber nicht endgültig entgegen, wenn diese durch die sonstigen Mittel der nationalen Methodenlehre argumentierbar ist.⁹⁰⁸ Die Grenze der Argumentierbarkeit würde man jedenfalls mit die Festlegung einer Höchstdauer der Überlassung von weniger als vier Jahren überschreiten. Damit würde dem § 10 Abs 1a AÜG jeder Anwendungsbereich genommen, ein Ergebnis, das nach der nationalen Methodenlehre unvertretbar ist.

Sieht man in der RL ein bloßes Missbrauchsverbot, so könnte etwa auch eine Beschränkung des Verbots auf das sog Payrolling-Modell richtlinienkonform sein. Wie unten gezeigt wird, zieht das österr Arbeitsrecht hier mit § 2 Abs 4 AMFG (auch ohne Einfluss der RL-konformen Interpretation) der Gestaltungsfreiheit der Unternehmen Grenzen.

⁹⁰⁵ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632 f.

⁹⁰⁶ *Schörghofer*, ZAS 2012, 344.

⁹⁰⁷ Vgl etwa *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ 91 ff.

⁹⁰⁸ *Rebhahn* in *Klang* I³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz 139.

D. Verbotene Verschlechterung aus Anlass der RL-Umsetzung?

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die RL hinsichtlich der Überlassungsdauer keine Vorgaben macht, stellt sich die Frage, ob die Einführung des § 10 Abs 1a AÜG mit der RL vereinbar ist. Nach Art 9 Abs 2 RL ist die „Durchführung dieser Richtlinie [...] unter keinen Umständen ein hinreichender Grund zur Rechtfertigung einer Senkung des allgemeinen Schutzniveaus für Arbeitnehmer in den von dieser Richtlinie abgedeckten Bereichen.“ Man könnte diesen Satz durchaus so verstehen, dass eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen bei der RL-Umsetzung grds verboten ist. Bereits der nächste Satz der RL entschärft aber diese Bestimmung: „Dies gilt unbeschadet der Rechte der Mitgliedstaaten und/oder der Sozialpartner, angesichts sich wandelnder Bedingungen andere Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder vertragliche Regelungen festzulegen, als diejenigen, die zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Richtlinie gelten, sofern die Mindestvorschriften dieser Richtlinie eingehalten werden.“ Ähnliche Klauseln finden sich in vielen anderen RL,⁹⁰⁹ sie werden im Schrifttum nicht als „Stillhalteklausele“, sondern bloß als „Transparenzklausele“ verstanden.⁹¹⁰ Es soll durch diese Klauseln nur verhindert werden, dass die nationalen Gesetzgeber Verschlechterungen der Rechtslage im Zuge der RL-Umsetzung der Verantwortlichkeit der EU zuordnen und damit das „Image“ der EU schädigen.⁹¹¹ Der EuGH hat bereits zur vergleichbaren Bestimmung des § 8 Abs 3 Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge⁹¹² Stellung genommen.⁹¹³ Er meint dazu, eine Verschlechterung sei „nicht als solche durch die Rahmenvereinbarung verboten, wenn sie in keinem Zusammenhang mit der Umsetzung dieser Rahmenvereinbarung steht.“⁹¹⁴ Der Gesetzgeber ist daher grds nicht daran gehindert eine Verschlechterung vorzusehen, er kann diese durch andere Gründe als die Umsetzung der RL rechtfertigen.

⁹⁰⁹ *Franzen*, Die Rechtsprechung des EuGH im Arbeitsrecht seit 2008, EuZA 2010, 306 (335).

⁹¹⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Tizzano*, 30.06.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981 Rz 61 f, der das auch durch eine primärrechtskonforme Interpretation herleitet; *Sansone*, Gleichstellung 484; *Preis*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, NZA 2006, 401 (402): „allgemeine Schutzniveaunklausel“; *Kerwer*, Verschlechterungsverbote in Richtlinien, EuZA 2010, 253 (259 ff).

⁹¹¹ *Greiner*, Auslegung von Absenkungsverbote in Richtlinien und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung, EuZA 2011, 74 (80); *Rebhahn/Reiner* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 153 AEUV Rz 86 mit Argumenten gegen eine strengere Auslegung dieser RL-Bestimmungen.

⁹¹² Die Bestimmung lautet: „Die Umsetzung dieser Vereinbarung darf nicht als Rechtfertigung für die Senkung des allgemeinen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes in dem von dieser Vereinbarung erfassten Bereich dienen.“

⁹¹³ *Sansone*, Gleichstellung 484 f.

⁹¹⁴ EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-09981 Rn 44 ff (insb Rn 52).

Im Verfahren *Sorge* hat der EuGH zu § 8 Abs 3 Rahmenvereinbarung im Zusammenhang mit einer Änderung (und teilweisen Verschlechterung) des italienischen Befristungsrechts genauer Stellung genommen.⁹¹⁵ Er hat dabei entschieden, dass es grds die Aufgabe der nationalen Gerichte ist, über das Vorliegen einer Minderung des Arbeitnehmerschutzes und auch die Zielsetzung des nationalen Gesetzgebers zu urteilen. Er gibt dabei allerdings wichtige „Hinweise“ (Rn 37) für diese Prüfung.⁹¹⁶ Überträgt man diese Hinweise des EuGH auf Art 9 Abs 2 der Leiharbeits-RL, scheint die Unionsrechtswidrigkeit der Einführung des § 10 Abs 1a AÜG wenig wahrscheinlich. Zwar dürfte bei § 10 Abs 1a AÜG unzweifelhaft sein, dass die Novelle des AÜG mit der Umsetzung der Leiharbeits-RL zusammenhängt.⁹¹⁷ Eine Verschlechterung würde aber voraussetzen, dass die mehrjährige Überlassung vor der Novelle des AÜG verboten war. Diese Feststellung obliegt wie gesagt dem OGH. Dass dieser das bejahen wird, folgt nicht bereits aus der E 9 ObA 113/03p,⁹¹⁸ die ja grds nur einen erweiterten Gleichstellungsanspruch bei langfristigen Überlassungen verlangt. Gerade eine solche Erweiterung wurde aber mit dem § 10 Abs 1a AÜG eingeführt. Selbst wenn man unterstellt, dass das österr Arbeitsrecht vor § 10 Abs 1a AÜG eine Dauerüberlassung verboten hat, bedeutet das nicht, dass die Änderung automatisch gegen Art 9 Abs 2 Leiharbeits-RL verstößt. Der EuGH stellt nämlich in der E *Sorge* auf den Anteil der betroffenen AN ab. Zu prüfen wäre daher, ob die mehrjährig Überlassenen in Österreich einen „erheblichen Teil“ der überlassenen AN darstellen, da ansonsten nach dem EuGH eher keine relevante Verschlechterung des Schutzniveaus eintritt.⁹¹⁹ Zudem muss nach der Rsp des EuGH geprüft werden, ob der österr Gesetzgeber neben der RL-Umsetzung durch

⁹¹⁵ EuGH 24.06.2010, C-98/09, *Sorge*, Slg 2010, I -05837 Rn 36 ff. Vgl auch EuGH 23.04.2009, C-378/07 - C-380/07, *Angelidaki*, 2009, I-03071 Rz 108 ff und EuGH 24.04.2009, C-519/08, *Koukou*, Slg 2009, I-00065 Rz 103 ff.

⁹¹⁶ Vgl dazu *Greiner*, EuZA 2011, 78 f; *Barnard*, EU Employment Law⁴ 444; *Corazza/Nogler*, Die "weiche" Wirkung des Verschlechterungsverbot in EU-Richtlinien, ZESAR 2011, 58 (59).

⁹¹⁷ Zu dieser Voraussetzung iZm § 8 Abs 3 Rahmenvereinbarung EuGH 24.06.2010, C-98/09, *Sorge*, Slg 2010, I -05837 Rn 37 f. *Greiner* (EuZA 2011, 80) sieht in der Verschlechterung im Umsetzungsgesetz „das stärkste Indiz“ für einen Zusammenhang mit der RL-Umsetzung. Vgl die Materialien zur AÜG-Novelle ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 1: „Ziel: Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie in nationales Recht [...]“.

⁹¹⁸ OGH 9 ObA 113/03p DRdA 2004/47 (*Balla*).

⁹¹⁹ EuGH 24.06.2010, C-98/09, *Sorge*, Slg 2010, I -05837 Rn 44: „die Minderung des Schutzes, den eine begrenzte Gruppe von Arbeitnehmern genießt [ist], an sich nicht geeignet, das Schutzniveau, das nach dem nationalen Recht für Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag gilt, insgesamt zu berühren.“ Vgl davor bereits EuGH 23.04.2009, C-378/07 - C-380/07, *Angelidaki*, 2009, I-03071 Rz 142. *Kerwer*, EuZA 2010, 262: „Erheblichkeitsschwelle“.

die Änderung eine eindeutig festgelegte Zielsetzung verfolgt.⁹²⁰ Der EuGH scheint außerdem eine Art Gesamtvergleich des betroffenen nationalen Arbeitsrechts zu verlangen.⁹²¹ Die Gesetzesänderung sei „im Hinblick auf die Gesamtheit der anderen Garantien“ zum Schutz der AN zu bewerten (Rz 46). Im Zusammenhang mit der Einführung des § 10 Abs 1a AÜG ist darauf hinzuweisen, dass durch die Novelle des AÜG die Position der überlassenen AN insgesamt jedenfalls verbessert wurde, uzw wohl über das hinaus, was die RL den MS vorgibt⁹²².

E. Zusammenfassung

Die Vorgaben des Unionsrechts hinsichtlich der Überlassungsdauer sind in mehrerer Hinsicht unklar. Die wesentliche Frage ist, ob die Leiharbeits-RL von den MS ein Verbot der nicht „vorübergehenden“ Überlassung verlangt. Hier finden sich sowohl dafür, als auch dagegen gute Argumente, ein eindeutiges Überwiegen kann nicht festgestellt werden. Insb lässt sich auch aus der Rsp des EuGH keine deutliche Tendenz in die eine oder die andere Richtung ableiten.

Geht man von einem Verbot aus, stellt sich die Frage, welche Fälle dieses Verbot genau umfassen soll. Auszugehen ist hier von einem weiten Umsetzungsspielraum der MS. Aus der Perspektive Österreichs, wo eine explizite Umsetzung unterblieben ist, ist besonders interessant, wo genau das untere Ende dieses Umsetzungsspielraums liegt. Auch hier kann dem Unionsrecht keine eindeutige Lösung entnommen werden. Naheliegend ist, dass die RL das Einführen einer zeitlichen Obergrenze verlangt. Der zu verbietende Zeitraum muss jedenfalls deutlich unter der durchschnittlichen Dauer eines Arbeitsverhältnisses liegen. Abzulehnen ist die Ansicht, wonach die RL den MS als Sanktion bei verbotenen Dauerüberlassungen einen Wechsel des Vertragspartners vorgibt. Im österr Recht würde sich, sofern der EuGH tatsächlich ein Verbot der Dauerüberlassung bejaht, eine richtlinienkonforme Interpretation des § 2 Abs 4 AMFG anbieten. Dabei sind allerdings die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation zu beachten. Zu berücksichtigen ist insb der neu eingeführte § 10 Abs 1 Z 1a AÜG. Diese Bestimmung zeigt einerseits einen mangelnden Umsetzungswillen des österr Gesetzgebers. Zudem steht diese Bestimmung jedenfalls einer richtlinienkonformen Interpretation entgegen, die ihr

⁹²⁰ EuGH 24.06.2010, C-98/09, *Sorge*, Slg 2010, I -05837 Rn 40.

⁹²¹ *Greiner*, EuZA 2011, 78.

⁹²² Wobei nicht klar ist, ob das zur Kompensation erforderlich ist, vgl *Greiner*, EuZA 2011, 79.

jeden Anwendungsbereich raubt, also jedenfalls der Annahme einer Höchstdauer von vier Jahren oder knapp darüber.

Verneint man ein Verbot der Dauerüberlassung durch die RL, so kann auch aus deren „Transparenzklausel“ gem Art 9 Abs 2 nicht abgeleitet werden, dass die Einführung des § 10 Abs 1 Z 1a AÜG unionsrechtswidrig ist. Diese Bestimmung hat entweder gar keine Verschlechterung der österr Rechtslage zur Folge gehabt, wenn man vertritt, dass die Dauerüberlassung auch bereits davor zulässig war. Selbst wenn man dem nicht folgt, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aber keine verbotene Verschlechterung eingetreten.

4. Teil: Payrolling

I. Einleitung

Eine Dienstleistung, die häufig auf den Homepages österr Überlassungsunternehmen angeboten wird, ist das sog „Payrolling“.⁹²³ „Payrolling“ ist kein Begriff, der von der Rechtsordnung vorgegeben ist, auch in der Rsp wurde er (noch) nicht verwendet. Man benutzt diesen Begriff, um verschiedene in der Praxis auftretende Fälle der Arbeitskräfteüberlassung zu beschreiben.⁹²⁴ Diesen Gestaltungen ist gemein, dass dem Beschäftiger Verpflichtungen oder Rechte übertragen werden, die eigentlich nach dem AÜG den Überlasser treffen.⁹²⁵ *Davidov* beschreibt das Payrolling-Modell im englischen Recht wie folgt: „The worker is engaged for a long term, usually indefinitely, and performs her work just like any employee of the firm [*gemeint: des Beschäftigers, Ann*]. The only difference from other employees is that she gets her payment from the agency. The agency is not involved in decisions on hiring, wage-setting or firing, and certainly not in the allocation of tasks and supervision of the worker. The agency plays a very minor role. It gets a payment from the user form every month which includes salary, the employer’s mandatory contributions to unemployment insurance, etc., and commission. It then makes the necessary tax deductions, sends the pay check to the employee, pays the taxes and other employer contributions to the relevant governmental agencies and keeps the commission.“⁹²⁶

Beim Payrolling wird also die Bedeutung des Überlassers gemindert. So werden etwa Stellenausschreibungen vom Beschäftiger geschaltet, mit Hinweis auf Einstellung durch den Überlasser. Teilweise wird sogar erst nach dem Vorstellungsgespräch auf den Vertragsabschluss mit einer anderen Person (dem Beschäftiger) hingewiesen.⁹²⁷ Die faktische Auswahl des AN erfolgt dann oft durch den Beschäftiger. Auch sonst kann der

⁹²³ *Schapler*, Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis 49 (FN 181); *Geppert*, DRdA 2011, 511; Eine kurze Internetrecherche ergibt, dass dies weiter zutrifft. Vgl zB (alle abgerufen am 23.01.2014) „<http://www.manpower.at/unternehmen/dienstleistungen/payrolling/>“; „<http://www.bueroring.at/suchemitarbeiter/unsere-dienstleistungen/>“;

„<http://www.adecco.at/default1.asp?PageID=866&ParentPageID=748>“.

⁹²⁴ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 31. Vgl zum Folgenden *Schörghofer*, juridikum 2014, 95.

⁹²⁵ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 31; *Niksova*, Payrolling (Pay-roll-System) in *Mazal/Hutter* (Hrsg), Fachlexikon Arbeitsrecht (2012) 461 f.

⁹²⁶ *Davidov*, British Journal of Industrial Relations 2004, 730.

⁹²⁷ Ein Bsp aus der deutschen Rsp ist wohl der SV in der E LAG Berlin-Brandenburg 16.10.2012, 7 Sa 1182/12.

Beschäftiger dem Überlassenen gegenüber den Eindruck einer engeren rechtlichen Bindung erwecken,⁹²⁸ etwa durch direkte Leistungen des Beschäftigers an den Arbeitnehmer. *Schindler* erwähnt außerdem die Risikotragung bzgl Entgeltfortzahlungsansprüchen durch den Beschäftiger.⁹²⁹ Zudem kann der Beschäftiger auch bei der Beendigung des Arbeitsvertrags anstelle des Überlassers (zumindest faktisch) entscheidungsbefugt sein.⁹³⁰ Die wesentlichen Personalentscheidungen werden in solchen Fällen also im Ergebnis vom Beschäftiger getroffen.⁹³¹ Das führt dazu, dass die einzige AG-Funktion, die beim Überlasser verbleibt, die Entgeltzahlung ist, also die Führung der namensgebenden „Payroll“.

Beim Payrolling kommen also dem Überlasser theoretisch sämtliche Rechte eines vertraglichen AG zu, faktisch entscheidet hingegen eine andere Person, nämlich der Beschäftiger. Nach außen tritt der Überlasser als AG auf, im Innenverhältnis ist der Beschäftiger entscheidungsbefugt. Wie diese Beschreibung zeigt, steht das Payrolling-Modell in einem gewissen Naheverhältnis zum Rechtsinstitut der Treuhand. Treuhand beschreibt den Fall, dass jemand „*Rechte übertragen erhält, die er im eigenen Namen aber aufgrund einer besonderen obligatorischen Bindung zu einer anderen Person [...] nur in einer bestimmten Weise ausüben soll (Zweckbindung).*“⁹³² Beim Payrolling trifft zu, was zur Treuhand gesagt wird; es „deckt sich der wirtschaftliche Zweck nicht mit der juristischen Form.“⁹³³ Payrolling kann daher als „**arbeitsrechtliche Treuhandkonstruktion**“ bezeichnet werden. Ob das Payrolling tatsächlich den Begriff der Treuhand erfüllt, kann dahingestellt bleiben, da daraus, soweit zu sehen, keine arbeitsrechtlich relevanten Rechtsfolgen erwachsen würden.

In der Literatur wird das Payroll-Modell erwähnt und teilweise sehr kritisch beurteilt.⁹³⁴ *Davidov* meint etwa (wohl ohne Bezug zu einer bestimmten Rechtsordnung): „When all the agency does is to handle the payroll, there is no reason to consider it the

⁹²⁸ In diese Richtung wohl OGH 9 ObA 2/08x ecolex 2008/204.

⁹²⁹ *Schindler* in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 5.

⁹³⁰ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 31: Der Überlasser „kann die bei ihm beschäftigten überlassenen Arbeitskräfte [...] kündigen.“

⁹³¹ *Schapler*, Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis 49.

⁹³² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 218.

⁹³³ *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ § 916 Rz 29.

⁹³⁴ *Schindler* in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 5; wohl auch *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 309 f der von Fällen spricht, in denen der Überlasser „bestenfalls als Abrechnungs- und Zahlstelle [...] fungiert“; *Geppert*, DRdA 2011, 511; In diese Richtung auch *Schneller*, ecolex 2006, 1021.

employer.”⁹³⁵ Zum österr Recht führt *Schindler* Vergleichbares aus: Jedenfalls wenn der Beschäftiger die einzustellenden AN auswählt, „liegt in Wahrheit ein verschleiertes Arbeitsverhältnis zum Beschäftiger und keine Arbeitskräfteüberlassung vor. Der ‚Überlasser‘ hat dann lediglich die Funktion einer Verrechnungsstelle, über die die Gehaltsauszahlung abgewickelt wird. Dies ergibt sich auch aus § 2 Abs 4 AMFG, wonach **Arbeitsvermittlung** ua dann vorliegt, wenn bei Überlassung von Arbeitskräften der Überlasser nicht die Pflichten des AG und das wirtschaftliche Wagnis trägt [...]“ (Hervorhebung im Original).⁹³⁶

Es wird also beim Payrolling-Modell das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zum vermeintlichen Beschäftiger vertreten. Dahinter steht im weitesten Sinn die Überlegung, dass dem Willen der Beteiligten bezüglich der Frage wer Vertragspartner des Arbeitnehmers werden soll, Grenzen gesetzt sind. *Schindler* spricht in der eben zitierten Stellungnahme auch bereits zwei mögliche Rechtsgrundlagen für diese Rechtsfolge an, die in der Folge untersucht werden. Zum einen könnte das „verschleierte“ Arbeitsverhältnis als Schein- oder Umgehungsgeschäft enttarnt werden (III.). Zum anderen kann überlegt werden, ob § 2 Abs 4 AMFG die Begründung eines Arbeitsvertrags zum Beschäftiger verlangt (IV.). Bevor darauf eingegangen wird, wird allerdings überlegt, ob nicht (teilweise) aus Instrumenten des Zivilrechts bei verdünnter Willensfreiheit einer Vertragspartei Rechtsfolgen beim Payrolling abgeleitet werden können (II.).

II. Payrolling und verdünnte Willensfreiheit

A. Einleitung

Das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung muss für die eingesetzten AN nicht immer offensichtlich sein. Der OGH beschreibt in einer E aus dem Jahr 1987 etwa folgenden Fall: „*Der Kl trat am 5. 4. 1983 in die Dienste der beklP. Die Streitteile vereinbarten mit dem schriftlichen Dienstvertrag vom selben Tag, dass der Kl seine Dienstleistungen ausschließlich bei der Firma X., Graz, zu erbringen habe. [...] Der Kl erfuhr erst nach dem 30. 6. 1983, daß die beklP sein DG war.*“⁹³⁷

⁹³⁵ *Davidov*, British Journal of Industrial Relations 2004, 737.

⁹³⁶ *Schindler* in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 5.

⁹³⁷ OGH 9 ObA 63/87 DRdA 1988, 265 (*Harrer*) = ZAS 1988, 95 (*Schnorr*).

Der AN war also beinahe drei Monate im Unklaren darüber, wer sein vertraglicher AG ist. Dieses Problem wurde seitdem vom AÜG aufgegriffen, das das besondere Informationsinteresse der überlassenen AN anerkennt und befriedigt (§§ 11 f AÜG). Dennoch sind weiterhin Fälle vorstellbar, in denen bei Begründung einer Überlassungskonstruktion aufseiten des AN nur eine verdünnte Willensfreiheit vorliegt. Solche Konstellationen sind gerade beim Payroll-Modell naheliegend, weil der AN bei der Interaktion mit zwei verschiedenen Unternehmen, insb bereits bei den Vertragsverhandlungen, nachvollziehbare Schwierigkeiten bei der Deutung der juristischen Beziehungen mit den Beteiligten haben kann. Im Folgenden werden mögliche zivilrechtliche Folgen diskutiert.

B. Bestimmung des vertraglichen Arbeitgebers

Bei Vorliegen unklarer Willenserklärungen kann es schwierig sein festzustellen, ob Arbeitskräfteüberlassung oder ein direkter Arbeitsvertrag mit dem Empfänger der Dienstleistung vorliegt. Solche unklaren Fälle können insb dann auftreten, wenn die Begründung des AV in engem zeitlichem Verhältnis und bereits im Hinblick auf eine konkrete Überlassung stattfindet und der Beschäftigte in den Verhandlungen bereits auftritt. Leicht vorstellbar ist etwa die Situation, dass ein Arbeitssuchender von zwei Unternehmen interviewt wird. Aus dem Gespräch wird ersichtlich, dass er Arbeitsleistung bei dem Unternehmen A leisten soll. Die Rolle des Unternehmens B wird nicht erläutert, dessen Auftreten könnte sich der AN etwa mit dem Vorliegen einer Arbeitsvermittlung erklären. Für die beiden Unternehmer ist es demgegenüber klar, dass der AV mit dem Unternehmen B zustande kommen soll, das den AN in der Folge an das Unternehmen A überlässt. Es geht dann um die Frage, wer aufgrund der ursprünglichen Vereinbarung der Vertragspartner des AN und damit sein vertraglicher AG geworden ist.⁹³⁸

Das Problem den AG bei Auftreten mehrerer Unternehmer zu bestimmen, wurde von Rsp und Lehre insb zu Konzernsachverhalten untersucht.⁹³⁹ Nach dem OGH ist dabei die Arbeitgeberbereignschaft „nach der Vertrauenslehre zu prüfen und aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen“.⁹⁴⁰ Es

⁹³⁸ Vgl dazu *Resch*, Anmerkung zu OGH 02.09.1992, 9 ObA 189/92, DRdA 1993, 229 (230) der darauf hinweist, dass der AG-Begriff ein mehrdeutiger ist. Relevant ist im vorliegenden Zusammenhang der Begriff des Arbeitgebers iSd Arbeitsvertragsrechtes. Vgl außerdem *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 15.

⁹³⁹ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 44 ff.

⁹⁴⁰ OGH 9 ObA 180/93 DRdA 1994, 402 (zust *Kürner*); RIS-Justiz RS0014455.

kommt daher darauf an, auf wessen AG-Stellung der AN aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers objektiv gesehen vertrauen darf. Relevant ist die Ausübung der AG-Funktionen, bei deren Ausübung durch mehrere Rechtsträger ist nach dem OGH „aus der Wahrnehmung von Einzelpflichten nach den Grundsätzen eines beweglichen Systems auf die mögliche Arbeitgeberstellung im Sinne des Arbeitsvertragsrechts zu schließen“. ⁹⁴¹ Eine Beurteilung kann nur jeweils im Einzelfall unter Abwägung aller Kriterien erfolgen. Es kommen mehrere relevante Elemente in Betracht um die AG-Eigenschaft zu bestimmen. ⁹⁴² Der OGH erwähnt etwa die Prüfung, wessen Personalverantwortlicher handelt und wessen Briefpapier verwendet wird. ⁹⁴³ Ein Indiz ist insb auch, wer die Anmeldung zur Sozialversicherung vornimmt und wer im Ergebnis die Lohnkosten zu tragen hat. ⁹⁴⁴ Abgestellt wird überdies darauf, wessen Arbeit tatsächlich verrichtet wird. ⁹⁴⁵ Jedenfalls zu beachten ist, dass bei Vertragsabschluss durch Dritte (etwa Personalverantwortliche) für beide in Betracht kommenden Vertragspartner das Vorliegen von Vertretungsmacht geprüft werden muss. ⁹⁴⁶

Der OGH hat auch bei der Unterscheidung von Überlassung und Direktanstellung darauf hingewiesen, „dass die Frage, welchem Rechtssubjekt die Stellung als Dienstgeber zukommt, nach der Vertrauenstheorie zu prüfen und aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist“. ⁹⁴⁷ Fraglich ist, ob dies bedeutet, dass die oben genannten Kriterien bei der Bestimmung des AG bei der Unterscheidung von Überlassung und Direktanstellung anzuwenden sind. Problematisch erscheint das insb bei dem Abstellen auf die Ausübung der AG-Funktionen. Diese werden bei der Überlassung nämlich definitionsgemäß zwischen Überlasser und Beschäftigter aufgeteilt. Relevant ist dies insb bei der Prüfung der Eingliederung und der Weisungsbindung. Eingliederung und Weisungsausübung treten bei der Überlassung eben gerade nicht überwiegend auf Seiten des vertraglichen AG auf. Man könnte daher annehmen, dass diese Kriterien bei der Unterscheidung von Direktanstellung und

⁹⁴¹ ZB OGH 8 ObA 114/04d DRdA 2005, 529 (*Artmann*); vgl zuletzt OGH 26.11.2013, 9 ObA 120/13g.

⁹⁴² Vgl die Aufzählung von *Resch*, DRdA 1993, 231 f. *Artmann*, DRdA 2005/38 stellt darauf ab, bei wem der AN tätig ist. Vgl zu anderen Elementen zur Bestimmung des AG OGH 01.04.1998, 9 ObA 88/98a (Wer ist bei Einigung über die Tätigkeit und die Entlohnung anwesend, Festlegung des Arbeitsortes im Haus des AG, Umgrenzung des Arbeitsbereiches durch Pflege der Pferde des AG).

⁹⁴³ OGH 8 ObA 114/04d DRdA 2005, 529 (*Artmann*).

⁹⁴⁴ OGH 9 ObA 15/96 DRdA 1997, 130 (zust *Kürner*).

⁹⁴⁵ Vgl OGH 11.05.2000, 8 ObA 317/99x.

⁹⁴⁶ *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 46 ff.

⁹⁴⁷ OGH 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*) mit Verweis auf RIS-Justiz RS0014455.

Arbeitskräfteüberlassung gerade nicht entscheidend sein können.⁹⁴⁸ Es bliebe dann insb noch das Abstellen auf die Auszahlung des Gehalts und die Anmeldung bei der Sozialversicherung, Pflichten die auch während der Überlassung den vertraglichen AG (Überlasser) treffen.⁹⁴⁹ Zuzustimmen ist *Rebhahn*, nach dem es für das Vorliegen einer Überlassung spricht, wenn einer der möglichen AG das Recht hat, den AN „zur Arbeit zuzuweisen“. ⁹⁵⁰ Das ist wohl so zu verstehen, dass nicht auf Weisungen beim konkreten Einsatz der Arbeitskraft abzustellen ist, sondern auf die Ermächtigung einer Person, dem AN verschiedene Arbeitsplätze bei unterschiedlichen Unternehmen zuzuweisen. Gerade wenn bei der Bewerbung nur ein konkreter Einsatz des AN besprochen wird, werden aber häufig Hinweise auf diese Ermächtigung fehlen.

Geht man davon aus, dass die Eingliederung, die Weisungserteilung und der Ort der tatsächlichen Arbeitsleistung doch relevant sind, hätte das eine Vermutung gegen die Überlassungskonstruktion und für einen Arbeitsvertrag mit dem vermeintlichen Beschäftiger (dem direkten Empfänger der Dienstleistung) zur Folge. Für eine solche Zweifelsregel zugunsten der Direktanstellung ist *Kreil*. Sie begründet das allerdings mit dem Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung des AN zu der Überlassung (§ 2 Abs 2 AÜG).⁹⁵¹ Nach dieser Norm ist eine schlüssige Zustimmung zur Überlassung nicht ausreichend.⁹⁵² Dieses Argument ist aber nicht zwingend, der Abschluss des AV mit dem Überlasser und die Zustimmung zur Überlassung an den Beschäftiger können zwei verschiedene Rechtsakte sein.⁹⁵³ Der Abschluss des AV zum Überlasser kann daher auch konkludent erfolgen.

Eine Zweifelsregel für eine Direktanstellung ist aber aus einem anderen Grund zu bejahen. Wird dem zukünftigen AN bei den Verhandlungen eine Tätigkeit bei dem „Beschäftiger“ in Aussicht gestellt, so ist eine Direktanstellung aus der Sicht eines juristischen Laien die naheliegende Lösung. Dieser Gedanke kann auch in die juristische Bewertung einfließen. Bei der Auslegung von Willenserklärungen ist die Übung des redlichen Verkehrs zu berücksichtigen. Darunter fällt ua auch die „echte Verkehrssitte“, ⁹⁵⁴

⁹⁴⁸ *Resch* (DRdA 1993, 232) hält diese Kriterien bei der Unterscheidung von der Überlassung wohl nicht für relevant.

⁹⁴⁹ Vgl zur Sozialversicherung § 5 Abs 1 AÜG.

⁹⁵⁰ *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 15.

⁹⁵¹ *Kreil*, *Arbeitsverhältnisse im Konzern* 51.

⁹⁵² *Geppert*, AÜG 37, *Schindler* in *ZellKomm*² § 2 AÜG Rz 13.

⁹⁵³ *Mazal*, *Arbeitskräfteüberlassung* 36; *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 108.

⁹⁵⁴ *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht I*¹³ 108.

worunter man im Verkehr geübte Verhaltensweisen versteht.⁹⁵⁵ Trotz der zunehmenden Häufigkeit von Arbeitskräfteüberlassung, wird der Bedarf nach weisungsgebundener Arbeit immer noch überwiegend durch zweipersonale Arbeitsbeziehungen gedeckt. Ein AN kann daher im Zweifel darauf vertrauen, dass auch sein Arbeitsvertrag direkt mit dem unmittelbaren Nutznießer seiner Arbeitsleistung zustande kommt. Dieselbe Überlegung spricht auch gegen zwei anderen denkbare Lösungen; zwei parallele Arbeitsverträge oder ein Vertrag mit zwei AG⁹⁵⁶. Diese beiden Gestaltungen sind in der Praxis wohl nur selten anzutreffen, die Verkehrssitte spricht daher im Zweifel auch gegen diese Lösungen.⁹⁵⁷

Diese Zweifelsregel erübrigt allerdings nicht die genaue Prüfung im Einzelfall. Wird etwa in der Stellenausschreibung des Unternehmens A eindeutig darauf hingewiesen, dass ein AV nur zum Unternehmen B abgeschlossen wird, das in der Folge an das Unternehmen A überlässt, muss dem AN klar sein, dass sein Vertrag tatsächlich mit dem Unternehmen B zustande kommt. Wenn im Verhältnis zum AN nur der Überlasser auftritt, wird die Zweifelsregel für eine Direktanstellung außerdem (zumindest teilweise) durch die Zweifelsregel für ein Eigengeschäft anstelle einer Vertretungshandlung⁹⁵⁸ aufgewogen.

C. Irrtumsanfechtung

Kommt nach den eben dargestellten Regeln ein Arbeitsvertrag mit dem Überlasser zustande und war dies dem AN nicht klar, kommt eine Irrtumsanfechtung in Betracht.⁹⁵⁹ Entgegen älterer Ansichten ist die Geltendmachung eines Irrtums grds auch im Arbeitsrecht möglich.⁹⁶⁰ Ein Irrtum über die Identität des Vertragspartners ist ein beachtlicher Geschäftsirrtum (§ 873 ABGB),⁹⁶¹ das gilt auch für einen Irrtum über die Person des AG.⁹⁶² Es müssen die allg Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Irrtumsanfechtung vorliegen. Der AN muss also darlegen, dass der Irrtum für den Vertragsabschluss kausal war. Zudem muss eine der drei Fälle des § 871 Abs 1 ABGB erfüllt sein. Der Vertragspartner, dh der Überlasser, muss den Irrtum also etwa veranlasst haben. Ausreichend ist es auch, wenn er den Irrtum des AN erkannt oder zumindest

⁹⁵⁵ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (2010) § 914 Rz 3.

⁹⁵⁶ Rebhahn in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 15.

⁹⁵⁷ Anders sieht dies möglicherweise Rebhahn in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 15, der bei Verneinen einer Überlassung besonders bei Unternehmensgruppen zwei parallele Arbeitsverhältnisse für möglich hält.

⁹⁵⁸ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 201.

⁹⁵⁹ Vgl für Konzernsachverhalte Kreil, Arbeitsverhältnisse im Konzern 53 ff.

⁹⁶⁰ Rebhahn in ZellKomm² §§ 861 – 864 a ABGB Rz 41 f.

⁹⁶¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 150.

⁹⁶² Rebhahn in ZellKomm² §§ 861 – 864a ABGB Rz 42.

fahrlässig nicht erkannt hat. Zuletzt ist eine Geltendmachung des Irrtums auch bei rechtzeitiger Aufklärung möglich, also wenn der Überlasser noch nicht im Vertrauen auf den Vertrag disponiert hat.⁹⁶³

Eine Prüfung dieser Voraussetzungen kann nur im Einzelfall erfolgen. Die §§ 11 Abs 1 Z 1 & 12 Abs 1 Z 1 AÜG zeigen aber, dass das Informationsinteresse der AN über die Identität des vertraglichen und des faktischen AG vom Gesetzgeber hoch angesetzt wird. Entsprechend wird man einen strengen Maßstab an das Verhalten der beteiligten Unternehmer anlegen müssen. Dabei stellt sich die Frage, welche Rolle das Verhalten des Beschäftigten spielt, den der AN für den vertraglichen AG hält. Das Verhalten von Dritten ist grds nur im Rahmen des § 875 ABGB dem Vertragspartner des Irrenden zuzurechnen.⁹⁶⁴ Anders ist dies bei „Gehilfen“, deren Verhalten dem Überlasser wie eigenes Handeln zugerechnet wird.⁹⁶⁵ Nimmt der Beschäftigte an den Verhandlungen maßgeblich teil, ist er als Verhandlungsgehilfe⁹⁶⁶ zu qualifizieren. Sein Verhalten ist in diesem Fall bei der Irrtumsanfechtung dem Überlasser zuzurechnen.

Die Rechtsfolge des Irrtums hängt grds davon ab, ob der Irrende den Vertrag ohne den Irrtum auch abgeschlossen hätte. Ist dies nicht der Fall, kann er den Vertrag anfechten. Die ex-tunc Auflösung wird als Rechtsfolge der Irrtumsanfechtung für den Arbeitsvertrag allerdings abgelehnt.⁹⁶⁷ Nach *Rebhahn* ist die Auflösung jedoch möglich, wenn keine Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung vorliegen.⁹⁶⁸

Ist der Irrtum demgegenüber nicht wesentlich, hätte der Irrende den Vertrag also dennoch, wenngleich unter anderen Bedingungen, abgeschlossen, kann eine Anpassung des Vertrags verlangt werden (§ 872 ABGB).⁹⁶⁹ Es soll durch die Anpassung die subjektive Äquivalenz der gegenseitigen Leistungen wiederhergestellt werden.⁹⁷⁰ Nach *Rebhahn* ist jedenfalls diese Rechtsfolge auch im Arbeitsrecht, uzw auch für die Vergangenheit, zulässig.⁹⁷¹ Wahrscheinlich ist, dass der AN bei dem Wissen um die Überlassungskonstruktion zwar den AV dennoch abgeschlossen, jedoch ein höheres Entgelt verlangt hätte. Dies deshalb, weil er dadurch zusätzlichen Risiken, insb durch die

⁹⁶³ Vgl zu alledem grds *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 156 f.

⁹⁶⁴ Vgl dazu *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 54 f.

⁹⁶⁵ *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 875 Rz 7.

⁹⁶⁶ Vgl zu diesem Begriff *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 875 Rz 10 f.

⁹⁶⁷ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II⁸ 28.

⁹⁶⁸ Vgl *Rebhahn* in *ZellKomm*² §§ 861 – 864a ABGB Rz 42.

⁹⁶⁹ Vgl dazu allg *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 872 Rz 4 ff.

⁹⁷⁰ *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 872 Rz 9.

⁹⁷¹ Vgl *Rebhahn* in *ZellKomm*² §§ 861 – 864a ABGB Rz 42.

Beendigung der Überlassung ausgesetzt ist. Aus diesem Grund ist ein „Flexibilitätszuschlag“ naheliegend, wobei dessen Höhe schwierig zu bestimmen sein wird.

D. AAB-Kontrolle

1. Geltungskontrolle

In den meisten Fällen wird im (schriftlichen) Arbeitsvertrag ausdrücklich darauf hingewiesen, wer Vertragspartner des AN ist. Denkbar ist der Fall, dass diese Vertragsklausel der zeitlich **erste Hinweis auf die Person des AG** ist.⁹⁷² Der Gesetzgeber stellt in § 11 Abs 1 AÜG erhebliche inhaltlichen Anforderungen an den Vertrag zwischen Überlasser und AN. Dieser Katalog an notwendigen Vertragsinhalten legt die Verwendung von AAB besonders nahe. Es soll daher geprüft werden, ob der abschließende AN auch bei der Bestimmung seines Vertragspartners durch die Instrumente zur Kontrolle von **allgemeinen Arbeitsbedingungen (AAB)**⁹⁷³ geschützt wird. Es wird dazu folgender Sachverhalt untersucht: Der Personalverantwortliche des Unternehmens A führt ein Bewerbungsgespräch und legt einen AV zur Unterschrift vor, in dem erstmals darauf hingewiesen wird, dass der AV nicht mit A, sondern mit dem Unternehmen B abgeschlossen wird. Der Arbeitnehmer soll vom Unternehmen B an das Unternehmen A überlassen werden. Es wird davon ausgegangen, dass dem Personalverantwortlichen in diesem Fall sowohl Vertretungsmacht zur Begründung eines AV mit dem Unternehmen A als auch mit dem Unternehmen B zukommt.

Liegen AAB oder ein Vertragsformblatt vor,⁹⁷⁴ stellt sich zuerst die Frage, ob die Bestimmung überhaupt Vertragsinhalt geworden ist. Das könnte an der Geltungskontrolle des § 864a ABGB scheitern.⁹⁷⁵ § 864a ABGB verhindert, dass „Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts“ in AGB Vertragsbestandteil werden, wenn sie für den Vertragspartner „nachteilig“ sind und er weder nach dem äußeren Erscheinungsbild der AGB mit ihnen rechnen muss, noch besonders auf sie hingewiesen wurde. Es ist zu

⁹⁷² So möglicherweise auch im SV der E OGH 9 ObA 63/87 DRdA 1988, 265 (*Harrer*) = ZAS 1988, 95 (*Schnorr*: „Der Kläger hat längere Zeit hindurch nicht einmal gewusst, dass der Überlasser sein AG ist.“)

⁹⁷³ Vgl allg zu AAB: *Kietaibl*, Allgemeine Arbeitsbedingungen (2011); *Rainer*, AGB-Kontrollen im Arbeitsrecht (2009).

⁹⁷⁴ Vgl zur Definition allg *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 864a Rz 1 ff; speziell zu AAB *Kietaibl*, AAB 148 ff.

⁹⁷⁵ Vgl zu § 864a ABGB im Arbeitsrecht *Kietaibl*, AAB 17 ff; *Rebhahn* in *ZellKomm*² §§ 861 – 864a ABGB Rz 69.

überlegen, ob der Tatbestand des § 864a ABGB im geschilderten Sachverhalt, also durch den Hinweis auf den Abschluss des AV mit einem anderen Unternehmen, erfüllt ist.

Von den Tatbestandselementen des § 864a ABGB wird man bei dem oben geschilderten SV die „Ungewöhnlichkeit“ relativ schnell bejahen können. Selbstverständlich ist der Einsatz als überlassene Arbeitskraft per se heute nicht mehr ungewöhnlich. Nicht verkehrsüblich und daher schon objektiv ungewöhnlich⁹⁷⁶ ist aber die Anwerbung und der Vertragsabschluss durch den zukünftigen Beschäftiger oder ihm zurechenbare Personen (dazu genauer unten zu § 2 Abs 4 AMFG).

„Nachteiligkeit“ iSd § 864a ABGB wird einerseits bei der Abweichung vom dispositiven Recht zu Lasten des Vertragspartners des Erstellers der AGB bejaht, andererseits aber auch, wenn der AGB-Unterworfene bei Fehlen von dispositivem Recht ohne der Klausel besser stünde.⁹⁷⁷ Wenn man unterstellt, dass der AV ohne die gegenständliche Klausel direkt mit dem „Beschäftiger“ zustande gekommen wäre (dazu sogleich), so liegt in Anbetracht der Verschlechterungen der Rechtsposition Überlassener im Vergleich zu StammAN eine Benachteiligung des AN vor.

In vielen Fällen wird die Anwendung des § 864a ABGB aber daran scheitern, dass die Bestimmung des Vertragspartners nicht in den AGBs „versteckt“ war. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Einstellung durch einen Überlasser anstelle des alleine auftretenden Beschäftiger sehr ungewöhnlich ist und daher⁹⁷⁸ hohe Anforderungen an die Präsentation der ungewöhnlichen Klausel gestellt werden müssen, werden die Abschlussparteien zumeist gleich am Beginn und/oder am Ende des Vertrags genannt. In diesem Fall wird einem durchschnittlich sorgfältigen Leser⁹⁷⁹ die Bestimmung des Vertragspartners auffallen (müssen). Steht die Bestimmung des Vertragspartners jedoch nicht am Beginn der Vertragsurkunde und ist auch sonst als „versteckt“ zu beurteilen, so kann in Einzelfällen auch dieses Tatbestandsmerkmal des § 864a ABGB erfüllt sein. Es sind also vereinzelt Sachverhalte denkbar, in denen der versteckte Hinweis auf die Einstellung durch eine andere Person, also die Erbringung der Dienstleistung im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung, den Tatbestand des § 864a ABGB erfüllen kann.

⁹⁷⁶ Vgl dazu allg Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 864a Rz 39 ff.

⁹⁷⁷ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 864a Rz 46; Kietaiabl, AAB 18.

⁹⁷⁸ Vgl zu diesem Zusammenhang Kietaiabl, AAB 21.

⁹⁷⁹ Rummel in Rummel, ABGB³ § 864a Rz 7; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 864 a Rz 42.

Bei Betrachtung der Rechtsfolgen zeigt sich jedoch, dass eine Anwendbarkeit des § 864a ABGB nicht ohne weitere Überlegungen bejaht werden kann. Rechtsfolge des § 864a ABGB ist der Wegfall der problematischen Klausel („werden nicht Vertragsinhalt“). Wendet man diese Rechtsfolge des § 864a ABGB auch im Ausgangssachverhalt an, würde das zu einem Wegfall des Vertragspartners führen. Ohne einen Vertragspartner kann es aber keinen Vertrag geben, Rechtsfolge des § 864a ABGB wäre daher ein Wegfall des gesamten Vertrags. Der Gesetzeswortlaut des § 864a ABGB scheint vom Weiterbestehen des Vertrages auszugehen.⁹⁸⁰ Fraglich ist, ob der Wegfall des Vertrags als Rechtsfolge der Geltungskontrolle vom Willen des Gesetzgebers umfasst ist. Auf den ersten Blick könnte dagegen die Berücksichtigung der Interessen des AGB-Verwenders sprechen. Allerdings ist der Wegfall des Vertrags für ihn nicht zwingend eine einschneidendere Rechtsfolge als der Wegfall von Vertragsklauseln, insb wenn man bedenkt, dass durch § 864a ABGB auch wichtige und/oder viele Klauseln auf einmal wegfallen können.

Wenn man den Wegfall des Vertrags grds als Rechtsfolge des § 864a ABGB akzeptiert, folgt aus dem Wegfall der „Überlassungs-Klausel“ nicht automatisch, dass stattdessen der vermeintliche „Beschäftiger“ Vertragspartner ist. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob aus den Erklärungen und den übrigen Umständen nach den allg Regeln ein Vertragsabschluss mit einem anderen Vertragspartner zustande kommen kann. Wichtige Voraussetzung ist das Bestehen von Vertretungsmacht. Für den Fall, dass der Vertragsabschluss durch den Personalverantwortlichen des vermeintlichen Beschäftigers erfolgt, wird man dies wegen der tatsächlichen oder zumindest berechtigt vermuteten Vertretungsmacht⁹⁸¹ häufig bejahen können. Dem versteckten Hinweis auf den Vertragsabschluss mit einem anderen Unternehmen darf bei der Bestimmung des objektiven Erklärungswertes nicht zu großes Gewicht beigemessen werden. Es ist daher zu prüfen, ob der Bewerber ohne die weggefallene Klausel rechtmäßig auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages mit dem Unternehmen A hätte vertrauen dürfen. Geht man davon aus, dass der Wegfall des ursprünglichen Vertrages eine zulässige Rechtsfolge des § 864a ABGB ist, sind daher (Einzel-)Fälle denkbar, in denen infolge § 864a ABGB anstelle einer Überlassungskonstruktion ein direkter Arbeitsvertrag mit dem faktischen Empfänger der

⁹⁸⁰ Vgl auch *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 864a Rz 47: „der Rest der AGB und des Vertrages bleiben gültig.“

⁹⁸¹ Vgl dazu allg *Rebhahn* in *ZellKomm*² §§ 861 – 864a ABGB Rz 24.

Dienstleistung des AN vorliegen kann. Im Ergebnis motiviert § 864a ABGB dadurch bei atypischen Überlassungskonstruktionen zu einer transparenteren Vertragsgestaltung und einer ausreichenden Information der betroffenen AN, um das Vorliegen einer ungewöhnlichen Klausel iSd § 864a ABGB zu verhindern.

2. Inhaltskontrolle

In allen anderen Fällen ist die AGB-Bestimmung, die den Überlasser als AG bestimmt und damit den AV mit diesem zustande kommen lässt, grds Vertragsinhalt geworden. Der Vertragsinhalt kann allerdings noch an der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB geprüft werden. Diese Bestimmung verbietet **gröblich benachteiligende Nebenbestimmungen** in AGB und Vertragsformblättern.⁹⁸² Wie *Kietaibl* ausführlich dargelegt hat, ist diese Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB neben den genuin arbeitsrechtlichen Schutzinstrumenten auch in der österr Arbeitsrechtsordnung zu beachten.⁹⁸³ Es kann daher überlegt werden, ob die Vereinbarung der Überlassungskonstruktion in AAB gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt.

Dabei gerät als erste Hürde allerdings die Beschränkung der Inhaltskontrolle auf **Nebenbestimmungen** in den Blick. Es scheint zunächst klar, dass die Person des Vertragspartners zu den Hauptbestimmungen des Vertrags gehört, die von der Kontrolle des § 879 Abs 3 ABGB ausgenommen sind. Es ist umstritten, wie die Trennung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflichten gem § 879 Abs 3 ABGB zu erfolgen hat. *Kietaibl* hat dazu überzeugend herausgearbeitet, dass teleologische Überlegungen im Mittelpunkt zu stehen haben: Der Gesetzgeber hat Hauptleistungspflichten von der Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB ausgenommen, weil diesen auch bei Verwendung von AGB Aufmerksamkeit von beiden Vertragsparteien gewidmet wird, der Vertragsmechanismus funktioniert hier also (trotz AGB) typischerweise.⁹⁸⁴ Diese Überlegungen sind grds auch auf das Arbeitsrecht anzuwenden, es ist dabei aber zu beachten, dass der Vertragsmechanismus wegen der vermuteten Unterlegenheit des AN im Arbeitsrecht generell weniger wirksam ist.⁹⁸⁵ Daraus leitet *Kietaibl* ein „besonders enges Verständnis

⁹⁸² Vgl *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 879 Rz 276 ff.

⁹⁸³ *Kietaibl*, AAB 75 ff.

⁹⁸⁴ *Kietaibl*, AAB 210 ff.

⁹⁸⁵ Vgl *Kietaibl*, AAB 219 ff insb abl zur These von *Rainer* (AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht 111 f) man könne sich bei der Qualifikation als „Hauptleistung“ iSd § 879 Abs 3 ABGB an der Aufzählung in § 2 AVRAG orientieren.

der arbeitsvertraglichen Hauptbestimmungen“ gem § 879 Abs 3 ABGB ab.⁹⁸⁶ Gerade die genaue Ausgestaltung der Arbeitspflicht erfolge erst während der Erfüllung des Vertrages, hier kann der Vertragsmechanismus im Zeitpunkt des Abschlusses keine große Wirksamkeit entfalten.⁹⁸⁷ Aus diesem Grund unterliege die Tätigkeitsbeschreibung in einem Arbeitsvertrag, anders als die Entgeltspflicht des AG, weitgehend der Kontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB. Ausgenommen von dieser Kontrolle seien nur die Prüfung der persönlichen Abhängigkeit und die allg Art der geschuldeten Tätigkeit (zB Bauarbeiter, Buchhalter), nicht jedoch die Vereinbarungen über die nähere Ausgestaltung der Dienstleistungserbringung.⁹⁸⁸ ME würde der Wortlaut des § 879 Abs 3 ABGB jedoch überdehnt, wenn man auch die Bestimmung des Vertragspartners unter das Tatbestandselement „Nebenbestimmungen“ fallen lassen würde.

Allerdings könnte die Überlassungsklausel, also die Vereinbarung, dass der AN an andere Rechtssubjekte zur Arbeitsleistung überlassen werden kann (§ 2 Abs 2 AÜG),⁹⁸⁹ eine Nebenbestimmung sein. Vergleicht man die Konkretisierung der Arbeitspflicht mit der Vereinbarung einer Überlassungskonstruktion, kann man eine gewisse Ähnlichkeit erkennen. Die Konsequenzen einer Vereinbarung einer Überlassungskonstruktion anstelle eines zweipersonalen Arbeitsvertrages sind für den betroffenen Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wenig relevant. Es ist zu vermuten, dass sich Arbeitssuchende bei der Vertragsverhandlung auf das Berufsbild konzentrieren (zB Buchhalter), weniger auf die dahinterstehende rechtliche Konstruktion (überlassener Buchhalter). Die Konsequenzen der Eigenschaft als überlassene Arbeitskraft, insb der Einsatz bei verschiedenen Beschäftigern, werden bei Vertragsabschluss tendenziell weniger mitbedacht, weil sie zunächst nicht relevant sind. Teleologische Überlegungen könnten also durchaus in die Richtung deuten, dass die Überlassungsklausel gem § 2 Abs 2 AÜG dem § 879 Abs 3 ABGB unterworfen sein sollte.

Es ist allerdings fraglich, ob die Qualifikation als Haupt- oder Nebenleistungspflicht wirklich nur aus der Perspektive einer Vertragspartei erfolgen kann. Dies ist bei der Überlassungsabrede augenscheinlich. Für den AG, den Überlasser, steht und fällt mit der Möglichkeit den AN zu überlassen sein Geschäftsmodell. Ohne die

⁹⁸⁶ *Kietaibl*, AAB 222.

⁹⁸⁷ *Kietaibl*, AAB 227.

⁹⁸⁸ *Kietaibl*, AAB 229 ff.

⁹⁸⁹ Vgl zur Frage, ob jeder einzelne Einsatz einer Zustimmung bedarf *Schindler* in *ZellKomm*² § 2 AÜG Rz 14.

Überlassungsabrede kann er die Leistung, die er am Markt anbietet, nicht erbringen. Die Beschränkung der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB auf Bestimmungen in AGB liegt (auch) der Gedanke zu Grunde, dass der Vertragspartner deshalb schutzwürdig ist, weil der Inhalt der AGB typischerweise nicht verhandelbar ist.⁹⁹⁰ Die Überlassungsklausel wird für den Überlasser aber generell nicht verhandelbar sein, also unabhängig von ihrer Vereinbarung in AGB. Dieser Gedanke kann für die Qualifikation der Überlassungsabrede als Hauptleistungspflicht sprechen. Im Ergebnis ist daher mE auch die Überlassungsabrede nicht als Nebenbestimmung iSd § 879 Abs 3 ABGB zu qualifizieren. Zur Kontrolle dieses Ergebnisses, kann man das Problem auch vom Ende her denken. Zum einen würde sich die schwierige Frage stellen, ob die fragliche Klausel, also die Überlassungsabrede, gröblich benachteiligend ist. Die allg Zulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung spricht dagegen, anders könnte man das allenfalls bei dem Payrolling-Modell beurteilen. Was wäre schließlich die Rechtsfolge, wenn die Überlassungsklausel gem § 879 Abs 3 ABGB wegfallen würde? Der Überlasser hätte einen AN, den er nicht überlassen kann. Bei Unternehmen, die ausschließlich AN überlassen, bestünde dann keine Verwendungsmöglichkeit für den AN. Die Folge wäre eine betriebsbedingte Kündigung, ein Ergebnis, das auch für den betroffenen AN nicht erstrebenswert ist.

E. Zusammenfassung

Wie gezeigt wurde, kann aus dem Zivilrecht durchaus Relevantes für manche Fälle der Arbeitskräfteüberlassung abgeleitet werden, nämlich dann, wenn die abgegebenen Erklärungen nicht für alle Beteiligten die zugrundeliegenden vertraglichen Strukturen ausreichend offenlegen. Das beginnt bereits mit der Bestimmung des Vertragspartners. Anknüpfend an die Judikatur und Lehrmeinungen insb zu Konzernsachverhalten muss in Fällen, in denen fraglich ist, ob Arbeitskräfteüberlassung oder Direktanstellung vorliegt, eine Prüfung im Einzelfall erfolgen. Dabei ist im Zweifel von einer Direktanstellung auszugehen.

Liegt eine Überlassungskonstruktion vor und sind die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Irrtums erfüllt, kann der betroffene AN insb eine Anpassung des Vertrags verlangen. In Frage kommt die Abgeltung des zusätzlichen Risikos durch einen Flexibilitätszuschlag.

⁹⁹⁰ Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 879 Rz 278.

Auch an die Anwendung der Bestimmungen zur AGB-Kontrolle ist zu denken, wenn im Vertrag erstmals auf den Vertragspartner des AN hingewiesen wird. Erfolgt dieser Hinweis „versteckt“, kann bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen gem § 864a ABGB der Vertrag zum vermeintlichen Überlasser wegfallen. Eine Anwendung der Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB scheitert demgegenüber am Wortlaut dieser Bestimmung, die auf Nebenbestimmungen abstellt.

Die eben dargestellten Rechtsfolgen können nur in Sonderfällen eintreten. Die Frage, welche Grenzen die österr Rechtsordnung dem Payrolling grds, also ohne weitere Verschleierung vor dem AN setzt, muss daher jedenfalls noch beantwortet werden.

III. Scheingeschäft und Umgehungsgeschäft

A. Einleitung

Das Payrolling hat zumeist ein wesentliches Ziel, nämlich die Vermeidung der (vertraglichen) AG-Stellung des Beschäftigten. Dahinter ist wiederum der Wunsch zu vermuten, bestimmte arbeitsrechtliche Ansprüche auszuschließen. Zu denken wäre etwa an „freie“ Entgelt-BV des Beschäftigten, die weit über dem KV-Mindestentgelt liegen. Wesentlich dürfte aber auch der Ausschluss des Bestandschutzes gegenüber dem Beschäftigten sein. Es geht also um die Vermeidung bestimmter Pflichten. Es wird zwar meist nicht deren gänzliche Unanwendbarkeit erreicht. Verhindert wird aber deren Anwendbarkeit gegenüber einer bestimmten Person, bzw gegenüber dem Beschäftigten. Das Payrolling ist daher, drastisch formuliert, ein juristisches Ausweichmanöver, ein Versuch, durch die Ausnutzung der Privatautonomie bestimmte Regelungen zu umschiffen. Vor diesem Hintergrund ist naheliegend zu überlegen, ob das Payrolling ein Schein- oder Umgehungsgeschäft ist. Schon 1987 wurde ein Überlasser in einem Gerichtsverfahren von einem AN als „Strohmann“ und „Briefkastenfirma“ und die Arbeitskräfteüberlassung als „Umgehungsgeschäft“ bezeichnet.⁹⁹¹

B. Scheingeschäft

Nach *Schindler* liegt beim Payrolling, bei dem der Beschäftigte auch die einzustellenden AN auswählt, „in Wahrheit ein verschleiertes Arbeitsverhältnis zum

⁹⁹¹ OGH 14 Ob 180/86 RdW 1987, 335 (*Zeiler*) = ZAS 1988, 56 (*Hoyer*). Eine „Umgehung“ wird auch im Verfahren OGH 8 ObA 108/06z ZAS 2008, 77 (*Gerlach*) vom Kläger vorgebracht.

Beschäftiger und keine Arbeitskräfteüberlassung vor.“⁹⁹² Dies deutet in Richtung der Annahme eines Scheingeschäfts. Das Scheingeschäft ist in § 916 ABGB geregelt. Die hL beschreibt das Scheingeschäft als ein Geschäft, das von dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger nicht tatsächlich gewollt ist. Eine Willenserklärung wird also mit Einverständnis des Empfängers nur zum Schein abgegeben, die vermeintlichen Rechtsfolgen sollen nicht ausgelöst werden.⁹⁹³ Nach *Tamussino* ist das Scheingeschäft eine „Täuschung über Tatsachen“.⁹⁹⁴ Durch die abgegebenen Scheinerklärungen werden das tatsächlich Gewollte und damit der „wahre Sachverhalt“ verschleiert.⁹⁹⁵

Auf den ersten Blick könnte man meinen, beim Payrolling werde das „wahre Geschäft“, nämlich die Direktanstellung durch den vermeintlichen Beschäftiger verschleiert. Dem Vorliegen eines Scheingeschäfts iSd § 916 ABGB steht aber der Rechtsfolgewillen der beteiligten Personen entgegen. Die Beteiligten wählen bewusst die Rechtsfolgen der Überlassungskonstruktion, insb das Fehlen eines Arbeitsvertrags zum Beschäftiger. Der VwGH hat in einem Verfahren die Frage aufgeworfen, ob eine Überlassung ein Scheingeschäft sein kann.⁹⁹⁶ Es ging dabei nicht um Payrolling (zumindest ist das aus dem wiedergegebenen SV nicht genau ersichtlich), sondern um die Überlassung eines GmbH-Geschäftsführers. Dem Geschäftsführer sollte durch diese Konstruktion eine Pflichtversicherung nach dem ASVG ermöglicht werden. Der VwGH verneint diese Versicherungspflicht mangels persönlicher Abhängigkeit und prüft daher das Vorliegen eines Scheingeschäfts nicht. *Micheler* verneint in ihrer Anmerkung offensichtlich das Vorliegen eines Scheingeschäfts und bejaht stattdessen ein Umgehungsgeschäft, „da die Parteien dieses Geschäft auch im Innenverhältnis in dieser Form abschließen wollten. Sie wollen auch untereinander auf diese Weise gebunden sein. Sie täuschen eben nicht nur einen bestimmten Vertrag nach außen hin vor.“⁹⁹⁷

Das Gleiche gilt auch für das Payrolling, die Konstruktion ist von den Beteiligten tatsächlich gewollt. Die Tatsache, dass dem AN eine Direktanstellung lieber wäre, ändert nichts daran, dass er nach außen einen anderen Rechtsfolgewillen geäußert hat. Auch die Tatsache, dass dem Beschäftiger beim Payrolling faktisch Rechte zukommen, die einfacher

⁹⁹² *Schindler* in *ZellKomm*² § 3 AÜG Rz 5.

⁹⁹³ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 916 Rz 1; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 916 Rz 2.

⁹⁹⁴ *Tamussino*, Die Umgehung 32 ff.

⁹⁹⁵ *Tamussino*, Die Umgehung 32.

⁹⁹⁶ VwGH 90/08/0096 ZAS 1992, 207 (*Micheler*).

⁹⁹⁷ *Micheler*, ZAS 1992, 210.

durch eine Direktanstellung des AN bei ihm erklärt werden könnten, sprechen nicht für ein Scheingeschäft. Durch die außenwirksame Übertragung von Rechten auf einen Dritten, bei faktischer Entscheidungsbefugnis durch den Beschäftigten, ähnelt das Payrolling, wie oben bereits ausgeführt, der Treuhandkonstruktion. Die Treuhand wird im österr Recht aber ebenfalls nicht als Scheingeschäft iSd § 916 ABGB qualifiziert, da die beteiligten Parteien eine „Realisierungsabsicht“ haben.⁹⁹⁸ Wie sogleich gezeigt wird, liegt es nahe, das Payrolling als sog „Strohmanngeschäft“ zu qualifizieren. Auch die Fälle, die unter dem Begriff des Strohmanngeschäfts zusammengefasst werden, sind grds nicht als Scheingeschäft zu qualifizieren, uzw selbst dann nicht, wenn der Dritte (beim Payrolling der AN) von der Strohmanneigenschaft weiß.⁹⁹⁹ Ein Scheingeschäft wird dann verneint, wenn der Strohmann gegenüber dem Dritten haften soll.¹⁰⁰⁰ Beim Payrolling soll tatsächlich der Strohmann, der Überlasser, gegenüber dem AN als vertraglicher AG haften. Der Ausschluss der Haftung des Hintermanns, des Beschäftigten, ist gerade das Ziel der Konstruktion.

C. Umgehungsgeschäft

1. Einleitung

Durch das Payrolling wird die Anwendbarkeit bestimmter arbeitsrechtlicher Bestimmungen vermieden. Anstelle eines Scheingeschäfts könnte daher ein Umgehungsgeschäft vorliegen. *Sieker* definiert das „Vorschieben oder Zwischenschalten einer anderen Person“ als eine von vier typischen Umgehungsstrategien.¹⁰⁰¹ Das Payrolling passt offensichtlich gut in diese Kategorie. Wie oben bereits ausgeführt, hat auch der OGH in der E 9 ObA 113/03p in einer neunjährigen Überlassung ein Umgehungsgeschäft gesehen.¹⁰⁰² Auch in einer E aus 1987 hat er ausgesprochen, dass „eine Umgehung des § 105 ArbVG“ vorliegen kann, wenn AN nur an ein bestimmtes Unternehmen und „„Schwesterunternehmungen“ zu dem Zweck dauernd [überlassen werden], damit diese

⁹⁹⁸ *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ § 916 Rz 29.

⁹⁹⁹ *Armbrüster*, in *Säcker/Rixecker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB, Band 1⁶ (2012) § 117 Rz 16 f.

¹⁰⁰⁰ *Armbrüster* in *Säcker/Rixecker*, Münchener Kommentar zum BGB, Band 1⁶ § 117 Rz 16 f.

¹⁰⁰¹ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte 56 f.

¹⁰⁰² OGH 9 ObA 113/03p DRdA 2004, 553 (*Balla*).

AN als Angehörige des Überlassungsbetriebes keinen betriebsverfassungsrechtlichen Schutz nach § 105 ArbVG genießen“.¹⁰⁰³

Das Umgehungsgeschäft ist im österr Recht nicht allg geregelt. Es handelt sich bei der Umgehung auch nicht um eine eigenständige Rechtsfigur.¹⁰⁰⁴ Insb ist nicht jede Umgehung einer Bestimmung unzulässig. *Schwarz* hat darauf hingewiesen, dass auch die Arbeitskräfteüberlassung an sich als Umgehung bezeichnet wird, das AÜG lasse aber eindeutig die Zulässigkeit dieser Konstruktion erkennen.¹⁰⁰⁵ Bei der Gesetzesumgehung ist nach den herkömmlichen Methoden zu prüfen, ob die umgangene Norm anzuwenden ist. Dazu wird entweder eine erweiternde Auslegung oder Analogie der umgangenen Norm geprüft, gegebenenfalls ist davor eine direkt anwendbare Norm einschränkend auszulegen oder teleologisch zu reduzieren.¹⁰⁰⁶ Bei dieser methodischen Vorgehensweise gibt es keinen Platz für die Berücksichtigung einer „Umgehungsabsicht“,¹⁰⁰⁷ weshalb im Folgenden auf dieses Element nicht eingegangen wird. Der OGH prüft dennoch meistens diese Absicht,¹⁰⁰⁸ wobei er aber gerade in der erwähnten E zur Dauerüberlassung auf diesen Nachweis zu verzichten scheint.¹⁰⁰⁹

Naheliegend ist der Vorwurf, das Payrolling sei ein Missbrauch des Instituts der Arbeitskräfteüberlassung. *Tamussino* hat allerdings zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass die Figur eines „institutionellen Rechtsmissbrauchs“ bei der Prüfung eines Umgehungsgeschäfts nichts zur Lösung beiträgt.¹⁰¹⁰ Er hat außerdem darauf hingewiesen, dass auch die Qualifikation als „Strohmannkonstruktion“ juristisch wenig aussagekräftig ist. Aufgrund der häufigen Verwendung des Begriffes müsse man das Strohmanggeschäft weit definieren, als „die Einschaltung einer Mittelperson in der Absicht der Umgehung und/oder der Simulation“.¹⁰¹¹ Es ist naheliegend, dass das Payrolling diese Definition

¹⁰⁰³ OGH 9 ObA 63/87 DRdA 1988, 265 (*Harrer*) = ZAS 1988, 95 (*Schnorr*); vgl *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 38.

¹⁰⁰⁴ *Tamussino*, Die Umgehung 123 f; *Sieker*, Umgehungsgeschäfte 8. Vgl dazu und zum Folgenden *Schörghofer*, Anmerkung zu OGH 25.01.2011, 8 ObA 3/11s, ZAS 2011, 268 (270 f).

¹⁰⁰⁵ *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 178.

¹⁰⁰⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 178.

¹⁰⁰⁷ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte 40.

¹⁰⁰⁸ *Schörghofer*, ZAS 2011, 270.

¹⁰⁰⁹ OGH 9 ObA 113/03p DRdA 2004, 553 (*Balla*): „Auch die Gefahr von Benachteiligungen durch die Konstruktion der Arbeitskräfteüberlassung ist gegenüber einem für derartige Fälle typischen regulären Beschäftigungsverhältnis besonders hoch, mag auch im Einzelfall eine Umgehungsabsicht nicht vorliegen oder nicht erweislich sein.“

¹⁰¹⁰ *Tamussino*, Die Umgehung 111 ff; ebenso *Sieker*, Umgehungsgeschäfte 16.

¹⁰¹¹ *Tamussino*, Die Umgehung 161.

häufig erfüllt. Der Qualifikation als Strohmännchen fehle aber jede juristische Bedeutung, für die Prüfung der Zulässigkeit der Umgehung sei damit nichts gewonnen.¹⁰¹²

Bei der Prüfung einer Umgehung ist auf § 8 Abs 2 AÜG hinzuweisen, der „Vereinbarungen zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigten, die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen“, verbietet. Allgemein wird ausdrücklichen gesetzlichen Umgehungsverboten wenig Bedeutung beigemessen. Es wird ihnen nur eine „Appell- und Klarstellungsfunktion“¹⁰¹³ bzw in Einzelfällen allenfalls „eine Erleichterung der rechtsdogmatischen Argumentation für das Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke“¹⁰¹⁴ zugestanden. Letzterem entspricht, wenn *Schindler* aus § 8 Abs 2 AÜG ableitet, dass aufgrund dieser Bestimmung eine Umgehung strenger zu prüfen ist.¹⁰¹⁵

Im Folgenden ist zuerst zu überlegen, welche Bestimmungen durch das Payrolling umgangen werden könnten. Im Anschluss ist deren Anwendbarkeit zu prüfen.

2. Welche Norm wird umgangen?

Rebhahn hat die Frage nach der umgangenen Norm für den Fall der langfristigen Überlassung (vor Inkrafttreten des § 10 Abs 1a AÜG) intensiv untersucht.¹⁰¹⁶ Seine Stellungnahmen, die im Folgenden zitiert werden, beziehen sich also grds nur auf die dauerhafte Überlassung.

Der OGH geht in seiner E zur neunjährigen Überlassung nicht ausdrücklich darauf ein, welche Norm seines Erachtens umgangen wird. In einer anderen E deutet er die Umgehung des § 105 ArbVG an.¹⁰¹⁷ Einfach ist die Suche nach der umgangenen Norm, wenn man als Rechtsfolge zusätzliche Gleichstellungsansprüche akzeptiert. Hier kommt einerseits direkt die Rechtsgrundlage des Anspruchs der StammAN in Frage, also etwa ein Anspruch auf Mindestentgelt aufgrund einer freien BV, sofern sie nicht von der Gleichstellung gem § 10 AÜG erfasst ist.¹⁰¹⁸ Nachdem dieser Anspruch den StammAN gegen den Beschäftigten zusteht, müsste auch durch die analoge Anwendung dieser

¹⁰¹² *Tamussino*, Die Umgehung 161.

¹⁰¹³ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte 39.

¹⁰¹⁴ *Tamussino*, Die Umgehung 118.

¹⁰¹⁵ *Schindler* in *ZellKomm*² § 8 AÜG Rz 5. *Tomandl* (Arbeitskräfteüberlassung 24) meint, das Umgehungsverbot des § 8 Abs 2 AÜG ergebe sich bereits aus dem Gesetzeszweck des § 2 AÜG.

¹⁰¹⁶ *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung passim.

¹⁰¹⁷ OGH 9 ObA 63/87 DRdA 1988, 265 (*Harrer*) = ZAS 1988, 95 (*Schnorr*).

¹⁰¹⁸ Vgl zur Auslegung des § 10 Abs 1 AÜG iZm freien BV *Schörghofer*, *juridikum* 2014, 90.

Bestimmung grds ein Anspruch der überlassenen AN gegen den Beschäftiger entstehen.¹⁰¹⁹ Andererseits könnte man auch eine analoge Anwendung des § 10 AÜG, also des Gleichstellungsanspruchs erwägen. Dieser Anspruch müsste grds gegen den Überlasser bestehen. *Rebhahn* hat zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass die Rechtsfolge der Umgehung eher den Beschäftiger als den Überlasser treffen sollte, da der Beschäftiger in größerem Ausmaß von der Umgehung profitiert.

Wie bereits mehrmals erwähnt wurde, vermeidet der Beschäftiger durch das Payrolling insb die vertragliche AG-Eigenschaft. Naheliegender ist es daher zu sagen, es müsse bei einer unzulässigen Umgehung zur Begründung eines AV zum Beschäftiger kommen. Dabei ist der Wechsel des Arbeitsvertrags vom Überlasser zum Beschäftiger vorzugsweise, ein Doppelarbeitsverhältnis würde zahlreiche Probleme aufwerfen.¹⁰²⁰ Die Begründung eines Vertrags als Folge einer Umgehung ist aber methodisch herausfordernd. *Rebhahn* bejaht diese Rechtsfolge, weist aber darauf hin, dass das im Rahmen der Umgehungsprüfung eine neuartige Rechtsfolge ist.¹⁰²¹ Er geht (bei dauerhafter Überlassung) davon aus, dass der Überlassungsvertrag aufgrund der Umgehung wegfällt. In der Folge könne man aus der (Weiter-)Beschäftigung des AN die Bereitschaft des Beschäftigers ableiten, den Arbeitsvertrag zu übernehmen. Dabei handle es sich „nicht um eine rechtsgeschäftliche Deutung des Verhaltens (Weiterbeschäftigung), sondern um eine aus Normzweck und Umgehung abgeleitete Rechtsfolge.“ Zur Unterstützung beruft er sich darauf, dass dem Arbeitsrecht die Sanktion der Begründung eines Arbeitsvertrags gegen den Willen des AG nicht fremd ist.¹⁰²² Methodisch möglich scheint die analoge Anwendung einer Norm, die einen Vertragspartnerwechsel vorsieht, also insb § 3 AVRAG.

3. Lückenhaftigkeit des österreichischen Rechts?

Die genannten Rechtsfolgen bei Annahme einer unzulässigen Umgehung sind allesamt der Rechtsfortbildung zuzuordnen. Direkte Ansprüche gegen den Beschäftiger sind nur durch arbeitsrechtliche Normen zu begründen, die grds nur zwischen Vertragspartnern gelten, und daher analog angewendet werden müssen. Zusätzliche Gleichstellungsansprüche gegen den Überlasser sind ebenfalls nur durch eine

¹⁰¹⁹ Vgl dazu und zum Folgenden *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 26.

¹⁰²⁰ *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 58.

¹⁰²¹ *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 55 ff.

¹⁰²² Gemeint ist wohl die verbotene Kettenbefristung.

Überschreitung der Wortlautgrenze des § 10 AÜG zu erreichen. Auch der Wechsel des Arbeitsvertrags zum Beschäftigten verlangt jedenfalls eine Rechtsfortbildung.

Eine Voraussetzung dieser Ansprüche ist daher die Annahme einer Lückenhaftigkeit des österr Rechts, insb des AÜG im Hinblick auf das Payrolling, um Analogieschlüsse zu ermöglichen. Wie bereits gezeigt wurde, ist die Lückenhaftigkeit des österr Rechts bzgl langfristiger Überlassungen seit der Einführung des § 10 Abs 1a AÜG nicht mehr argumentierbar. Hinsichtlich des Payrolling besteht im österr Arbeitsrecht aber noch ausreichend Argumentationsspielraum. Eine Norm, aus der eine Billigung des Payrolling durch den Gesetzgeber abgeleitet werden kann, existiert nicht.

Gegen die Lückenhaftigkeit auch bzgl des Payrolling kann allerdings ein Argument sprechen, das von *Risak* im Zusammenhang mit langfristigen Überlassungen vorgebracht wurde. Er sieht im AÜG ein Gesetz mit „starkem Kompromisscharakter“, was zu Zurückhaltung bei der Annahme seiner Lückenhaftigkeit verpflichtet.¹⁰²³ Das Gleiche muss dann auch bzgl des Payrollings gelten. Grds ist die These, dass bei intensiv diskutierten Gesetzen seltener eine „Planwidrigkeit“ auftritt, durchaus verständlich. *Firlei* hat bereits 1987 allgemein davor gewarnt im Zusammenhang mit atypischen Beschäftigungsformen vorschnell von einer verbotenen Umgehung auszugehen. Unter Anderem müsse man die „Differenziertheit und Komplexität politischer Prozesse“ ausreichend würdigen.¹⁰²⁴ *Geppert* hat 1991 im Zusammenhang mit dem AÜG auf die methodischen Besonderheiten von „Kompromissgesetzen“ hingewiesen.¹⁰²⁵ Angebracht sei eine starke Orientierung am Wortlaut, er weist aber selber darauf hin, dass die Wortlautgrenze bei ausreichender (teleologischer) Argumentation überschritten werden kann. *Geppert* beruft sich in dem Zusammenhang insb auf *Herschel*.¹⁰²⁶ Dieser geht nicht auf die Lückenhaftigkeit eines Kompromissgesetzes ein, sondern auf die Analogiefähigkeit von Kompromissbestimmungen. Im Ergebnis verneint er eine methodische Sonderbehandlung von Kompromissgesetzen. Er beruft sich dazu insb auf eine mangelnde Praktikabilität dieses Ansatzes. Kompromisse seien häufig schwer als solche erkennbar, in einer pluralistischen Gesellschaft sei außerdem so gut wie jeder gesetzgeberische Akt ein

¹⁰²³ *Risak*, *ecolex* 2004, 468.

¹⁰²⁴ *Firlei*, *Flucht aus dem Arbeitsrecht*, DRdA 1987, 271 (284 ff).

¹⁰²⁵ *Geppert* in FS Schwarz 241.

¹⁰²⁶ *Herschel*, *Analogie und Kompromiß*, JZ 1979, 577.

Kompromiss. Ähnlich sieht dies *Rebhahn*, die methodische Berücksichtigung des Kompromisscharakters müsse entweder „für alle Gesetze gelten – oder für keines“.¹⁰²⁷

Die Lückenhaftigkeit des AÜG hinsichtlich des Payrolling setzt voraus, dass das Gesetz diesen Fall (planwidrig) nicht regelt. Voraussetzung ist also, dass es keine Bestimmung im österr Arbeitsrecht gibt, die das Payrolling berücksichtigt und dafür besondere Regelungen vorsieht. Im Folgenden wird dargelegt, dass es mit § 2 Abs 4 AMFG potentiell eine solche Bestimmung gibt. Wie sogleich zu sehen sein wird, bietet diese Bestimmung ausreichenden Auslegungsspielraum, um auch das Payrolling einer Regelung zuzuführen. Methodisch ist es geboten, diesen Auslegungsspielraum auszunutzen, bevor auf die Rechtsfortbildung zurückgegriffen wird. Die folgende Auslegung des § 2 Abs 4 AMFG könnte unter dem Gesichtspunkt einer drohenden Umgehung diskutiert werden. Für die Argumentation wäre dadurch, mangels methodischer Besonderheiten des Umgehungsgeschäfts, aber nichts gewonnen.

D. Zusammenfassung

Wie gezeigt wurde, ist das Payrolling nicht als Scheingeschäft zu qualifizieren, weil die Überlassungskonstruktion von den Beteiligten tatsächlich gewünscht ist. Naheliegender wäre demgegenüber das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts. Als umgangene Norm kommt dabei möglicherweise auch der Arbeitsvertrag in Betracht, der bei Direktanstellung zwischen dem AN und dem Dienstleistungsempfänger bestehen würde. Voraussetzung einer Rechtsfortbildung zur Verhinderung der Umgehung wäre das Vorliegen einer planwidrigen Lücke im Hinblick auf das Payrolling. Das Vorliegen einer solchen Lücke ist insb durch Untersuchung des § 2 Abs 4 AMFG zu klären, der möglicherweise eine Regulierung des Payrolling bereits durch Auslegung, also ohne Überschreiten der Wortlautgrenze, erlaubt.

¹⁰²⁷ *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 29.

IV. § 2 Abs 4 AMFG

A. Einleitung

Im Schrifttum wird in Zusammenhang mit dem Payrolling auf § 2 Abs 4 AMFG hingewiesen.¹⁰²⁸ § 2 Abs 4 AMFG¹⁰²⁹ existierte in ähnlicher Form als § 9 Abs 4 AMFG aF seit 1968 und regelt das Verhältnis von Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung:

„Als Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 (Arbeitsvermittlung, Anm) gilt auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt.“

Sowohl der Tatbestand als auch die Rechtsfolge dieser Norm sind unklar und daher auslegungsbedürftig. Auf Ebene des Tatbestandes muss ermittelt werden, wann genau ein Überlasser „die Pflichten des Arbeitgebers“ nicht trägt. Auf Ebene der Rechtsfolge ist fraglich, was es bedeutet, dass Arbeitsvermittlung vorliegt. In Frage kommt insb auch eine einschneidende zivilrechtliche Folge. Der wesentliche Unterschied zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung ist nämlich, mit wem der Arbeitsvertrag zustande kommt. Bei der Überlassung ist nur der Überlasser Arbeitgeber und nicht der Empfänger der Arbeitsleistung. Bei der Arbeitsvermittlung ist es genau umgekehrt, Arbeitgeber wird derjenige, der tatsächlich die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers einsetzt. Wenn nun § 2 Abs 4 AMFG anordnet, dass in gewissen Fällen Arbeitsvermittlung statt Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, könnte daraus folgen, dass das auch die Herstellung der, der Arbeitsvermittlung zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse zur Folge hat. Die Folge wäre, dass ein Arbeitsvertrag zum vermeintlichen Beschäftiger besteht. Die zentrale Frage, ob § 2 Abs 4 AMFG diese zivilrechtliche Rechtsfolge anordnet, wurde von *Schnorr* bereits 1979 zum § 9 Abs 4 AMFG aF aufgeworfen.¹⁰³⁰ Bejaht man dies, bestünde mit § 2 Abs 4 AMFG also eine Möglichkeit, den Beschäftiger in bestimmten Fällen in die Rolle des vertraglichen Arbeitgebers zu drängen. Damit wäre eine zentrale Forderung atypisch Überlassener erfüllt, weil sämtliche strukturellen Nachteile im Betriebsverfassungsrecht, bei den Arbeitsbedingungen und insb auch bei der Beendigung mit einem Schlag getilgt wären. *Davidov* beschreibt die Möglichkeit des Gesetzgebers, den Beschäftiger zum vertraglichen AG zu machen, als „letzte Verteidigungslinie“ („final line of defence“) gegen

¹⁰²⁸ *Schindler* in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 5.

¹⁰²⁹ Vgl zum ähnlichen § 1 Abs 2 dAÜG *Waas* in *Thüsing*, AÜG³ § 1 Rz 134 ff.

¹⁰³⁰ *Schnorr*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 23 f.

den Missbrauch der Arbeitskräfteüberlassung.¹⁰³¹ Es ist verwunderlich, dass § 2 Abs 4 AMFG in der jüngeren Diskussion der atypischen Überlassung kaum Aufmerksamkeit gefunden hat, insb auch nicht in der Leitentscheidung des OGH.¹⁰³²

Im Folgenden werden die Stellungnahmen in der Rsp und der Lehre aufgearbeitet. Im Anschluss daran wird eine eigene Lösung entwickelt. Die besondere Schwierigkeit der Auslegung des § 2 Abs 4 AMFG liegt, wie bereits gesagt, darin, dass sowohl die Rechtsfolge als auch der Tatbestand der Bestimmung auslegungsbedürftig sind. Bei der Auslegung muss darauf geachtet werden, dass zur Begründung des Tatbestands nicht auf das Auslegungsergebnis der Rechtsfolge verwiesen wird oder umgekehrt. Es soll also ein Zirkelschluss zwischen Rechtsfolge und Tatbestand vermieden werden. Inhaltlich müssen sowohl das Auslegungsergebnis der Rechtsfolge, als auch, unabhängig davon, das des Tatbestandes überzeugen, ebenso wie ihre Kombination.

B. Rechtsprechung

Der 14. Senat des OGH hat am 27.01.1987 gleich zwei Urteile gefällt, die auf § 9 Abs 4 AMFG aF und seine Rechtsfolgen eingehen. In der ersten E hatte der OGH über den Arbeitsvertrag einer überlassenen Arbeitskraft zu entscheiden, in dem ein Anspruch auf Entgelt nur bei tatsächlich geleisteter Arbeit bestand.¹⁰³³ Der OGH entschied im Anschluss an die hL¹⁰³⁴, dass der grds dispositive § 1155 ABGB bei Arbeitskräfteüberlassung nicht abbedungen werden kann. Dies hätte nämlich zur Folge, dass der AG nicht das ihm von § 9 Abs 4 AMFG aF damals noch ausdrücklich auferlegte „wirtschaftliche Wagnis“ tragen würde. Durch diese vertragliche Vereinbarung liegt nach Ansicht des OGH „geradezu der typische Fall“ der verbotenen Arbeitsvermittlung vor. Daraus leitet der OGH ab, dass die Vertragsbestimmung gem § 879 Abs 1 ABGB nichtig ist. Die oben genannte Möglichkeit, aus dem Vorliegen von Arbeitsvermittlung einen AV gegen den vermeintlichen Beschäftiger abzuleiten und den AN auf Ansprüche gegen diesen zu verweisen, wird in der E nicht erwähnt. Der Kläger hatte diese Rechtsfolge nicht begehrt, der Beschäftiger, den diese Rechtsfolge getroffen hätte, war am Verfahren auch gar nicht beteiligt. In den

¹⁰³¹ *Davidov*, British Journal of Industrial Relations 2004, 732 f. *Brors/Schüren* empfehlen in einem Gutachten zu deutschen Recht diese Rechtsfolge bei nicht vorübergehenden Überlassungen; *Brors/Schüren*, Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern 8 ff, 19 f.

¹⁰³² *Schörghofer*, ZAS 2012, 344.

¹⁰³³ OGH 14 Ob 224/86 Arb 10.603.

¹⁰³⁴ Vgl *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 84 f.

Materialien zum AÜG wird diese E des OGH als „richtungsweisend“ bezeichnet.¹⁰³⁵ Die relativ zwingende Wirkung des § 1155 ABGB wurde in § 10 Abs 2 AÜG ausdrücklich festgeschrieben.

In der zweiten E hatte der OGH die Überlassung eines Technikers zu überprüfen.¹⁰³⁶ Der Kläger wurde von einer liberianischen Gesellschaft an ein österreichisches Großunternehmen, die V**** A**** AktG, nach Libyen überlassen. Anders als in der ersten E wendet sich der AN mit seiner Entgeltforderung an den Beschäftigter, also das österr Unternehmen, der Überlasser sei nur „Briefkastenfirma“ und „Strohmann“, die Arbeitskräfteüberlassung ein „Umweggeschäft“. Bereits das BerG diskutierte zur Prüfung der Passivlegitimation des österr Unternehmens, also des Beschäftigters, § 9 Abs 4 aF AMFG, die Vorgängerbestimmung des heutigen § 2 Abs 4 AMFG: *„§ 9 Abs. 4 AMFG regle aber nur die Frage, wann eine unerlaubte Arbeitsvermittlung vorliege, beantworte jedoch nicht die arbeitsrechtlich selbständig zu beurteilende Frage, wer Arbeitgeber des im ‚unechten‘ Leiharbeitsverhältnis Tätigen sei.“* Der OGH prüft eingehend, ob § 9 Abs 4 AMFG im Anlassfall anwendbar ist. Er gelangt grds zur Anwendung libyschen Rechts, § 9 Abs 4 AMFG aF sei allerdings eine öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm und daher dennoch anzuwenden. Im Ergebnis sieht der OGH aber keinen Verstoß gegen § 9 Abs 4 AMFG aF. Der Überlasser habe nämlich die gesamte Lohnzahlung, Entgeltfortzahlung und Flugkosten übernommen. Außerdem sei der Vertrag nicht ausdrücklich befristet und unabhängig von einer tatsächlichen Einsatzmöglichkeit. Die E enthält aus diesem Grund keine eindeutige Aussage zur Rechtsfolge, also zu der Frage, ob bei Erfüllung des Tatbestandes des § 9 Abs 4 AMFG ein AV zum Beschäftigter besteht. Das Urteil enthält allerdings starke Indizien dafür, dass der OGH diese Rechtsfolge grds bejaht: *„Die in § 9 Abs. 4 AMFG normierte Abgrenzung zwischen erlaubter Arbeitnehmerüberlassung und verbotener Arbeitsvermittlung hat insofern privatrechtsgestaltende Wirkung, als das österreichische öffentliche Recht durch die vorgenommene Risikozuweisung zwingend festlegt, daß bei einer Arbeitnehmerüberlassung, die nicht als verbotene Arbeitsvermittlung nach § 9 Abs. 4 AMFG anzusehen ist, der Überlasser Arbeitgeber ist (vgl. Schnorr, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 15 und 23 f). [...] Bei dieser Sachlage ist infolge Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung nach § 9 Abs. 4 AMFG nur der Verleiher, also die T****

¹⁰³⁵ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 13.

¹⁰³⁶ OGH 14 Ob 180/86 RdW 1987, 335 (Zeiler) = ZAS 1988, 56 (Hoyer).

*C***, Arbeitgeber des Klägers geworden, so daß dieser gegen die beklagte Partei keine arbeitsrechtlichen Ansprüche hat.“*

Hätte der OGH bei einem Verstoß gegen § 9 Abs 4 AMFG aF die AG-Eigenschaft des Beschäftigers nicht bejaht, wäre im Übrigen die Prüfung eines Verstoßes gegen § 9 Abs 4 AMFG aF sinnlos gewesen. Auch *Hoyer* versteht die E so, dass der OGH bei Erfüllung des Tatbestandes des § 9 Abs 4 AMFG einen Arbeitsvertrag zum Beschäftiger bejahen würde.¹⁰³⁷ *Rebhahn* geht in seiner Entscheidungsbesprechung vor allem auf die aufgeworfenen Fragen des IPR ein, er hält aber fest, dass auch der „untaugliche Versuch“ des BerG den „Strohmannvorwurf zu entkräften“ und „die Auffassung des OGH, die Arbeitnehmerüberlassung sei aufgrund der Vertragsgestaltung nach § 9 Abs. 4 AMFG erlaubt“ kritikwürdig sind.¹⁰³⁸

Den beiden Entscheidungen kann im Ergebnis keine eindeutige Antwort zu den Rechtsfolgen des § 9 (Abs 4) AMFG aF entnommen werden. Die E 14 Ob 224/86 deutet ein wenig in die eine Richtung (obwohl die zentrale Frage vom Kläger nicht gestellt wurde), die E 14 Ob 180/86 deutet relativ klar in die andere Richtung.

Der 9. Senat des OGH beruft sich in einer weiteren E im selben Jahr auf die beiden E.¹⁰³⁹ Er verneint zwar bereits die Erfüllung des Tatbestands des § 9 Abs 4 AMFG, dennoch nimmt der OGH im Anschluss zur Rechtsfolge des § 9 Abs 4 AMFG eindeutig Stellung: *„Anders als das deutsche Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) fingiert das AMFG für den Fall der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung nicht ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer.“* Eine Haftung des Beschäftigers als AG käme nur unter den Voraussetzungen des § 916 ABGB in Frage. Zur Begründung beruft sich der OGH auf die E 14 Ob 224/86,¹⁰⁴⁰ eine darüber hinausgehende Begründung enthält das Urteil nicht. Wie soeben dargelegt wurde, enthalten die beiden Vorentscheidungen des OGH aber zumindest nicht diese eindeutige Aussage, für das Ergebnis des OGH fehlt daher eine Begründung.

Seitdem spielt § 2 Abs 4 AMFG in der Rsp eine geringe Rolle. Er wurde vom OGH zur Begründung einer weiten sozialen Gestaltungspflicht von Überlassern im Rahmen des

¹⁰³⁷ *Hoyer*, ZAS 1988, 59.

¹⁰³⁸ *Rebhahn*, Die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, IPRax 1988, 368 (370).

¹⁰³⁹ OGH 9 ObA 76/87 DRdA 1988, 467.

¹⁰⁴⁰ OGH 14 Ob 224/86 Arb 10603.

§ 105 ArbVG herangezogen.¹⁰⁴¹ In einer anderen E wird die Bestimmung zur Begründung für die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Subüberlassung herangezogen.¹⁰⁴²

2010 hatte der OGH einen Arbeitskräfteüberlassungsvertrag zu beurteilen, durch den AN-ähnliche „Trockenarbeiterpartien“ überlassen wurden.¹⁰⁴³ Das Verfahren fand zwischen den beiden Unternehmen statt, der Überlasser klagt ausstehendes Überlassungsentgelt vom Beschäftiger ein. Der Beschäftiger wendet ua ein, dass der Vertrag absolut nichtig sei, weil unerlaubte Arbeitsvermittlung vorliege. Der OGH führt aus, dass gem § 2 Abs 4 AMFG die Überlassung der Arbeitsvermittlung gleichgestellt wird, wenn der Überlasser nicht „die arbeits- und sozialrechtlichen Pflichten eines Arbeitgebers im Allgemeinen und die besonderen aufgrund des AÜG“ trägt. § 2 Abs 4 AMFG „verdeutlicht“ die Bestimmung des § 2 Abs 1 AMFG „ohne deren normative Bedeutung zu ändern.“ Im konkreten Fall könnten keine AG-Pflichten verletzt werden, weil eine selbständige Tätigkeit vorliege. Der OGH äußert sich daher auch nicht dazu, ob im Falle einer Verletzung von § 2 Abs 1 iVm Abs 4 AMFG absolute Nichtigkeit des Überlassungsvertrags eintreten würde.

Im Ergebnis hat sich der OGH zwar einmal ausdrücklich dagegen ausgesprochen, dass es gem § 9 Abs 4 AMFG zu einem AV zum vermeintlichen Beschäftiger kommen kann. Dieses Urteil beruht aber allein auf einer zumindest „gewagten“ Interpretation der Vorjudikatur, wenn nicht sogar auf deren Fehlinterpretation. Insb gibt es eine andere Vor-E, in der der OGH von dieser Rechtsfolge des § 9 Abs 4 AMFG auszugehen scheint. Zu beachten ist jedenfalls, dass sich seit den E des OGH im Jahr 1987 das Umfeld des § 2 Abs 4 AMFG geändert hat, was Einfluss auf die Auslegung der Bestimmung haben kann (dazu sogleich).

C. Meinungsstand im Schrifttum

Auch im Schrifttum wurden § 2 Abs 4 AMFG und der Vorgängerbestimmung Aufmerksamkeit gewidmet. Wie bereits erwähnt, hat *Schnorr* bereits 1979 die Frage nach der Rechtsfolge des § 9 Abs 4 AMFG aF aufgeworfen,¹⁰⁴⁴ mE jedoch ohne sie

¹⁰⁴¹ OGH 9 ObA 233/98z Arb 11790.

¹⁰⁴² OGH 9 ObA 91/07h DRdA 2010/10 (*Schindler*) = ZAS 2011/7 (*Pačić*).

¹⁰⁴³ OGH 23.11.2010, 8 Ob 16/10a.

¹⁰⁴⁴ *Schnorr*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 23 f.

beantworten zu wollen.¹⁰⁴⁵ Der OGH sieht in ebendieser Stelle hingegen eine Entscheidung *Schnorr* für die privatrechtsgestaltende Wirkung des § 9 Abs 4 AMFG aF.¹⁰⁴⁶ An anderer Stelle vertritt *Schnorr*, dass § 9 Abs 4 AMFG aF als öffentlich-rechtliche Bestimmung nicht „unmittelbar auf den Inhalt des Arbeitsvertrages konkretisierend einwirkt“.¹⁰⁴⁷ Ihrem Sinn als Ausnahme von einer öffentlich-rechtlichen Verbotsnorm entspreche eine Deutung als „Interpretationshilfe“. Es sei im Zweifel eben davon auszugehen, dass die Vertragsparteien einen verwaltungsrechtskonformen Inhalt vereinbaren wollten.¹⁰⁴⁸

Firlei scheint (nur) von der Nichtigkeit der einzelnen vertraglichen Bestimmungen auszugehen, die die verbotene Überwälzung des Unternehmerrisikos bewirken.¹⁰⁴⁹ *Rebhahn* zweifelt sogar an der Richtigkeit dieser eingeschränkten zivilrechtlichen Wirkung.¹⁰⁵⁰

Hoyer vertritt, dass § 9 AMFG aF ein rein öffentlich rechtliches Verbot ohne „privatrechtsgestaltende Wirkung“ ist. Die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 9 (Abs 4) AMFG aF sei nur die Nichtigkeit des Vermittlungsvertrags gem § 879 Abs 1 ABGB, aber „keinesfalls die Einbeziehung einer anderen Partei in den Arbeitsvertrag, die durch Willenserklärungen nicht gedeckt wäre.“¹⁰⁵¹ *Hoyer* sieht in § 9 AMFG aF auch keine zwingend vorgenommene Risikozuweisung.

In seinem Kommentar zum AÜG geht *Geppert* auch auf § 9 Abs 4 AMFG aF ein.¹⁰⁵² Unter den Pflichten im Sinne dieser Norm versteht er alle einen AG treffenden „arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Pflichten“, sie müssten vom Überlasser vollständig übernommen werden. Er meint, die Rsp stehe auf dem Standpunkt, § 9 Abs 4 AMFG bestimme den Arbeitgeber und beruft sich dabei auf die „Libyen“-E,¹⁰⁵³ übersieht jedoch die oben dargestellte Folge-E,¹⁰⁵⁴ der man ein exakt gegenteiliges

¹⁰⁴⁵ *Schnorr*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 23 f. „noch ungeklärte Rechtsfrage“. Schlusssatz des einschlägigen Absatzes: „§ 9 Abs 4 AMFG lässt mithin grundlegende arbeitsrechtliche Folgen unberücksichtigt.“

¹⁰⁴⁶ OGH 14 Ob 180/86 RdW 1987, 335 (*Zeiler*) = ZAS 1988, 56 (*Hoyer*).

¹⁰⁴⁷ *Schnorr*, ZAS 1988, 97.

¹⁰⁴⁸ *Schnorr*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 30; *Schnorr*, ZAS 1988, 99.

¹⁰⁴⁹ *Firlei* in *Floretta* 59 f; so versteht ihn auch *Rebhahn*, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer, in FS Schnorr (1988) 225 (247).

¹⁰⁵⁰ *Rebhahn* in FS Schnorr 247 f.

¹⁰⁵¹ *Hoyer*, ZAS 1988, 59.

¹⁰⁵² Vgl dazu und zum Folgenden *Geppert*, AÜG 242 ff.

¹⁰⁵³ OGH 14 Ob 180/86 ZAS 1988, 56 (*Hoyer*).

¹⁰⁵⁴ OGH 9 ObA 76/87 DRdA 1988, 467.

Verständnis entnehmen kann. *Geppert* bejaht die Bestimmung des AG durch § 9 Abs 4 AMFG. Fehlen zwischen Überlasser und Arbeitskraft die einen AV ausmachenden Rechte und Pflichten, so lässt er einen AV zwischen Arbeitskraft und Beschäftiger zustande kommen. Um die Interessen des Beschäftigers zu berücksichtigen, beschränkt er dieses AV allerdings auf die dem AN gem § 12 AÜG mitgeteilte Dauer der „Überlassung“. ¹⁰⁵⁵ Seine Meinung steht allerdings in engem Zusammenhang mit dem damaligen Verbot der privaten Arbeitsvermittlung. Sein Argument für den AG-Wechsel scheint nämlich zu sein, dass es dem AN nicht zugemutet werde für eine „unzuverlässige“ Person (den Überlasser) weiterzuarbeiten, die verbotene Arbeitsvermittlung ausübe. ¹⁰⁵⁶

Auch in aktuelleren Publikationen wird auf § 2 Abs 4 AMFG eingegangen. Nach Ansicht von *Schindler* liegt beim sog „pay-roll-system“ nicht Arbeitskräfteüberlassung, sondern „ein verschleiertes Arbeitsverhältnis zum Beschäftiger“ vor. ¹⁰⁵⁷ Dieser habe AG-Stellung, indem er das Entgeltfortzahlungsrisiko übernimmt und über Beendigung und manchmal sogar Einstellung der AN entscheide, der Überlasser sei bloße „Verrechnungsstelle“. Gleiches ergebe sich auch aus § 2 Abs 4 AMFG.

Nach *Sacherer* verlangt § 2 Abs 4 AMFG, dass der Überlasser die allgemeinen und die aus dem AÜG erfließenden Pflichten des AG trägt, insb auch „das Risiko der Auslastung“. ¹⁰⁵⁸ § 2 Abs 4 AMFG habe jedoch durch die zwingende Wirkung des AÜG und die gewerberechtliche Zulässigkeit der gleichzeitigen Ausübung von Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung an Bedeutung verloren und sei vor allem für Überlassungen wichtig, die nicht oder nur zum Teil dem AÜG unterliegen. ¹⁰⁵⁹ Die Rechtsfolge eines AV mit dem Beschäftiger bejaht *Sacherer* nur in Extremfällen, wenn der Überlasser die AG-Pflichten „überhaupt nicht trägt“, sondern nur „Abrechnungs- und Zahlstelle“ des Entgelts ist. ¹⁰⁶⁰ In diesen Fällen sei kein gültiger AV zwischen AN und Überlasser zustande gekommen. In den sonstigen Fällen, wenn also ein gültiger AV zwischen dem Überlasser und dem AN besteht, würde das AMFG diesen AV nicht für nichtig erklären und den Beschäftiger gegen seinen Willen zum AG machen. Eine solche Rechtsfolge entspreche weder dem Wortlaut noch den Materialien, Zweck der Bestimmung

¹⁰⁵⁵ *Geppert*, AÜG 245.

¹⁰⁵⁶ *Geppert*, AÜG 245.

¹⁰⁵⁷ Vgl dazu und zum folgenden *Schindler* in *ZellKomm*² § 3 AÜG Rz 5.

¹⁰⁵⁸ *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 308 f und *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 52.

¹⁰⁵⁹ *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 308 f und *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 53.

¹⁰⁶⁰ Vgl dazu und zum Folgenden *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 309.

sei es „für geordnete Verhältnisse am Arbeitsmarkt zu sorgen“ und den AN „Klarheit über ihren Arbeitgeber zu verschaffen“. Wenn *Sacherer* darauf hinweist, dass Arbeitsvermittlung ja auch vorliege, wenn Personen, die sich in einem aufrechten Arbeitsverhältnis befinden, vermittelt werden sollen, will er wohl zeigen, dass sich seine Auslegung innerhalb der Wortlautgrenze des § 2 Abs 4 AMFG bewegt, dass Arbeitsvermittlung begrifflich also nicht zwingend einen Arbeitsvertrag zum Empfänger der Arbeitsleistung voraussetzt.

D. Rechtsfolge: Wechsel des Arbeitgebers?

1. Geschichtliche Entwicklung der Arbeitskräfteüberlassung und der Arbeitsvermittlung

a) Einleitung

Eine Auslegung des § 2 Abs 4 AMFG muss mit der „schillernden“ Geschichte des § 2 Abs 4 AMFG beginnen. § 2 Abs 4 AMFG existiert in ähnlicher Form (als § 9 Abs 4 AMFG) seit 1968 und kann als „Urnorm“ des österreichischen Überlassungsrechts bezeichnet werden. Die Bestimmung regelt, wie schon erwähnt, die Unterscheidung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung. Diese Unterscheidung hatte zu unterschiedlichen Zeitpunkten eine unterschiedliche Bedeutung. Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung haben in der österr Rechtsordnung eine interessante Entwicklung durchgemacht. Im Folgenden wird diese Entwicklung in verschiedenen Zeitabschnitten nachgezeichnet. Anschließend werden daraus Schlussfolgerungen für die heutige Bedeutung des § 2 Abs 4 AMFG gezogen.

b) Die Entstehung des § 9 Abs 4 AMFG

In Österreich war die private Arbeitsvermittlung schon seit langem umstritten und ihre Zulässigkeit eingeschränkt, ein gänzlich Verbot erfolgte erst durch die Anwendung des deutschen Gesetzes über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung¹⁰⁶¹ nach dem Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich.¹⁰⁶²

¹⁰⁶¹ Gesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung, dRGeBl 1935, 1281.

¹⁰⁶² Vgl dazu und zum folgenden *Döring*, Der gewerbliche private Arbeitsvermittlungsvertrag (2011) 48 ff.

Diese Bestimmung blieb nach 1945 gem dem Rechts-Überleitungsg¹⁰⁶³ in Kraft. Das Phänomen der Arbeitskräfteüberlassung trat damals ebenfalls schon auf. Bereits zu diesem Zeitpunkt mussten sich die Gerichte daher mit der Zulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung und der Abgrenzung zur verbotenen Arbeitsvermittlung befassen. Der OGH entschied in den 50er-Jahren, dass bei Verleihung¹⁰⁶⁴ oder Dienstverschaffung¹⁰⁶⁵ kein Wechsel des Arbeitgebers eintritt, dies selbst bei „Ausborgen“ eines Dienstnehmers „trotz Bezahlung des Entgeltes und des Sozialversicherungsbeitrages durch den zweiten Dienstgeber“.¹⁰⁶⁶

Diese Anerkennung der Arbeitskräfteüberlassung provozierte aber auch Widerspruch. Die damals stark divergierenden Ansichten zur Arbeitskräfteüberlassung und auch deren problematische Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung treten besonders deutlich in zwei Entscheidungen des LG für Zivilrechtssachen Wien zu Tage, die in der gleichen Rechtssache ergangen sind.¹⁰⁶⁷ Darin wird deutlich, dass zwischen der Ansicht des LG als Berufungsgericht und der ersten Instanz ein erheblicher Meinungsunterschied zur Arbeitskräfteüberlassung besteht. Nach Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts „beinhaltet ein Vertrag, womit ein Mensch verpflichtet wird, sich zur Arbeitsleistung an Dritte zur Verfügung stellen zu lassen, die Erniedrigung eines Menschen zur Sache, die auch mit seiner Zustimmung von der Rechtsordnung nicht geduldet werden kann.“ Das LG für ZRS Wien wirft dem erstinstanzlichen Gericht wegen seiner Aussagen „Polemik“ vor. Die Härte der Diskussion zwischen den Instanzen bei einem Streitwert von öS 500,- zeigt, wie unterschiedlich die Standpunkte zur Arbeitskräfteüberlassung waren.

Daneben sind die beiden letztgenannten Urteile auch für die Entwicklung der österr Rechtslage interessant. 1969, also während der Alleinregierung der ÖVP, erfolgte ein autonom österreichisches Verbot der privaten Arbeitsvermittlung durch das AMFG.¹⁰⁶⁸ Nach § 9 Abs 4 AMFG aF, der Vorgängerbestimmung des nunmehrigen § 2 Abs 4 AMFG, lag eine verbotene Arbeitsvermittlung auch vor, wenn jemand Arbeitskräfte Dritten zur Verfügung stellte und sich dabei „dienstgeberähnliche Befugnisse“ anmaßte, ohne „dass er

¹⁰⁶³ StGBI 1945/6.

¹⁰⁶⁴ OGH 3 Ob 296/53 SZ 26/126.

¹⁰⁶⁵ OGH 4 Ob 100/55 Arb 6329; OGH 4 Ob 4/60 Arb 7210.

¹⁰⁶⁶ OGH 4 Ob 71/60 Arb 7252.

¹⁰⁶⁷ LG ZRS Wien 44 Cg 140/66 Arb 8306; LG ZRS Wien 44 Cg 70/67 Arb 8421.

¹⁰⁶⁸ BGBl 1969/31. § 12 AMFG aF. Vgl *Wachter*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, ZAS 1974, 163. Vgl dazu und zum folgenden *Döring*, Arbeitsvermittlungsvertrag 49 ff. Vgl zur Geschichte der österr Regelung auch *Mazal*, ZAS 1992, 109.

entsprechende Pflichten, insbesondere das wirtschaftliche Wagnis, auf längere Dauer und unabhängig davon übernimmt, ob eine Beschäftigung nachgewiesen werden kann.“ *Schnorr* sieht in dem § 9 Abs 4 AMFG aF eine Übernahme der bisherigen Rsp, inklusive der beiden zuletzt genannten Urteile des LG Wien.¹⁰⁶⁹ Tatsächlich beziehen sich die Materialien des AMFG 1968 explizit auf sog Chauffeurhilfsdienste, die Gegenstand der beiden Urteile waren.¹⁰⁷⁰ Diese Dienste werden in den Materialien als „Auswucherscheinungen“ tituliert, sie sollen ebenfalls dem Verbot der Arbeitsvermittlung unterliegen. Es ist also denkbar, dass der den Urteilen zugrundeliegende Sachverhalt dem Gesetzgeber als typischer Fall der der Arbeitsvermittlung gleichzuhaltenden Arbeitskräfteüberlassung vorschwebte.

c) Die Entstehung des AÜG

Zum damaligen Zeitpunkt wurde im Umkehrschluss aus § 9 Abs 4 AMFG aF die ansonsten gesetzlich nicht geregelte¹⁰⁷¹ Arbeitskräfteüberlassung für zulässig erachtet.¹⁰⁷² Dabei war strittig, ob der Gesetzgeber diesen Umkehrschluss geplant hatte¹⁰⁷³ oder ob vielmehr ein generelles Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitskräfteüberlassung intendiert war.¹⁰⁷⁴ § 9 Abs 4 AMFG aF hatte zu diesem Zeitpunkt daher deshalb große Bedeutung, weil durch ihn die verbotene Arbeitsvermittlung von der erlaubten Arbeitskräfteüberlassung abgegrenzt wurde. Ziel der Abgrenzung war es, eine Flucht aus der verbotenen Vermittlung in die Arbeitskräfteüberlassung zu verhindern. Die Abgrenzung wurde heftig diskutiert,¹⁰⁷⁵ auch in Deutschland wurden zu einer beinahe gleichlautenden Bestimmung mehrere Theorien entwickelt.¹⁰⁷⁶

Durch § 9 Abs 4 AMFG aF wurde aber auch mittelbar die ansonsten gesetzlich nicht geregelte Arbeitskräfteüberlassung in Ansätzen rechtlich ausgestaltet.¹⁰⁷⁷ So wurde aus dieser Bestimmung etwa abgeleitet, dass § 1155 ABGB bei der

¹⁰⁶⁹ *Schnorr*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 19.

¹⁰⁷⁰ ErläutRV 983 BlgNR 11. GP 19, wiederholt in ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 11.

¹⁰⁷¹ Daneben wurde die Arbeitskräfteüberlassung nur im § 2 Abs 1 lit h BauArbUrlG erwähnt. Vgl dazu *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 44.

¹⁰⁷² *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 16.

¹⁰⁷³ So *Wachter*, ZAS 1974, 163 f.

¹⁰⁷⁴ So *Geppert*, Zum „unechten“ Leiharbeitsverhältnis; Bemerkungen zu § 9 Abs 4 Arbeitsmarktförderungsgesetz 1968, DRdA 1971, 175; *Uhlenhut*, Die arbeits- und sozialrechtliche Beurteilung von Leihdienstverhältnissen, SozSi 1972, 302 (304 f).

¹⁰⁷⁵ *Geppert*, DRdA 1971, 175; *Wachter*, ZAS 1974, 163.

¹⁰⁷⁶ Vgl *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 66 ff.

¹⁰⁷⁷ *Rebhahn*, Vermittlung von Poolkräften 91.

Arbeitskräfteüberlassung nicht abbedungen werden darf, und dass eine Befristung mit der Einsatzdauer oder eine Kündigung bei deren Ende unzulässig ist.¹⁰⁷⁸ Die Arbeitskräfteüberlassung ist daher aus der Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung entstanden, wurde also über das Nichtvorliegen von Arbeitsvermittlung definiert.

Im Laufe der Zeit gewann man die Erkenntnis, dass § 9 Abs 4 AMFG aF die Arbeitskräfteüberlassung nicht ausreichend regulieren kann.¹⁰⁷⁹ Anstatt die Arbeitskräfteüberlassung zu verbieten, wie davor in zwei Gesetzesentwürfen vorgeschlagen,¹⁰⁸⁰ wurde diese durch das AÜG¹⁰⁸¹ im Jahr 1988 einer Regelung zugeführt. Durch das AÜG wurden die aus § 9 Abs 4 AMFG aF abgeleiteten Schranken teilweise ausdrücklich Gesetzesinhalt.¹⁰⁸² Dennoch wurde § 9 Abs 4 AMFG aF im Zuge dieses Gesetzgebungsprozesses nicht aufgehoben, sondern neu formuliert: Als Arbeitsvermittlung „gilt auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt.“ An dieser Formulierung hat sich bis heute nichts geändert.

d) Die Zulässigkeit privater Arbeitsvermittlung

Neben der Arbeitskräfteüberlassung wurde zur gleichen Zeit auch das Verbot der privaten Arbeitsvermittlung intensiv diskutiert.¹⁰⁸³ Die Diskussion wurde durch das Unionsrecht maßgebend beeinflusst. 1991 urteilte der EuGH in der E *Macrotron* über das deutsche Vermittlungsmonopol.¹⁰⁸⁴ Der EuGH prüfte wegen Vorliegens eines reinen Inlandssachverhalts nicht am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit, er leitete aber aus dem unionsrechtlichen Wettbewerbsrecht mehrere Schranken ab, etwa die Unzulässigkeit des Monopols bzgl der Vermittlung von Führungskräften. Zu diesem Zeitpunkt sollte in Österreich bereits eine Angleichung an Unionsrecht erfolgen. Unter diesem Einfluss wurde

¹⁰⁷⁸ Vgl *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 84 ff. Zu § 1155 ABGB vgl OGH 14 Ob 224/86 Arb 10603.

¹⁰⁷⁹ Vgl *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 98 ff; ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 11 f.

¹⁰⁸⁰ 1977 und 1982 vgl ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 14.

¹⁰⁸¹ BGBl 1988/196.

¹⁰⁸² *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 153. Die Unabdingbarkeit des § 1155 ABGB in der Arbeitskräfteüberlassung ergibt sich nunmehr aus § 10 Abs 2 AÜG, vgl dazu *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 200. Zur Befristung und Kündigung bei Ende der Überlassung vgl *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 149.

¹⁰⁸³ *Runggaldier*, Arbeitsvermittlungsmonopol EG-widrig?, RdW 1991, 237. Zur Frage der Verfassungswidrigkeit des Monopols *Mazal*, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit (Teil II), ZAS 1992, 146.

¹⁰⁸⁴ EuGH 23.04.1991, C-41/90, *Macrotron*, Slg 1991, I-01979. Vgl dazu ausf *Döring*, Arbeitsvermittlungsvertrag 58 ff und *Runggaldier*, RdW 1991, 237 der ua auf die Ähnlichkeit mit VfGH B 610/89 VfSlg 12383 hinweist.

auf Basis eines Initiativantrags 1991 die Änderung des AMFG¹⁰⁸⁵ und der GewO¹⁰⁸⁶ hin zur Zulässigkeit der privaten gewerblichen Arbeitsvermittlung beschlossen.¹⁰⁸⁷ Weil dies zeitgleich mit der Schaffung des AMS erfolgen sollte, galt die Zulässigkeit zuerst nur für Führungskräfte ab 1.1.1992,¹⁰⁸⁸ für alle anderen Arbeitnehmer erst ab 1.7.1993 „sofern spätestens zu diesem Zeitpunkt ein Bundesgesetz über die Ausgliederung der Arbeitsmarktverwaltung aus der Hoheitsverwaltung des Bundes in Kraft tritt.“ Da dies nicht der Fall war, wurde die gewerbliche private Arbeitsvermittlung erst verspätet mit dem AMS-BegleitG zugelassen.¹⁰⁸⁹ Die Zulassung der gewerblichen privaten Arbeitsvermittlung machte auch ihre Verankerung in der GewO notwendig, diese erfolgte ebenfalls durch das AMS-BegleitG in den §§ 128 f GewO aF.

Das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften war damals in den §§ 257 GewO aF normiert. § 129 Abs 2 GewO aF verbot zu diesem Zeitpunkt noch die gleichzeitige Ausübung des Gewerbes der Arbeitskräfteüberlassung und der Arbeitsvermittlung. Dieses Verbot wurde durch das Konjunkturbelebungs-gesetzes 2002¹⁰⁹⁰ aufgehoben. **Seit diesem Zeitpunkt kann daher gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung und gewerbliche Arbeitsvermittlung von einem Rechtsträger gleichzeitig ausgeübt werden.** Nach einer weiteren Novelle¹⁰⁹¹ regelt die GewO die Arbeitsvermittlung nunmehr in den §§ 94 Z 1 und 97 GewO und die Arbeitskräfteüberlassung in den §§ 94 Z 72 und 135 GewO. Unternehmensberater iSd § 94 Z 74 GewO sind gem § 136 GewO zur Arbeitsvermittlung von Führungskräften berechtigt.

Durch das bereits erwähnte Konjunkturbelebungs-gesetz 2002¹⁰⁹² wurde auch das AMFG neu strukturiert, dessen §§ 1-8 durch das AMS-BegleitG davor aufgehoben worden waren. Dabei wurden die Regelungen der Arbeitsvermittlung auch inhaltlich geändert.¹⁰⁹³

¹⁰⁸⁵ BGBl 1991/685.

¹⁰⁸⁶ BGBl 1991/686.

¹⁰⁸⁷ Vgl Stenographisches Protokoll: Nationalrat 18. GP, 47. Sitzung, 03.12.1991, 4607 ff, 4622 ff, Abstimmung in 4645 f.

¹⁰⁸⁸ Vgl Art II AMFG.

¹⁰⁸⁹ Vgl § 53 Abs 7 AMFG BGBl 1994/314. Dazu ErläutRV 1469 BlgNR 18. GP 21, 23. Zur Übergangsphase vgl *Döring*, Arbeitsvermittlungsvertrag 72 ff. Die Übergangsbestimmung in Art II wurde soweit zu sehen bisher nicht formell aufgehoben.

¹⁰⁹⁰ BGBl I 2002/68.

¹⁰⁹¹ BGBl I 2002/111.

¹⁰⁹² BGBl I 2002/68.

¹⁰⁹³ Vgl dazu *Melzer-Azodanloo*, Neuer Kreis von nicht gewinnorientierten Arbeitsmittler/innen, ASoK 2002, 365.

Gleich geblieben ist allerdings der Wortlaut des § 9 Abs 4 AMFG aF, diese Bestimmung findet sich seitdem in § 2 Abs 4 AMFG.

In jüngerer Zeit sind neben einer Novelle des AÜG¹⁰⁹⁴ auch die Auswirkungen des Unionsrechts zu erwähnen.¹⁰⁹⁵ Hier ist insb die RL 2008/104/EG hervorzuheben, mit der den MS ein rechtlicher Rahmen zur Regelung der Arbeitskräfteüberlassung vorgegeben wird.¹⁰⁹⁶ Die Umsetzungsfrist dieser RL ist am 5.12.2011 abgelaufen, der österr Gesetzgeber hat die RL über ein Jahr verspätet umgesetzt.¹⁰⁹⁷ Die Umsetzung hat in Österreich zu einer Verdichtung des AÜG geführt.

e) Deutung

Aus dieser Entwicklung der Rechtsinstitute der Arbeitskräfteüberlassung und der Arbeitsvermittlung kann man ein Argument für eine zivilrechtliche Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG gewinnen. Die Unterscheidung von Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung hatte im Laufe der Zeit unterschiedliche Bedeutungen, was auch eine Evolution der Grenznorm, also § 2 Abs 4 AMFG 1968, nahelegt.

Bei deren Inkrafttreten 1968 war die private Arbeitsvermittlung verboten, aus § 9 Abs 4 AMFG aF wurde im Umkehrschluss die Zulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung abgeleitet. Die Norm regelte zu diesem Zeitpunkt also die Abgrenzung zwischen einer erlaubten und einer unerlaubten Tätigkeit, man kann dies als die **gewerberechtliche Funktion** der Bestimmung bezeichnen. Die zweite Funktion des § 9 Abs 4 AMFG bestand darin, dass durch sie mittelbar die ansonsten gesetzlich nicht geregelte Arbeitskräfteüberlassung rechtlich ausgestaltet wurde, ihr kam also auch eine gewisse „**Ausgestaltungsfunktion**“ zu.

Diese Ausgestaltungsfunktion wurde 1988 durch die Schaffung des AÜG obsolet. Die Arbeitskräfteüberlassung wurde in diesem Gesetz einer genauen rechtlichen Ausgestaltung zugeführt, wenngleich sich der OGH hilfsweise auch später noch zur Ausweitung der sozialen Gestaltungspflicht auf § 2 Abs 4 AMFG beruft¹⁰⁹⁸. Der Zweck

¹⁰⁹⁴ BGBl I 2011/24. Vgl dazu *Kühteubl/Wieder*, ZAS 2011, 208.

¹⁰⁹⁵ Vgl dazu *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 141 ff.

¹⁰⁹⁶ Vgl zum Umsetzungsbedarf im österr Recht: *Schindler*, DRdA 2009, 176; *Grünanger*, ecollex 2009, 424.

¹⁰⁹⁷ Vgl zur Umsetzung ua *Schörghofer*, ZAS 2012, 336; *Pöschl/Unterrieder*, ecollex 2012, 999.

¹⁰⁹⁸ OGH 9 Ob A 233/98z Arb 11790. Im DE zum AÜG (Beilage zu ZI 36902/2-2/88) wird darauf hingewiesen, dass § 9 Abs 4 AMFG insb auch für vom „Geltungsbereich des AÜG ausgenommenen Überlassungsfälle“ Bedeutung habe, welche bei Erfüllen des Tatbestandes als Arbeitsvermittlung zu qualifizieren und daher gem § 48 AMFG zu sanktionieren seien.

des § 9 Abs 4 AMFG reduzierte sich damit darauf, die Umgehung der weiterhin verbotenen Arbeitsvermittlung zu verhindern, also die gewerberechtliche Funktion. Diese Funktion verlor 1994 mit der Zulassung der privaten gewerblichen Arbeitsvermittlung erheblich an Bedeutung. Die Unterscheidung zwischen zwei zulässigen Gewerben ist weniger wichtig als die Grenzziehung am Rande des erlaubten wirtschaftlichen Betätigungsfelds. Zumindest war zu diesem Zeitpunkt aber noch die gleichzeitige Ausübung des Gewerbes der Arbeitskräfteüberlassung und der Arbeitsvermittlung verboten und damit eine gewisse gewerberechtliche Relevanz des § 2 Abs 4 AMFG erhalten. Dieses Verbot wurde 2002 aufgehoben. Die gewerberechtliche Relevanz des § 2 Abs 4 AMFG wurde dadurch auf ein Minimum reduziert. Die Grenzziehung zwischen Überlassung und Arbeitsvermittlung hat im Gewerberecht heute nur mehr dann Bedeutung, wenn ein vermeintlicher Überlasser keine Gewerbeberechtigung zur Arbeitsvermittlung besitzt (was angeblich selten der Fall ist) und daher ein Verstoß gegen Gewerberecht vorliegt.

Daneben bleibt als Rechtsfolge bei der Qualifikation einer vermeintlichen Überlassung als Arbeitsvermittlung jedenfalls die zusätzliche Anwendbarkeit der § 2 ff AMFG neben dem AÜG. Das ist jedoch bedeutungslos, da die Anforderungen, die insb in § 3 AMFG an die Arbeitsvermittler gestellt werden, auch aus dem AÜG ableitbar sind. Der Zustimmungspflicht des AN zur Vermittlung (§ 3 Z 2 AMFG) entspricht § 2 Abs 2 AÜG. Die unparteiische Durchführung der Arbeitsvermittlung (§ 3 Z 5 AMFG) ebenso wie die Rücksichtnahme auf die Gesundheit und Sittlichkeit der AN (§ 3 Z 6 AMFG) wird im AÜG durch die §§ 6 f AÜG sichergestellt. Gleiches gilt für die Arbeitskampfneutralität (§ 3 Z 10 AMFG und § 9 AÜG). Zuletzt wird auch das Gebot der angemessenen Entlohnung (§ 3 Z 7 AMFG) im AÜG durch § 10 genauer ausgestaltet. Allgemein ist die Regulierung der Arbeitsvermittlung weit weniger intensiv als die der Arbeitskräfteüberlassung.

Vor dem Hintergrund dieser unspektakulären Rechtsfolgen stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber § 2 Abs 4 AMFG dennoch nicht aufgehoben hat. Praktische Relevanz hat § 2 Abs 4 AMFG heute nur, wenn man der Bestimmung als **Rechtsfolge** auch die **Gestaltung der vertraglichen Beziehungen** zumisst.

2. Zusätzlicher Schutzbedarf bei Payrolling

Die geschichtliche Entwicklung spricht also für eine zivilrechtsgestaltende Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG, also einen Eingriff in die beteiligten Vertragsbeziehungen. In Frage kommt insb ein **Wechsel des Arbeitsvertrags zum Beschäftiger** (dazu genauer unten 4.). Es stellt sich die Frage, ob diese Rechtsfolge auch teleologischen Erwägungen entspricht, uzw unter der Hypothese, dass sie insb bei Payrolling zur Anwendung kommen. Dazu kann an die bereits oben zur langfristigen Überlassung dargestellten Schutzzwecke des AÜG angeknüpft werden.

Wie dort gezeigt wurde, ist insb der Wechsel der überlassenen AN in die Stammebelegschaft ein erklärtes Ziel des AÜG. Dieses Ziel wird insb vom Payrolling-System verhindert. Im Vergleich zur langfristigen Überlassung ist die Übernahme von AN aus einem Payrolling-System noch unwahrscheinlicher, da sich der Beschäftiger dann bereits fast alle AG-Funktionen zugesichert hat. Es besteht daher noch weniger Anreiz, zum vertraglichen AG zu werden und sich diese Funktionen bereits aus diesem Titel zu sichern. Auch zum Schutz des Arbeitsmarkts kann gesagt werden, dass Payrolling in besonderem Maße die sog „Brückenfunktion“ der Arbeitskräfteüberlassung am österr Arbeitsmarkt gefährdet.

Zudem kommt beim Payrolling-Modell der Gedanke hinzu, dass ein Einsatz der überlassenen AN bei anderen Beschäftigern nicht geplant ist. Die überlassenen AN haben also meist nicht die Chance, bei Wegfall des Arbeitsbedarfs beim Beschäftiger stattdessen an ein anderes Unternehmen überlassen zu werden. Das ist besonders deutlich, wenn der Beschäftiger schon die Entscheidung über die Einstellung des AN getroffen hat. Es ist nicht zu erwarten, dass der Überlasser das Risiko übernehmen wird, Einsatzmöglichkeiten für einen AN zu suchen, von dem er möglicherweise nicht mehr kennt als den Namen und die Bankdaten.

Aber auch für die Stammebelegschaft wird das Payrolling-Modell ein großes Risiko darstellen. Die solcherart überlassenen Arbeitskräfte stellen eine besondere Konkurrenz dar, weil dem Beschäftiger ähnliche Befugnisse wie bei Direktanstellung zukommen, bei gleichzeitigem Genuss der Vorteile der Arbeitskräfteüberlassung. Man kann sich nur fragen, ob auch die hier diskutierte Rechtsfolge, also die Übernahme der überlassenen AN als vertragliche AN des vermeintlichen Beschäftigers, den Interessen der Stammebelegschaft entspricht. Es wird behauptet, dass diese Übernahme der

Stammebelegschaft schadet, ihre Interessen sollen also in diesem Fall jenen der Überlassenen entgegenstehen.¹⁰⁹⁹ Dies deshalb, weil § 2 Abs 3 AÜG eine Gefährdung der Arbeitsplätze der StammAN verhindern will. Eine Übernahme der überlassenen Arbeitskräfte könne zu so einer Gefährdung, nämlich der Kündigung der StammAN führen. Diese Meinung unterstellt, dass in diesen Fällen eine Austausch Kündigung zulässig ist, was durchaus bezweifelt werden kann.¹¹⁰⁰ Zudem verschwimmt bei dem Wechsel einer überlassenen Arbeitskraft in die Stammebelegschaft die klare Trennung zwischen dem Interesse der StammAN und der Überlassenen, weil der Betroffene von der einen in die andere Gruppe wandert und ab der Übernahme nun seinerseits von § 2 Abs 3 AÜG geschützt wird. Die Befürchtung lässt sich außerdem dann entkräften, wenn es um langfristige Überlassungen geht. Die lange Dauer der Überlassung zeigt, dass es dauernden Arbeitsbedarf im Unternehmen gibt. Es ist unwahrscheinlich, dass die Aufnahme der Überlassenen in der Folge eine Kündigung aus der Stammebelegschaft notwendig macht.

Diesen Überlegungen steht keine erkennbare schützenswerte Funktion des Payrolling gegenüber. Erkennbarer Zweck des Payrolling ist es, sämtliche Kompetenzen und Funktionen eines vertraglichen AG nachzubilden, ohne diese Vertragsstellung tatsächlich innehaben zu müssen. Es geht also in vielen Fällen um die Vermeidung eines direkten Arbeitsvertrags.

3. Verfassungsrechtliche Bedenken

Bei der Auslegung des § 2 Abs 4 AMFG sind auch verfassungsrechtliche Bedenken zu berücksichtigen. Zu überlegen ist, ob eine grundrechtskonforme Interpretation¹¹⁰¹ gegen den gesetzlichen Vertragspartnerwechsel als Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG spricht. Das BAG hat zu § 1 Abs 2 dAÜG, dessen Inhalt in etwa dem des § 2 Abs 4 AMFG entspricht, einen Vertragspartnerwechsel unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit verneint.¹¹⁰² Der Wechsel des Vertrags vom Überlasser zum Beschäftigter stellt für diese

¹⁰⁹⁹ So im Zusammenhang mit Kontrahierungsgeboten in BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG *Gerlach*, ZAS 2008, 82.

¹¹⁰⁰ Vgl allg zur Zulässigkeit der Austausch Kündigung etwa jüngst *Hutter*, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zwischen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und sozialer Gestaltungspflicht, Dissertation Wien (2012) 152 ff.

¹¹⁰¹ Vgl jüngst zur deutschen Rechtslage BAG 10.12.2013, 9 AZR 51/13 „Die Auswechslung des Arbeitgebers wäre auch verfassungsrechtlich bedenklich.“

¹¹⁰² BAG 28. 6. 2000, 7 AZR 100/99: „Die Freiheit, ein Arbeitsverhältnis einzugehen oder dies zu unterlassen, ist Ausdruck der durch Artikel 2 Absatz 1 GG geschützten Vertragsfreiheit. In diese wird eingegriffen, wenn ohne die zu einem Vertragsschluss erforderlichen beiderseitigen übereinstimmenden

beiden Beteiligten im österr Recht einen Eingriff in die Privatautonomie, also in die Eigentumsfreiheit dar. Der OGH hat zum Betriebsübergang zutreffend darauf hingewiesen, es sei „stRspr des VfGH [...], dass eine unmittelbar durch das Gesetz vorgenommene Auswechslung eines der beiden Vertragsteile eines privatrechtlichen Vertrags in das Eigentumsrecht auch des anderen Vertragsteiles eingreift und eine Eigentumsbeschränkung darstellt.“¹¹⁰³ Nach *Schrammel* verlangt ein Eingriff in die Vertragsfreiheit eine Interessenabwägung der betroffenen Vertragsparteien, insb könne mit der Berufung auf den Schutzaspekt des Arbeitsrechts nicht jede Beschränkung der Vertragsfreiheit der AG automatisch gerechtfertigt werden.¹¹⁰⁴ Wie noch zu zeigen sein wird (vgl unten 4.), obliegt es dem AN, sein Recht gem § 2 Abs 4 AMFG geltend zu machen. Er wird daher dadurch in seinen Rechten nicht beeinträchtigt werden.¹¹⁰⁵ Allerdings werden durch die hier vertretene Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AFMG, dem Vertragspartnerwechsel, die Interessen gleich zweier Unternehmer potentiell beeinträchtigt, nämlich die des Überlassers und die des Beschäftigers.

Naheliegend ist es, auf eine vergleichbare Rechtsfolge im Arbeitsrecht und deren grundrechtliche Aspekte zu blicken. *Schrammel* sieht etwa in der Behaltepflcht für Lehrlinge eine zulässige Einschränkung der Privatautonomie.¹¹⁰⁶ Die hier diskutierte Rechtsfolge ist am ehesten mit der Eintrittsautomatik des § 3 AVRAG bei Betriebsübergang vergleichbar. Auch durch die §§ 3 ff AVRAG werden potentiell die Interessen gleich mehrerer Parteien beeinträchtigt, des Veräußerers und des Erwerbers,

Willenserklärungen oder gar gegen den Willen einer oder auch beider Parteien kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll. Die Entscheidung des Gesetzgebers zu einem solchen Eingriff muss im Gesetz einen hinreichenden Ausdruck finden. Diesem Erfordernis genügt die Regelung des § 1 Absatz II AÜG nicht. Nach ihrem insoweit eindeutigen Wortlaut ist die in ihr vorgesehene Rechtsfolge nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern die Vermutung, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt. Eine gesetzliche Regelung, nach welcher in den Fällen vermuteter Arbeitsvermittlung auch ohne Vertrag zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis entstehe, gibt es nicht.“ Diese Entscheidung ist aber in Zusammenhang damit zu sehen, dass früher iVm einer später aufgehobenen Norm sehr wohl die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Beschäftiger bejaht wurde, obwohl die aufgehobene Bestimmung (§ 13 dAÜG aF) diese Rechtsfolge auch nicht ausdrücklich (oder zumindest nicht deutlich) anordnete (vgl zB BAG 23.11.1988, 7 AZR 34/88). Vgl zu verfassungsrechtlichen Aspekten der deutschen Eintrittsautomatik *Ulber*, AÜG⁴ (2011) 693 ff.

¹¹⁰³ OGH 8 ObA 214/02g DRdA 2004/25 (*Binder*); unter Hinweis auf VfGH G 28/93 VfSlg 14075; VfGH G 1300/95 VfSlg 14500.

¹¹⁰⁴ *Schrammel*, Arbeitsrechtliche Probleme in verfassungsrechtlicher Sicht in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung (1993) 81 (83 f).

¹¹⁰⁵ Vgl demgegenüber zu § 10 dAÜG LAG Hessen, 06.03.2001, 2/9 Sa 1246/00.

¹¹⁰⁶ *Schrammel* in *Tomandl* 88 f.

aber zusätzlich auch des AN¹¹⁰⁷. Es gibt zu dieser Bestimmung Stellungnahmen sowohl des VfGH¹¹⁰⁸ als auch des OGH,¹¹⁰⁹ bzw zur Grundrechtswidrigkeit von Ausgliederungen und Betriebsübergang.¹¹¹⁰ Allerdings ging es dabei um einen Eingriff in die Grundrechte der AN und nicht der Unternehmer. Ein Grundrechtseingriff auf Seiten der Unternehmer wurde, soweit zu sehen, einzig bezüglich der früher zeitlich unbegrenzten Haftung des Veräußerers im Rahmen eines Betriebsübergangs diskutiert und vom OGH im Ergebnis verneint.¹¹¹¹ Dies muss aber vor dem Hintergrund betrachtet werden, dass die § 3 ff AVRAG zumindest nach dem OGH dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung unternehmerischer Strukturen dienen.¹¹¹² Das zeigt sich darin, dass § 3 AVRAG die Eintrittsautomatik grds auch zu Lasten des AN vorsieht.¹¹¹³ Dieser Zweck liegt dem § 2 Abs 4 AMFG nicht zugrunde.

Die verfassungsrechtliche Beurteilung des § 2 Abs 4 AMFG hängt insb von der Formulierung des öffentlichen Interesses an einem Vertragspartnerwechsel bei atypischer Überlassung ab. Für das AuslBG wurde die Vermeidung einer Niedriglohnbranche als Rechtfertigungsgrund eines Grundrechtseingriffes diskutiert.¹¹¹⁴ Erwägt man das auch als Erklärung eines öffentlichen Interesses an der Einschränkung der Arbeitskräfteüberlassung, stößt man an die Grenzen der Erforderlichkeit des Eingriffs im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Wäre eine Verhinderung eines Niedriglohnssektors überlassener AN nicht auch durch die Ausweitung des Gleichstellungsgrundsatzes des § 10 AÜG als milderes Mittel zu erreichen (inhaltliche Einschränkung statt Einschränkung der Abschlussfreiheit)? Dagegen spricht, dass die Benachteiligung der betroffenen AN auch durch Regelungslücken im kollektiven Arbeitsrecht zustande kommen, deren Schließung schwierig sein dürfte. Es kann mE auch durchaus bezweifelt werden, dass eine Änderung der österr Kollektivvertragslandschaft ein gelinderes Mittel gegenüber dem Eingriff in die Privatautonomie einiger weniger AG ist.

¹¹⁰⁷ Das zeigt sehr deutlich die Diskussion über ein allg Widerspruchsrecht, vgl als deren Endpunkt OGH 8 ObA 41/10b ZAS 2012, 269 (*Schörghofer*) = DRdA 2012, 487 (*Firlei*).

¹¹⁰⁸ AustroControl-Entscheidung; VfGH G 1300/95 VfSlg 14500.

¹¹⁰⁹ OGH 8 ObA 41/10b ZAS 2012, 269 (*Schörghofer*) = DRdA 2012, 487 (*Firlei*).

¹¹¹⁰ Vgl dazu *Hiebl*, Keine Widerrede, RdW 2011, 288 (291 f).

¹¹¹¹ OGH 8 ObA 214/02g DRdA 2004/25 (*Binder*). Vgl *Harrer*, Aktuelle Anpassungsprobleme im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, wbl 1994, 361; *Mazal/Schrank*, Zeitlich unbegrenzte Haftung des Betriebsvorgängers für künftige Schulden: Ist § 6 Abs 2 AVRAG verfassungswidrig?, *ecolex* 1997, 587.

¹¹¹² OGH 8 ObA 41/10b ZAS 2012, 269 (*Schörghofer*) = DRdA 2012, 487 (*Firlei*): „Interesse an der Erhaltung lebensfähiger Betriebsstrukturen“.

¹¹¹³ Vgl *Schörghofer*, ZAS 2012, 273.

¹¹¹⁴ Im Ergebnis ablehnend *Schrammel* in *Tomandl* 89.

Die zentrale Frage ist allerdings, ob ein öffentliches Interesse am Schutz des zweipersonalen AV besteht. Die unbestrittene Bedeutung des zweipersonalen Arbeitsvertrags für die österr Wirtschaft im Vergleich zum eher geringen Anteil der Arbeitskräfteüberlassung spricht mE dafür. Zu bedenken ist auch, dass das österr Arbeitsrecht erkennbar auf zweipersonale Arbeitsbeziehungen ausgerichtet ist. *Firlei* hat darauf hingewiesen, „dass die Verteidigung der Normalarbeit eine gesellschaftspolitische Frage ersten Ranges darstellt.“¹¹¹⁵ Er begründet das ua mit der Bedeutung der Normalarbeit für die „kollektive Organisation der AN“. Er bezieht sich in dem Zusammenhang zwar nicht ausdrücklich auf mehrpersonale Arbeitsbeziehungen. Das verfassungsrechtlich anerkannte¹¹¹⁶ österr System der Sozialpartnerschaft hängt aber wohl eng mit dem zweipersonalen Arbeitsverhältnis zusammen.¹¹¹⁷ Es spricht einiges dafür, dass die Interessenvertretung der überlassenen AN auf Branchenebene im Moment hauptsächlich deshalb funktioniert, weil die überlassenen AN von der ProGe (Arbeiter) und der GPA (Angestellte), den beiden größten Fachgewerkschaften, mitvertreten werden.¹¹¹⁸ Das Gleiche gilt für das Betriebsverfassungsrecht, trotz einzelner Reaktionen des Gesetzgebers (§§ 99 Abs 5 und 97 Abs 1 Z 1a ArbVG) bleiben bei dreipersonalen Arbeitsverhältnissen wegen Informationsdefiziten und der grds Beschränkung der BR auf „ihren“ Betriebsinhaber wohl zwingend Schutzlücken.¹¹¹⁹

Vorbehaltlich einer genaueren Untersuchung ist mE anzunehmen, dass der Schutz des Normalarbeitsverhältnisses vor der Verdrängung durch andere Beschäftigungsformen ein öffentliches Interesse darstellt, das einen Eingriff in die Privatautonomie grds rechtfertigen kann. Auch hier stellt sich allerdings wieder die Frage der Verhältnismäßigkeit. Unproblematisch erscheint die Geeignetheit. Ein Vertragspartnerwechsel, der ein zweipersonales Arbeitsverhältnis begründet, ist jedenfalls geeignet das Normalarbeitsverhältnis zu schützen. Schwieriger zu beurteilen sind die Erforderlichkeit und die Adäquanz des Grundrechtseingriffs. Zu überlegen ist, ob dieses Ziel nicht auch durch gelindere Mittel erreicht werden könnte. Zu denken wäre etwa an ein

¹¹¹⁵ *Firlei*, DRdA 1987, 282 f.

¹¹¹⁶ Art 120a Abs 2 B-VG.

¹¹¹⁷ Allg hat *Firlei* auf die kritischen Auswirkungen einer Zunahme atypischer Arbeit auf die österr Sozialpartnerschaft hingewiesen: *Firlei* in *Floretta* 44.

¹¹¹⁸ *Rebhahn/Schörghofer* in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (erscheint 2014). Vgl allg zu der Schwierigkeit der österr Interessenvertretung, sich an atypische Arbeit anzupassen, *Firlei*, *Flucht aus dem Arbeitsrecht* (Schluss), DRdA 1987, 411 (412).

¹¹¹⁹ Uzw selbst für den (seltenen) Fall, dass in einem Überlassungsunternehmen ein BR errichtet wurde.

schlichtes Verbot fragwürdiger Überlassungskonstruktionen, etwa des Payrolling, iVm Verwaltungsstrafen. Diese Sanktion wäre allerdings deutlich weniger geeignet als der Vertragspartnerwechsel, insb weil die aktuell überlassenen AN davon nicht zwingend profitieren, sondern sogar tendenziell belastet werden. Der Vertragspartnerwechsel scheint als einzige Rechtsfolge geeignet ihre zwiespältige Situation zu würdigen.¹¹²⁰ Einerseits haben die überlassenen AN ein Interesse am Verbot des Payrolling, weil die Hoffnung besteht, dass sie stattdessen eine Direktanstellung erreichen. Andererseits ist die aktuelle Situation aber für viele wohl das geringere Übel, also „besser als gar nichts“. Durch ein bloßes Verbot wären manche benachteiligt, weil bei Geltendmachung des Verbots viele Arbeitsverhältnisse beendet würden. Die arbeitsmarktpolitische Zielsetzung wäre daher durch einen Nachteil der aktuell betroffenen AN erkaufte. Der präventive Schutz vor atypischer Arbeit muss daher mit einem Schutz der aktuell betroffenen AN Hand in Hand gehen.¹¹²¹

Bei der Prüfung der Grundrechtsverletzung wird man außerdem berücksichtigen müssen, in welchen Fällen die zu prüfende Rechtsfolge eintritt. Nach hier vertretener Auffassung (vgl ausf unten E.) sind Fälle betroffen, in denen der Beschäftigte bei der tatsächlichen Durchführung die AG-Position bereits einnimmt, wie insb beim Payrolling. Die Rechtsfolge des Vertragspartnerwechsels ändert für den Beschäftigte daher teilweise wenig, geändert wird „nur“ die zugrundeliegende vertragliche Gestaltung.¹¹²² *Brors/Schüren* empfehlen in einem Gutachten zum deutschen Recht einen gesetzlichen Vertragspartnerwechsel bei nicht vorübergehenden Überlassungen. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diesen Regelungsvorschlag versuchen sie ua mit dem Hinweis darauf auszuräumen, dass das Interesse des Beschäftigten „Arbeitsleistungen zu bekommen, aber nicht Arbeitgeber zu werden [...] nicht schutzwürdig und deshalb unbeachtlich“ ist.¹¹²³ Im Ergebnis verfolgt der Eingriff in die Privatautonomie durch die Rechtsfolge eines Vertragspartnerwechsels mE mit dem Schutz des zweipersonalen Arbeitsverhältnisses ein

¹¹²⁰ Vgl allg iZm der Regulierung atypischer Arbeit: *Firlei*, DRdA 1987, 412; „Aus ihrer prekären Perspektive heraus empfinden diese Personengruppen oft sogar ein Mehr an Schutz als Bedrohung, als einen Faktor, der zu Einkommenseinbußen oder gar zu Verlust oder Nichterlangung der Beschäftigung führen könnte.“

¹¹²¹ So allg zur Regulierung atypischer Arbeit *Firlei*, DRdA 1987, 412 f.

¹¹²² *Ulber* (AÜG⁴ 695) hat bei seinen Überlegungen zum Eingriff in die Vertragsfreiheit im deutschen Recht darauf hingewiesen, dass der Einsatz des AN dem Beschäftigte durch den Überlassungsvertrag „zurechenbar ist“.

¹¹²³ *Brors/Schüren*, Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern 19.

legitimes öffentliches Interesse und genügt den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und ist damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Neben der Problematik der Eigentumsfreiheit liegt wohl auch ein Eingriff in die Erwerbsfreiheit des Überlassers vor, weil dieser am Anbieten gewisser Dienstleistungen – dem Payrolling - gehindert wird.¹¹²⁴ Zur Einschränkung dreipersonaler Arbeitsbeziehungen ist auf die Stellungnahme des VfGH¹¹²⁵ hinzuweisen, wonach eine Einschränkung der privaten Arbeitsvermittlung nicht gegen die Erwerbsfreiheit verstößt. Der VfGH beruft sich dabei zur Argumentation aber auf den gerechtfertigten Vorrang von staatlicher Arbeitsvermittlung und der unentgeltlichen Arbeitsvermittlung durch karitative Organisationen. Dieser Rechtfertigungsgrund kann zu § 2 Abs 4 AMFG und dem Payrolling nicht vorgebracht werden. Auch hier stellt sich also wieder die Frage, ob die Erhaltung des zweipersonalen Arbeitsverhältnisses als Grundtatbestand des österr Arbeitsrechts ein ausreichendes öffentliches Interesse an der Einschränkung der Erwerbsfreiheit darstellt. Das BAG hat im deutschen Verbot der nicht vorübergehenden Überlassung keinen Verstoß gegen die Berufsfreiheit gesehen.¹¹²⁶

Denkbar ist auch eine Argumentation gegen Einschränkungen der Leiharbeit mit Art 16 GRC, der ebenfalls die unternehmerische Freiheit inkl der Vertragsfreiheit schützt. Die Argumentation gegen arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen mit Art 16 GRC dürfte mit der E *Alemo-Herron* des EuGH an Bedeutung gewonnen haben.¹¹²⁷ Darin hatte der EuGH über einen Betriebsübergang im Zuge einer Privatisierung zu entscheiden. Er urteilt, dass es eine grundrechtswidrige Einschränkung der Vertragsfreiheit des Erwerbers darstellen würde, wenn er durch eine dynamische Verweisung im Arbeitsvertrag weiterhin an die Entwicklung des bisherigen Tarifvertrags gebunden ist, obwohl er keine Möglichkeit hat, an den Tarifvertragsverhandlungen teilzunehmen. Auf diese E weist auch *Thüsing* im Zusammenhang mit dem deutschen Verbot langfristiger Überlassungen hin. Die in dieser E vom EuGH untersagte Grundrechtseinschränkung erscheint ihm weniger intensiv, als ein Verbot der nicht-vorübergehenden Überlassung.¹¹²⁸ Tatsächlich bezieht sich das Urteil *Alemo-Herron* „nur“ auf die Freiheit bei der Gestaltung des Arbeitsvertragsinhalts. Daraus könnte man ableiten, dass der Eingriff in die

¹¹²⁴ Vgl allg zur Erwerbsausübungsfreiheit und Arbeitsrecht *Schrammel* in *Tomandl* 87 f.

¹¹²⁵ VfGH B 610/89 VfSlg 12383.

¹¹²⁶ BAG 10.07.2013, 7 ABR 91/11 Rz 40 ff.

¹¹²⁷ EuGH 18.07.2013, C-426/11, *Alemo-Herron*.

¹¹²⁸ *Thüsing*, NZA 2013, 1249.

Abschlussfreiheit noch strenger zu beurteilen ist.¹¹²⁹ Art 16 GRC erfasst jedenfalls auch die negative Vertragsfreiheit, also den Wunsch einen Vertrag nicht mit einem bestimmten Vertragspartner abzuschließen.¹¹³⁰ Allerdings muss mE bedacht werden, dass auch der Eingriff in die inhaltliche Gestaltungsfreiheit in *Alemo-Herron* mit einem Eingriff in die Abschlussfreiheit in Verbindung steht, nämlich der Eintrittsautomatik der Betriebsübergangs-RL. Es stellt sich außerdem zuerst die Frage, ob § 2 Abs 4 AMFG in den Anwendungsbereich der GRC fällt. Das ist dann der Fall, wenn durch diese Bestimmung Unionsrecht durchgeführt wird (Art 51 GRC).¹¹³¹ Das wird wiederum mit der Reichweite des Anwendungsbereichs der Leiharbeits-RL zusammenhängen.¹¹³² Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass Art 16 GRC die unternehmerische Freiheit (nur) „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ anerkennt. Das ändert zwar nichts daran, dass Art 16 GRC ein Recht und kein bloßer Grundsatz ist.¹¹³³ Dieser Regelungsvorbehalt lockert aber die Verhältnismäßigkeitskontrolle,¹¹³⁴ wenngleich der EuGH das in seiner E nicht erwähnt. Zum deutschen Recht hat das BAG bei dem Verbot der nicht vorübergehenden Überlassung einen Verstoß gegen Art 16 GRC verneint, durch das Verbot werde die unternehmerische Freiheit nicht in ihrem Wesensgehalt beschränkt.¹¹³⁵

Wie gezeigt wurde, liegt im Kern der verfassungsrechtlichen Beurteilung die Frage, ob der Schutz der zweipersonalen Arbeitsverhältnisse als Wesensmerkmal der österr Wirtschaft und des österr Arbeitsrechts ein ausreichendes öffentliches Interesse begründen kann. ME ist das zu bejahen.

¹¹²⁹ Der EuGH dürfte gesetzlichen Vertragspartnerwechseln durchaus kritisch gegenüberstehen. So hatte er umgekehrt auch gegen den AG-Wechsel im Zuge eines Betriebsüberganges aus Sicht des AN grundrechtlichen Bedenken. Der AN dürfe nicht gezwungen werden, für einen anderen AG zu arbeiten: EuGH 16.12.1992, C-132/91, C-138/91, 139/91, *Katsikas*, Slg 1992, I-06577 Rz 32. Der OGH geht davon aus, dass der AN durch sein Kündigungsrecht ausreichend befähigt ist, diese Situation zu verhindern; Aus den Rz 34-36 der E *Katsikas* lässt sich ableiten, dass der EuGH kein allgemeines Widerspruchsrecht verlangt; vgl *Schörghofer*, ZAS 2012, 272 f.

¹¹³⁰ *Schwarze*, Der Schutz der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in FS Stern (2012) 945 (954 f).

¹¹³¹ Vgl dazu EuGH 26.02.2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*; EuGH 06.03.2014, C-206/13, *Siragusa*. Vgl allg iZm dem Arbeitsrecht *Rebhahn*, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf das österreichische Arbeitsrecht in *Rebhahn* (Hrsg), Grundrechte statt Arbeitsrecht? (2012) 9 (12 ff); *Rebhahn*, Rechte des Arbeitslebens (Art. 27 bis 33 GRC), in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechtsschutz (2014) Rz 28 ff.

¹¹³² Vgl zum deutschen Verbot nicht vorübergehender Überlassungen BAG 10.07.2013, 7 ABR 91/11 Rz 47.

¹¹³³ *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU² Art 52 Rz 72.

¹¹³⁴ *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU² Art 52 Rz 85 f.

¹¹³⁵ BAG 10.07.2013, 7 ABR 91/11 Rz 47.

4. Wechsel des Vertragspartners

Als konkrete Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG kommen der Wechsel des Arbeitsvertrags auf den Beschäftigter und die Begründung eines zusätzlichen Arbeitsvertrags zum Beschäftigter in Frage. Davon ist dem Wechsel der AG-Stellung der Vorzug zu geben. Erstens entspricht dies dem Wortlaut, es soll ja „Arbeitsvermittlung“ vorliegen. Bei Arbeitsvermittlung entsteht ein Arbeitsvertrag aber auch nur mit einer Person, nicht auch mit dem Vermittler. Zweitens ist im österr Arbeitsrecht eine doppelte AG-Stellung, soweit zu sehen, unüblich (wenngleich nicht unmöglich, vgl oben zum konkludenten Abschluss eines AV zum Beschäftigter bei langfristigen Überlassungen). Drittens würde ein Doppelarbeitsverhältnis komplizierte Koordinationsfragen aufwerfen.¹¹³⁶

Auf den ersten Blick scheint auch der Wechsel der AG-Eigenschaft ein Fremdkörper im österr Arbeitsrecht zu sein, die Rechtsfolge ist zweifellos sehr intensiv. *Bydlinski* hielt im Jahr 1969, also vor dem AÜG, „eine Verpflichtung von Arbeitgebern, ihnen zugewiesene Personen zu beschäftigen, [für] völlig unvereinbar mit einer – wenigstens in wesentlichen Elementen – marktwirtschaftlichen Ordnung, zu der selbstverständlich die Möglichkeit gehört, gerade und nur jene Mitarbeiter aufzunehmen, die das Unternehmen braucht, um seine wirtschaftlichen Aufgaben erfüllen zu können.“¹¹³⁷ Dazu ist zum einen zu sagen, dass es bei § 2 Abs 4 AMFG nicht darum geht, willkürlich Personen zu AN irgendeines Unternehmens zu machen. Die betroffenen AN haben sich nicht in das Unternehmen des Beschäftigers eingeschlichen um dort eigenmächtig Arbeit zu leisten. Vielmehr handelt es sich um Personal, das der betroffene Unternehmer bereits für die Arbeitsleistung beschäftigt, wenngleich nur über das Instrument der Arbeitskräfteüberlassung. Zum anderen ist zu erwähnen, dass das österr Arbeitsrecht mit dem Betriebsübergangsrecht (§§ 3 ff AVRAG) bereits einen Fall des gesetzlich angeordneten AG-Wechsels kennt.

Die Rechtsfolge der gesetzlichen Anordnung der vertraglichen AG-Eigenschaft muss für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung zusätzlich vor dem Hintergrund betrachtet werden, dass das AÜG unabhängig von der Dauer die teilweise AG-Stellung des Beschäftigers gesetzlich anordnet. Der Beschäftigter ist auch ohne den

¹¹³⁶ *Rebhahn*, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung 58.

¹¹³⁷ *Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969) 74.

Vertragspartnerwechsel nicht unbeteiligter Dritter, sondern sozusagen „gesetzlicher Teil-Arbeitgeber“, wenn man die Pflichten betrachtet, die ihm das AÜG gegenüber den überlassenen AN auferlegt. Zu nennen sind ua die Einhaltung der Fürsorgepflicht (§ 6 Abs 3 AÜG), das Diskriminierungsverbot (§ 6a Abs 1 & 2 AÜG), die Bürgenhaftung (§ 14 AÜG) und der Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und Wohlfahrtsmaßnahmen sowie Betriebspensionsleistungen (§ 10 Abs 1a & 6 AÜG).

Das Hintanstellen der vertraglichen Beziehungen bei Dienstleistungen ist auch im Sozialrecht nicht unbekannt. Gem § 35 ASVG gilt derjenige als Dienstgeber, „für dessen Rechnung der Betrieb [...] geführt wird, in dem der Dienstnehmer [...] in einem Beschäftigungs(lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat.“ Das führt etwa beim sog mittelbaren Arbeitsverhältnis¹¹³⁸ dazu, dass eine Person Dienstgeber iSd ASVG wird, die in keinem (arbeits)vertraglichem Verhältnis zum Dienstnehmer steht.¹¹³⁹ Ähnliche Tendenzen gibt es auch im Arbeitsrecht. Teilweise wird beim mittelbaren Arbeitsverhältnis „trotz der Parteiabreden“ bei Umgehungskonstruktionen ein Arbeitsvertrag zwischen dem faktischen Dienstleistungsempfänger und dem Arbeitenden bejaht.¹¹⁴⁰

Im Ergebnis ist also die Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG die Begründung eines Arbeitsvertrags zum vermeintlichen Beschäftiger. ME kann sich nur der betroffene AN auf die Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG berufen, nicht hingegen der Überlasser und der Beschäftiger. Dafür spricht, dass die Bestimmung vorrangig dem Schutz des AN dient und nicht den Interessen der beteiligten Unternehmen, deren vertragliche Gestaltung überhaupt dazu geführt hat, dass die Schutzbedürftigkeit des AN entsteht. Auch der Schutz des Arbeitsmarkts tritt hinter dem AN-Schutz zurück. Mangels anderer Hinweise im Gesetz ist anzunehmen, dass die Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG auch rückwirkend ab dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Tatbestand erfüllt war. Fraglich ist, was Inhalt des übergegangenen AV ist. Dazu kann mE wegen des Vorliegens einer Lücke eine Rechtssatzanalogie zu einem gesetzlich geregelten Fall des AG-Wechsels gezogen werden, nämlich zu den §§ 3 ff AVRAG. Daraus folgt, dass der Beschäftiger den Arbeitsvertrag

¹¹³⁸ Vgl zu Unterscheidung und Gemeinsamkeiten von mittelbaren Arbeitsverhältnissen und Arbeitskräfteüberlassung *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 103 ff.

¹¹³⁹ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁸ 42.

¹¹⁴⁰ *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 218; vgl aber *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁸ 43, der meint, dass sich diese Ansätze im Arbeitsrecht nicht durchgesetzt haben. Vgl für Deutschland *Däubler*, Der Arbeitgeber – ein Fixpunkt des Arbeitsrechts?, KJ 2013, 134 (140).

grds mit demselben Inhalt übernimmt. In Anbetracht des Ziels der Bestimmung, dem Schutz des AN, darf für diesen durch den Vertragspartnerwechsel gem § 2 Abs 4 AMFG jedenfalls keine Verschlechterung im Vergleich zum Anspruch nach § 10 AÜG eintreten.

E. Tatbestand: „Pflichten des Arbeitgebers“

1. Einleitung

Neben der Rechtsfolge ist aber auch der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG unklar. Wann trägt der Überlasser nicht „die Pflichten des Arbeitgebers“? Ist dies beim Payrolling der Fall? Die Formulierung des Tatbestands des § 2 Abs 4 AMFG wirft mehrere Fragen auf. Die dadurch entstehende Unklarheit ist insb vor dem Hintergrund der hier vertretenen einschneidenden Rechtsfolge der Bestimmung problematisch. Zum AG-Wechsel bei Betriebsübergang wurde gesagt „ein Ex-lege Eintritt empfiehlt sich nur dort, *wo sein Tatbestand handfest formuliert, unschwer jedermann einsichtig und nachprüfbar ist.*“¹¹⁴¹ Das Gleiche trifft auch für § 2 Abs 4 AMFG zu. Die schwerwiegende Rechtsfolge verlangt aus Gründen der Rechtssicherheit eine präzise Auslegung des Tatbestandes. Andererseits wurde darauf hingewiesen, dass die Regulierung atypischer Arbeit nicht durch pauschale Normen erreicht werden kann, sondern nur durch sehr differenzierte Regelungen, die es erlauben die Komplexität verschiedener Situationen und Interessen ausreichend zu würdigen.¹¹⁴²

Im Folgenden wird der Versuch einer Auslegung unternommen, die beiden Anforderungen gerecht wird. Dabei wird insb die aktuelle Diskussion über den AG-Begriff dargestellt und untersucht, ob daraus Argumente für die Auslegung des Tatbestands des § 2 Abs 4 AMFG abgeleitet werden können.

2. Entwicklung des Tatbestands des § 2 Abs 4 AMFG und sein Umfeld

Die Untersuchung muss beim Inkrafttreten des § 2 Abs 4 AMFG bzw seiner Vorgängerbestimmung beginnen. In den Materialien wird vor Vermittlern gewarnt, die „die der Dienstgeberstellung entsprechenden Pflichten“ nicht übernehmen. Genannt wird dabei „vor allem das wirtschaftliche Wagnis, auf längere Zeit und unabhängig davon [...],

¹¹⁴¹ *Krejci*, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag (1972) 296.

¹¹⁴² *Firlei*, DRdA 1987, 412.

ob eine Beschäftigung gewährleistet werden kann oder nicht“.¹¹⁴³ Diese Überlegung fand damals auch Eingang in den Gesetzeswortlaut. Arbeitsvermittlung sollte nach den damaligen Vorstellungen des Gesetzgebers auch dann vorliegen, wenn dem Überlasser „dienstgeberähnliche Befugnisse zukommen, ohne dass er entsprechende Pflichten, insbesondere das wirtschaftliche Wagnis, auf längere Dauer und unabhängig davon übernimmt, ob eine Beschäftigung nachgewiesen werden kann.“¹¹⁴⁴ Dieser Wortlaut wurde mit der Einführung des AÜG vereinfacht: Arbeitsvermittlung liegt vor, „sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt“.¹¹⁴⁵ In den Materialien wird zu dieser Änderung nur gesagt, dass die bisher geltende Formulierung für „große Auslegungsschwierigkeiten“ gesorgt habe, „mit dem ausdrücklichen Abstellen auf die Pflicht des Dienstgebers sollte es möglich sein, eine Grauzone zwischen der Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und der nach dem AMFG verbotenen Arbeitsvermittlung durch Private zu verhindern.“¹¹⁴⁶ Seitdem ist der Wortlaut unverändert geblieben.

Für die Auslegung ist die Schaffung des AÜG von Bedeutung. Das AÜG legt grds fest, dass der Überlasser der vertragliche AG des AN ist (§ 3 Abs 2 AÜG). Damit steht fest, dass der Überlasser die vertraglichen AG-Pflichten tragen muss. In § 5 Abs 1 AÜG wird zusätzlich ausdrücklich gesagt, dass „die Pflichten des Arbeitgebers [...] durch die Überlassung nicht berührt“ werden. Zudem werden im AÜG verschiedene besondere Pflichten des Überlassers genannt, wie etwa das Gleichstellungsgebot; 2 Abs 4 AMFG wird seit der Schaffung des AÜG also nicht mehr benötigt, um diese Pflichten des Überlassers zu begründen. Stellt § 2 Abs 4 AMFG dennoch auf diese Pflichten ab?¹¹⁴⁷ Dagegen spricht, dass der AN ja einen (vertraglichen) Anspruch auf Einhaltung dieser Pflichten hat. Diese Ansprüche können gem § 8 Abs 1 AÜG auch nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. § 2 Abs 4 AMFG könnte also nur auf die faktische Einhaltung abstellen. Die faktische Einhaltung dieser Pflichten wird neben der Rechtsdurchsetzung durch den AN teilweise auch durch Verwaltungsstrafen sichergestellt (§ 22 AÜG). Eine zusätzliche Sanktionierung dieser Pflichten durch § 2 Abs 4 AMFG

¹¹⁴³ ErläutRV 983 BlgNR 11. GP 19.

¹¹⁴⁴ § 9 Abs 4 AMFG idF BGBl 1969/31.

¹¹⁴⁵ § 9 Abs 4 AMFG idF BGBl 1988/196.

¹¹⁴⁶ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 23.

¹¹⁴⁷ In dem vom Wortlaut mit § 2 Abs 4 AMFG vergleichbaren § 1 Abs 2 dAÜG wird ausdrücklich auf andere Pflichten des dAÜG verwiesen.

scheint daher nicht notwendig. Zudem stünde man sonst vor der schwierigen Frage, welche dieser Verpflichtungen bei § 2 Abs 4 AMFG eine Rolle spielen und wie diese Pflichten zu gewichten sind. Reicht bereits die Verletzung einer (möglicherweise wenig bedeutsamen) Pflicht des AÜG aus, um den Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG zu erfüllen? Dagegen spricht die Verwendung des Plurals (arg „Pflichten des Arbeitgebers“). Muss also eine erhebliche oder überwiegende Anzahl der Pflichten verletzt werden, oder gar alle? Naheliegender wäre ein Abstellen insb auf die Hauptleistungspflicht, also die Leistung des Entgelts. Gerade bei dieser Pflicht wird aber bereits durch § 14 AÜG, also die Bürgschaft des Beschäftigers für das Arbeitsentgelt, dem Schutzbedürfnis des überlassenen AN Rechnung getragen. All diese Überlegungen sprechen mE dagegen, die „Pflichten des Dienstgebers“ einfach als Summe aller rechtlichen Verpflichtungen des Überlassers auszulegen.

Mit dem „wirtschaftlichen Wagnis“ wurde in der älteren Fassung der Bestimmung nicht eine konkrete rechtliche Verpflichtung des Überlassers angesprochen, sondern eine Pflicht, die sich hinter den rechtlichen Verpflichtungen verbirgt, nämlich die Pflicht das Unternehmerrisiko¹¹⁴⁸ zu tragen. Daran anknüpfend kann an andere „Pflichten“ des Überlassers angeknüpft werden, die strenggenommen eigentlich keine „Pflichten“, sondern eigentlich „Aufgaben“ oder „Funktionen“ des Dienstgebers sind. Das „wirtschaftliche Wagnis“ war vor seiner Streichung aus dem Gesetz nur ein Beispiel (arg „insbesondere“) für die Pflichten, auf die der Gesetzgeber abstellt. ME ist das Abstellen auf die „Funktionen“ des Dienstgebers auch nach der Streichung des „wirtschaftlichen Wagnisses“ aus dem Gesetz weiterhin ein vertretbares Auslegungsergebnis, der Gesetzgeber hat nur das Beispiel entfernt, es ist nicht ersichtlich, dass er damit die ursprüngliche Deutung von „Pflichten des Dienstgebers“ ändern wollte.

Die „Pflichten des Arbeitgebers“ gem § 2 Abs 4 AMFG sind daher im Sinn von „Funktionen des AG“ auszulegen. Bei der Beantwortung der Frage, welche „Funktionen“ damit konkret angesprochen sind, ist auf aktuelle Untersuchungen zum AG-Begriff einzugehen. Einige dieser Untersuchungen laufen nämlich darauf hinaus, den AG nicht als bloßen Vertragspartner des AN zu definieren, sondern über seine Funktionen und Aufgaben.

¹¹⁴⁸ Vgl allg zum Unternehmerrisiko *Reiner*, ZAS 2008, 206; er weist darauf hin, dass das Verwertungsrisiko im AÜG durch die §§ 10 Abs 2 und § 11 Abs 2 Z 1 AÜG dem Überlasser zugewiesen wird.

3. Die aktuelle Diskussion des Arbeitgeberbegriffs

a) Einleitung

Der AG-Begriff wurde in der arbeitsrechtlichen Literatur mit einigen Ausnahmen¹¹⁴⁹ eher wenig beachtet. In jüngerer Zeit mehren sich allerdings die Untersuchungen zum AG-Begriff.¹¹⁵⁰ Im Folgenden soll ein Überblick über die Forschungsergebnisse gegeben werden, möglicherweise lassen sich diese Ergebnisse auch für die Auslegung des Tatbestandes des § 2 Abs 4 AMFG verwenden.¹¹⁵¹

b) Problemdefinition

Das erste wichtige Ergebnis dieser Forschung ist die Definition des Problems und seiner Ursachen. Das Problem beginnt damit, dass der AG nur als der Vertragspartner des AN definiert wird. Das bietet Unternehmen die Möglichkeit und Anreize, durch organisatorische Entscheidungen arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen zu umgehen.¹¹⁵² Dieses Problem wurde bereits oben als „Capital boundary problem“¹¹⁵³ beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz dargestellt. Zusammenfassend geht es darum, dass auf Seite des Unternehmens durch organisatorische Entscheidungen die Reichweite oder Intensität von Arbeitnehmerschutzbestimmungen eingeschränkt werden können. Ermöglicht oder zumindest erleichtert wird das dadurch, dass sich die Struktur einer unternehmerischen Einheit, also zB der Aufbau eines Konzerns, nicht zwingend darauf auswirken muss, wie das unternehmerische Ziel organisatorisch erreicht wird.¹¹⁵⁴ So können etwa zwei Aufgaben in der Wertschöpfung, obwohl sie in engem

¹¹⁴⁹ *Ramm*, Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion (Leiharbeitsverhältnis, mittelbares Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmerüberlassung und Gesamthafenarbeitsverhältnis, ZfA 1973, 263; *Mehrhoff*, Die Veränderung des Arbeitgeberbegriffs (1984).

¹¹⁵⁰ *Collins*, Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws, Oxford Journal of Legal Studies 1990, 353; *Collins*, The Modern Law Review 1990, 731; *Collins* in *Davidov/Langille* 317; *Däubler*, KJ 2013, 133; *Davidov*, British Journal of Industrial Relations 2004, 727; *Davies/Freedland*, The Complexities of the Employing Enterprise, in *Davidov/Langille* (Hrsg), Boundaries and Frontiers of Labour Law (2006) 273; *Deakin*, The Changing Concept of the ‘Employer’ in Labour Law, ILJ 2001, 72; *Fudge*, The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and the Labour Protection, in *Davidov/Langille* (Hrsg), Boundaries and Frontiers of Labour Law (2006) 295; *Prassl*, EuZA 2013, 472; *Prassl*, The Notion of the Employer, Law Quarterly Review 2013, 380; *Wynn/Leighton*, Will the Real Employer Please Stand Up? Agencies, Client Companies and the Employment Status of the Temporary Agency Worker, ILJ 2013, 301.

¹¹⁵¹ Die folgenden Überlegungen wurden bereits in *Schörghofer*, Juridikum 2014, 95 ff skizziert.

¹¹⁵² *Deakin*, ILJ 2001, 75.

¹¹⁵³ *Collins*, MLR 1990, 736.

¹¹⁵⁴ *Fudge* in *Davidov/Langille* 301: „There is no necessary fit between how an enterprise is organised and its corporate structure.“

Zusammenhang stehen zB weil sie aufeinander folgen, von zwei unterschiedlichen Gesellschaften erbracht werden. Die Aufteilung auf zwei Rechtssubjekte steht einer engen Verflechtung der beiden Aufgaben grds nicht entgegen. Das ermöglicht die Struktur nach anderen Gesichtspunkten zu treffen, wobei einer davon auch der Abbau von AN-Rechten sein kann.

Die Zulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung ist dabei ein wichtiger Schritt. Durch die Arbeitskräfteüberlassung ist es möglich, das AG-Risiko grds vollständig auf eine eigene Gesellschaft zu übertragen, obwohl die Wertschöpfung durch die Arbeitsleistung in einem anderen Unternehmen erfolgt.¹¹⁵⁵ Es ist daher nicht nur möglich, einzelne Arbeitsschritte grds willkürlich zu unterteilen, stattdessen kann bei einigen oder auch allen Arbeitsschritten die Arbeitsleistung als solche von den anderen Produktionsfaktoren getrennt und in einer anderen Gesellschaft externalisiert werden. Betrachtet man diese Situation ausschließlich durch die „vertragliche Brille“, so kann man an dieser Situation keine Besonderheit feststellen: Es gibt einen Arbeitsvertrag, der Vertragspartner des AN, der Überlasser, ist der AG. Damit übersieht man allerdings, dass sich die Person des AG durch die spezifische Organisation funktional deutlich verändert kann. Die formale Definition des AG als Vertragspartner des AN ist blind gegenüber Unterschieden zwischen verschiedenen AG.¹¹⁵⁶ Es steht zu befürchten, dass dadurch Schutzlücken bei den betroffenen AN entstehen.

In den Untersuchungen werden meist Ansätze im geltenden Recht dargestellt, auf diese Veränderung der Person des AG zu reagieren. Dabei wird selbstverständlich die Regulierung der Überlassung genannt.¹¹⁵⁷ Mangels gesetzgeberischer Reaktionen werden auch Ansätze in der Rsp dokumentiert.¹¹⁵⁸ Dabei wird allerdings festgehalten, dass die Lösungsansätze im geltenden Recht nur fragmentarisch auf diese neuere Entwicklung reagieren.¹¹⁵⁹ Die Definition des AG als Vertragspartner des AN müsse durch eine funktionelle Analyse ergänzt oder gar ersetzt werden.¹¹⁶⁰ Eine funktionale Betrachtung der AG-Stellung anstelle einer streng formalen Betrachtung der Vertragsbeziehung wird auch

¹¹⁵⁵ Vallée, What is Corporate Social Responsibility? The Case of Canada, *Managerial Law* 2005, 20 (30); Fudge in *Davidov/Langille* 302.

¹¹⁵⁶ Däubler, *KJ* 2013, 133.

¹¹⁵⁷ Däubler, *KJ* 2013, 135 f.

¹¹⁵⁸ Fudge in *Davidov/Langille* 310 ff (zu Kanada); Deakin, *ILJ* 2001, passim; Wynn/Leighton, *ILJ* 2006, 303 ff.

¹¹⁵⁹ Däubler, *KJ* 2013, 143 f.

¹¹⁶⁰ Fudge in *Davidov/Langille* 314 f; Deakin, *ILJ* 2001, 79 ff; Prassl, *EuZA* 2013, 491; Kocher, Die Grenzen des Arbeitsrechts, *KJ* 2013, 145 (157).

mit einer Parallele zum AN-Begriff begründet: Bei diesem sei es als grundlegende Regel anerkannt, „that one must look beyond the *form* of the relationship and into its *substance*“.¹¹⁶¹ Die gleiche materielle Betrachtungsweise führt, wenn man sie auf das „Payrolling“-Modell anwendet, zu einer Durchdringung der Vertragsbeziehung und zur AG-Stellung des Einsatzunternehmens.¹¹⁶²

c) Exkurs: Die Eingliederungstheorie – gute Idee zur falschen Zeit?

Die Ablehnung des Arbeitsvertrags als einzigen Anknüpfungspunkt für das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses ist im deutschsprachigen Raum nicht neu. *Nikisch* gilt als wichtigster Vertreter der sog. Eingliederungstheorie, die insb. in der Mitte des 20. Jahrhunderts diskutiert wurde.¹¹⁶³ Kernelement dieser Theorie ist, „dass ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis auch durch die bloße Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb oder den privaten Lebensbereich des Arbeitgebers entstehen kann.“¹¹⁶⁴ Begründet wird das mit der „engen persönlichen Verbindung, die sich aus der Aufnahme des Arbeitnehmers in den Betrieb“ ergibt.¹¹⁶⁵ Das Arbeitsverhältnis soll also (zumindest in ursprünglichen Fassungen der Eingliederungstheorie)¹¹⁶⁶ nicht zwingend vom Abschluss eines Arbeitsvertrags abhängig sein. Gegen diese Auffassung wendeten sich die Vertreter der Vertragstheorie, darunter insb. *Nipperdey*. Nach der Vertragstheorie wird das Arbeitsverhältnis ausschließlich durch den Arbeitsvertrag begründet.¹¹⁶⁷ Nur dieses Ergebnis entspreche den Grundlagen der Privatrechtsordnung und der freien Selbstbestimmung.¹¹⁶⁸

Anlass für den Schulstreit zwischen Vertrags- und Eingliederungstheorie waren ungültige Arbeitsverträge und die juristische Beurteilung dennoch erbrachter Arbeitsleistungen.¹¹⁶⁹ Die Vertragstheorie löste dies, indem der Anfechtung bei Dauerschuldverhältnissen nur *ex nunc*-Wirkung zugestanden wurde. Demgegenüber ließ

¹¹⁶¹ *Davidov*, *British Journal of Industrial Relations* 2004, 736 f.; vgl. zum Abstellen auf die tatsächliche Vertragsdurchführung für die Prüfung des AN-Begriffs in Österreich *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 62 ff.

¹¹⁶² *Davidov*, *British Journal of Industrial Relations* 2004, 737.

¹¹⁶³ *Hueck/Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts I*⁷ (1963) 115 FN 6 & 8 bezeichnen jedoch *Siebert* als „eigentlichen Begründer“ der Eingliederungstheorie.

¹¹⁶⁴ *Nikisch*, *Arbeitsrecht I*³ (1961) 174.

¹¹⁶⁵ *Nikisch*, *Arbeitsrecht I*³ 174.

¹¹⁶⁶ Nach *Hueck/Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts I*⁷ 118 wird diese Aussage in späteren Fassungen der Eingliederungstheorie nicht mehr vertreten.

¹¹⁶⁷ *Hueck/Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts I*⁷ 116.

¹¹⁶⁸ *Hueck/Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts I*⁷ 120 f.

¹¹⁶⁹ Dazu und zum Folgenden *Bydlinski*, *Arbeitsrechtskodifikation* 78 ff.

die Eingliederungstheorie trotz des unwirksamen Vertrags bloß durch das Faktum der Eingliederung ein Arbeitsverhältnis entstehen. Zwar wurde richtig gefolgert, dass es nach der Eingliederungstheorie auch in anderen Fällen nicht auf den Abschluss eines Vertrags ankomme, ausreichend für das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses müsse dann immer die faktische Eingliederung sein.¹¹⁷⁰ Das ändert allerdings nichts daran, dass die Richtigkeit der Eingliederungstheorie vor dem Hintergrund dieses Sonderfalls mit doch eher eingeschränkter Bedeutung diskutiert wurde. Das zeigt sich deutlich in der Stellungnahme von *F. Bydlinski*, der gegen die Eingliederungstheorie argumentiert. Für ihn ist allein der Sonderfall der ungültigen Verträge kein Grund an der Bedeutung des Vertrags als Grundlage der Arbeitsbeziehungen zu zweifeln. Es wäre „unangemessen“ den Vertrag zu entwerten, „nur um die verhältnismäßig seltenen Fälle des Arbeitsverhältnisses auf mangelhafter Vertragsgrundlage trotz der Vertragsmängel mit wichtigen Rechtsfolgen ausstatten zu können, wie dies übrigens die Vertragstheorie auf anderen Wegen auch tut“.¹¹⁷¹ Das Arbeitsverhältnis auf ungültiger Vertragsgrundlage sei nur ein „Ausnahmefall [...], an dem sich das Arbeitsrecht nicht in erster Linie orientieren kann“.¹¹⁷² Es lässt sich also behaupten, dass die Diskussion der Eingliederungsthese zumindest davon beeinflusst wurde, dass die damals bekannten faktischen Auswirkungen dieser These vernachlässigbar waren.

Es soll aber nicht verschwiegen werden, dass die Eingliederungstheorie auch die anfängliche Diskussion über die Arbeitskräfteüberlassung, insb über ihre vertragliche Konstruktion, also der Frage wer Vertragspartner überlassener AN ist, wesentlich beeinflusste. Das zeigt sich deutlich in der deutschen Judikatur ab den 1940er-Jahren.¹¹⁷³ Zumindest in der Literatur schwingt aber schon als Grundtenor der Triumph der Vertragstheorie mit.¹¹⁷⁴ Man gewinnt den Eindruck eines gewissen Widerwillens, den Streit von neuem zu entfachen und die gescheiterte Eingliederungstheorie im Zuge der neuen Diskussion über die Leiharbeit erneut aufzurollen. *Ramm* meint im Rahmen seiner Untersuchung über die Leiharbeit und mittelbare Arbeitsverhältnisse im Jahr 1973: „Eine

¹¹⁷⁰ *Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation 79.

¹¹⁷¹ *Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation 80 f.

¹¹⁷² *Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation 84.

¹¹⁷³ *Heinze*, Rechtsprobleme des sog. echten Leiharbeitsverhältnisses, *ZfA* 1976, 183 (185 ff).

¹¹⁷⁴ *Heinze*, *ZfA* 1976, 197: „Schließlich dürfte im Arbeitsrecht der alte Streit zwischen Vertrags- und Eingliederungstheorie zugunsten der ersteren einhellig entschieden sein. Allein aus dem Vorrang der Eingliederung in den Betrieb des Entleihers lassen sich arbeitsrechtliche Stellungen, arbeitsrechtliche Rechte und Pflichten nicht mehr herleiten.“

prinzipielle Auseinandersetzung mit der Eingliederungstheorie scheint weder an dieser Stelle noch überhaupt in der heutigen Arbeitsrechtswissenschaft notwendig zu sein.¹¹⁷⁵ *Mayer-Maly* ist der Auffassung „[d]er Eingliederungstheorie fehlt in der Beziehung zu den Leiharbeitsverhältnissen ausreichende Problemnähe. [...] Fragen der Arbeitnehmerüberlassung sind der Konzeption der Theorie [...] nicht Pate gestanden.“¹¹⁷⁶ *Geppert* führt zur These eines Doppelarbeitsverhältnisses bei der Arbeitskräfteüberlassung aus, diese ließe sich „wohl nur mit Hilfe der schon überwundenen Eingliederungstheorie begründen.“¹¹⁷⁷

Man kann daher vorsichtig behaupten, dass die Eingliederungstheorie bereits gescheitert ist, bevor die Arbeitsrechtswirklichkeit die Sachverhalte in den Vordergrund gerückt hat, in denen sie wirklich relevant geworden wäre, nämlich dreipersonale Arbeitsbeziehungen. Ein Hindernis der Eingliederungstheorie war also, dass sie eine Lösung für ein Problem gewesen wäre, das es in ihrer wissenschaftlichen Blüte noch nicht, oder zumindest noch nicht in wesentlichem Maße gab.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die Eingliederungstheorie bereits für die aktuelle Diskussion der Leiharbeit wiederentdeckt wurde.¹¹⁷⁸ Eine Diskussion der Eingliederungstheorie als solche ist aber im geltenden Recht nicht möglich.¹¹⁷⁹ Die Vertragstheorie liegt insb erkennbar der gesetzlichen Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zu Grunde. Das AÜG regelt Pflichten des Beschäftigers, die sich erübrigen würden, wenn dieser bereits durch die Eingliederung in einem (vollständigem) Arbeitsverhältnis mit dem überlassenen AN stünde (vgl insb § 6 AÜG). Das Gesetz ist bemüht, gerade das Fehlen dieses Arbeitsverhältnisses auszugleichen. Das AÜG sieht bei der Abgrenzung zur Industriedienstleistung in der Eingliederung im Betrieb des Beschäftigers ein Indiz für die Arbeitskräfteüberlassung (§ 4 Abs 2 Z 3 AÜG). Das AÜG setzt also das Anliegen der Eingliederungstheorie teilweise um, indem es die partielle AG-Stellung aufgrund bloß faktischer Eingliederung gesetzlich anordnet. Gleichzeitig lässt sich

¹¹⁷⁵ *Ramm*, ZfA 1973, 273; er weist auch darauf hin, dass ein automatischer Wechsel des Arbeitsverhältnisses auf den weisungsbefugten Dienstleistungsempfänger über die Forderungen der Eingliederungstheorie hinausginge (277).

¹¹⁷⁶ *Mayer-Maly*, ZfA 1972, 16; Er untersucht sie freilich dennoch, er lehnt ein Abstellen auf die Eingliederung wegen der Unschärfe dieses Begriffes ab.

¹¹⁷⁷ *Geppert*, AÜG 67.

¹¹⁷⁸ *Kocher*, KJ 2013, 155.

¹¹⁷⁹ Die Eingliederungstheorie wird schon lange grds nur noch aus rechtshistorischen Gründen genannt; vgl etwa *Preis* in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁴ § 611 BGB Rz 7; *Kocher*, KJ 2013, 155.

daraus aber eine grundsätzliche Ablehnung der Eingliederungstheorie ableiten, bei deren Anerkennung diese gesetzliche Umsetzung nicht notwendig gewesen wäre.

d) Ein aktueller Lösungsansatz: Der funktionale AG-Begriff

Das spricht allerdings nicht dagegen, die Grundidee der Eingliederungstheorie dort fruchtbar zu machen, wo das geltende Recht den Spielraum dafür bietet. Man kann von der Eingliederungstheorie zumindest den Gedanken übernehmen, dass im Arbeitsrecht möglicherweise nicht nur der Arbeitsvertrag bei der Begründung der Schutzbedürftigkeit eine Rolle spielt.

Dieser Gedanke liegt auch den oben dargestellten, modernen Untersuchungen des AG-Begriffs zugrunde. Allerdings wird als Alternative nicht mehr die „Eingliederung“ als Anknüpfungspunkt genannt, zumindest nicht explizit. An deren Stelle steht der Aufruf zu einer funktionellen Betrachtung des Arbeitsrechts,¹¹⁸⁰ insb eine funktionelle Definition des AG¹¹⁸¹. Auch dieser funktionelle AG Begriff ist allerdings (zumindest im deutschsprachigen Raum) keine neue Erfindung. *Nikisch* führte im Jahr 1961 aus, der Begriff des AG „ist eine zusammenfassende Bezeichnung für eine Reihe von Funktionen, die zwar in derselben Person vereinigt sein können und meistens auch vereinigt sind, die aber auch auf verschiedene Personen verteilt sein können.“¹¹⁸² Zur Leiharbeit wurde damals (in der deutschen Lehre) allerdings vertreten, dass der funktionelle AG-Begriff nicht zur AG-Stellung des Beschäftigten führen könne, wenn dafür eine rechtliche Grundlage fehlt: „Unserem Zivilrecht ist die Ableitung von Rechtsstellungen und damit von zugeordneten Rechten und Pflichten aufgrund bloß tatsächlichen Verhaltens grundsätzlich fremd, es sei denn, dass das Gesetz kraft besonderer Norm dem tatsächlichen Verhalten rechtliche Bedeutung zuweist. Eine solche Norm ist jedoch im vorliegenden Zusammenhang gerade nicht ersichtlich.“¹¹⁸³ Mit § 2 Abs 4 AMFG liegt im österr Arbeitsrecht jedoch eine Bestimmung vor, die gegenüber dem Abstellen auf die AG-Funktion offen erscheint.

Welche AG-Funktionen werden nun im Schrifttum unterschieden?

¹¹⁸⁰ *Fudge* in *Davidov/Langille* 314.

¹¹⁸¹ *Fudge* in *Davidov/Langille* 314 f; *Deakin*, ILJ 2001, 79 ff; *Prassl*, EuZA 2013, 491; *Kocher*, KJ 2013, 157.

¹¹⁸² *Nikisch*, Arbeitsrecht I³ 145, vgl auch *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I⁷ 89.

¹¹⁸³ *Heinze*, ZfA 1976, 198.

Deakin unterscheidet drei Identifizierungsmerkmale des AG: „coordination“, „risk“ und „equity“.¹¹⁸⁴ Unter „coordination“ versteht er „managerial control“, also insb die Möglichkeit des AG die Arbeitsleistung des AN zu dirigieren. Hinter dem Abstellen auf das „Risiko“ steht die Überlegung, dass das Unternehmen bestimmte Risiken tragen und verteilen soll, wie etwa das Risiko der Arbeitslosigkeit und das Risiko des Einkommensausfalls. „Equity“ verwendet er wohl eher in der Bedeutung als „Gerechtigkeit“ als im finanzwissenschaftlichen Sinn („Eigenkapital“), er möchte damit den Bereich umschreiben, in dem die Gleichbehandlungspflicht eingehalten werden muss.

Konkreter und daher für die vorliegende Untersuchung tauglicher sind zwei andere Modelle. *Freedland* unterscheidet vier konkrete Funktionen: „(1) engaging workers for employment and terminating their employment; (2) remunerating workers and providing them with other benefits of employment; (3) managing the employment relation and the process of work; and (4) using the worker’s services in a process of production or service provision.“¹¹⁸⁵

Prassl unterscheidet fünf Funktionen: „Schaffung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses“, „Recht auf Arbeit und ihre Früchte“, „Bereitstellung von Arbeit und Bezahlung des Arbeitsentgelts“, „Management des unternehmensinternen Markts“ und „Management des unternehmensexternen Markts“.¹¹⁸⁶ Unter dem „Management des unternehmensinternen Markts“ versteht er die „Koordination und Kontrolle aller Produktionsfaktoren“. Das „Management des unternehmensexternen Markts“ umfasst für ihn die Leitung „im Hinblick auf potenziellen Gewinn“ und die Verantwortung für Verluste.

4. Übertragung dieser Ergebnisse auf § 2 Abs 4 AMFG

a) Die Funktionen des AG im österr Arbeitsrecht

Der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG ist für die Anwendung und Übertragung dieser Forschungsergebnis offen. Die vorherrschende Sichtweise auf diese Phänomene des Arbeitsmarktes ist, dass das Arbeitsrecht nach dem bisher fast ausschließlichen Fokus auf die Person des Arbeitnehmers nunmehr Fragen zur Person des Arbeitgebers beantworten

¹¹⁸⁴ *Deakin*, ILJ 2001, 79 ff.

¹¹⁸⁵ *Freedland*, *The Personal Employment Contract* (2003) 40.

¹¹⁸⁶ *Prassl*, *EuZA* 2013, 472; *Prassl*, *Law Quarterly Review* 2013, 393 ff.

muss.¹¹⁸⁷ Die neuen Konstruktionen wie Konzernsachverhalte, Werkverträge und eben insb die Leiharbeit verlangen diesen Perspektivenwechsel: „*Neuere Versuche, diese komplexen multilateralen Beziehungen zu regulieren, [sind] zum Scheitern verurteilt, solange sie die Definition und Position des Arbeitgebers vernachlässigen.*“¹¹⁸⁸ Die Bestimmung des § 2 Abs 4 AMFG scheint, trotz ihrer langen Geschichte, ein idealer Ansatzpunkt, um diese neueren Überlegungen in das geltende Recht einfließen zu lassen. § 2 Abs 4 AMFG stellt in seinem Tatbestand eben nicht auf die Person des AN ab, sondern schiebt den Arbeitgeber und seine Pflichten in den Vordergrund.

Es ist nun zu überlegen, ob die oben dargestellten Modelle zu den AG-Funktionen für das österr Arbeitsrecht zutreffend sind. Dabei wird auf das Modell von *Prassl* abgestellt, da dieses sehr konkret ist, es scheint außerdem weitgehend mit den Ausführungen von *Freedland* übereinzustimmen. Im Folgenden wird außerdem gezeigt, dass das österr Arbeitsrecht die von *Prassl* genannten Funktionen des AG auch kennt. Das zeigt sich darin, dass das österr Arbeitsrecht für diese Funktion Regelungen vorsieht.

Mehrere Bestimmungen zeigen, dass das österr Arbeitsrecht in der „Schaffung des Arbeitsverhältnisses“ eine Funktion des AG sieht, nämlich § 99 ArbVG, § 3 Z 1, § 9, § 17 Abs 1 Z 1 & § 23 GIBG, sowie die hL und Rsp zum vorvertraglichen Schuldverhältnis im Arbeitsrecht¹¹⁸⁹. Die §§ 2 ff AMFG lassen allerdings erkennen, dass der Gesetzgeber die Übertragung dieser AG-Funktion auf Dritte beim Vorliegen von Arbeitsvermittlung zulässt. Kein Zweifel kann darin bestehen, dass die „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine wichtige Funktion des AG ist, das zeigen die zahlreichen Bestimmungen zur Beendigung des AV.¹¹⁹⁰ Auch die Funktion des AG die Arbeitsleistung zu empfangen, also sein „Recht auf Arbeit und ihre Früchte“, liegt erkennbar dem österr Arbeitsrecht zu Grunde. Die persönliche Leistungspflicht des AN ist ein Wesensmerkmal des österr AN-Begriffs.¹¹⁹¹ Für Österreich differenziert zu sehen ist die „Bereitstellung von Arbeit“. Nach hA gibt es in Österreich im Normalfall kein Recht des AN auf Arbeit und spiegelbildlich keine Pflicht des AG, diese bereit zu stellen. Dennoch gehört die Bereitstellung von Arbeit zu den wichtigsten Funktionen des AG. Sie

¹¹⁸⁷ Vgl zB *Däubler*, KJ 2013, 133; *Deakin*, ILJ 2001, 72; *Davies/Freedland* in *Davidov/Langille* 273.

¹¹⁸⁸ *Prassl*, EuZA 2013, 473.

¹¹⁸⁹ *Rebhahn* in *ZellKomm*² §§ 861 – 864a ABGB Rz 1 ff.

¹¹⁹⁰ §§ 105 ff ArbVG, §§ 19 ff AngG, §§ 82 ff GewO 1859, §§ 1158 ff ABGB, etc.

¹¹⁹¹ *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 85: „Der typische AN ist erstens zur Leistung und zweitens zur persönlichen Leistung verpflichtet.“

ist die wirtschaftliche Erklärung des Arbeitsverhältnisses, weil erst sie es erlaubt, die Arbeitskraft des AN, um deretwillen der Arbeitsvertrag vom AG abgeschlossen wird, abzurufen. Im Gesetz schlägt sich diese AG-Funktion etwa deutlich im Versetzungsschutz (§ 101 ArbVG) nieder, der dem AG bei der Zuweisung verschiedener Arbeitsplätze Grenzen setzt. Die „Bezahlung des Arbeitsentgelts“ ist auch in Österreich eine der wesentlichen Funktionen des AG, wenngleich die Unentgeltlichkeit die Qualifikation als Arbeitsvertrag und damit einer Person als AG nicht ausschließt¹¹⁹². Die zentrale Rolle der Entgeltzahlung zeigen zahlreiche gesetzliche Bestimmungen (§ 1154 ABGB, § 15 AngG, etc insb zur Entgeltfortzahlung in verschiedenen Fällen) sowie insb die kollektivvertraglichen Mindestlöhne. Unter dem „Management des unternehmensinternen Markts“ versteht *Prassl* die „Koordination und Kontrolle aller Produktionsfaktoren einschließlich der Möglichkeit vorzuschreiben, welche Leistungen wie zu erbringen sind.“¹¹⁹³ Auch diese Funktion liegt erkennbar dem österr Arbeitsrecht zu Grunde. Die Möglichkeit, den AN bei seiner Leistungserbringung intensiv zu steuern und zu kontrollieren, stellt ein wichtiges Identifikationsmerkmal des AN-Begriffs und damit des Anwendungsbereichs des Arbeitsrechts dar. Das „Management des unternehmensexternen Markts“ ist für *Prassl* die „Leitung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens im Hinblick auf potenziellen Gewinn, gleichzeitige Verantwortlichkeit für etwaige Verluste.“ Dem entspricht wohl, wenn zum österr Arbeitsrecht gesagt wird, der AG müsse das „Unternehmerrisiko“ tragen.¹¹⁹⁴

b) Die Aufteilung der AG-Funktionen bei der Arbeitskräfteüberlassung

Das österr Arbeitsrecht geht daher grds davon aus, dass der AG sämtliche von *Prassl* genannten Funktion ausübt. Das Recht der Arbeitskräfteüberlassung basiert allerdings offensichtlich auf der Zulässigkeit der Aufteilung dieser AG-Funktionen auf zwei Personen. Dazu muss allerdings überlegt werden, von welcher Aufteilung der Gesetzgeber ausgegangen ist. Im Anschluss kann überlegt werden, ob darüber hinausgehend beim Payrolling weitere AG-Funktionen übertragen werden und ob dadurch der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG erfüllt sein kann.

¹¹⁹² *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1152 ABGB Rz 6.

¹¹⁹³ *Prassl*, *EuZA* 2013, 477.

¹¹⁹⁴ *Reiner*, *ZAS* 2008, 203.

Nach *Deakin* werden bei der Überlassung die Koordinationsfunktion und die Risikotragung auf zwei Personen aufgeteilt.¹¹⁹⁵ Der Endnutzer könne die Arbeitsleistung koordinieren, das Risiko verbleibe beim Überlasser. *Tomandl* führt bei der Beschreibung des Payrolling zum österr Arbeitsrecht aus, dass dem AÜG ein typisches Modell der Arbeitskräfteüberlassung zugrunde liegt, bei dem dem Überlasser zB das Risiko der Entgeltfortzahlung, die Auswahl der überlassenen AN und deren Kündigung obliegt.¹¹⁹⁶

Im österr Arbeitsrecht liegt erkennbar die Übertragung der AG-Funktion „Bereitstellen von Arbeit“ auf einen Dritten dem Modell der Arbeitskräfteüberlassung zu Grunde (§ 3 Abs 1 AÜG: „Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.“). Auch die Übertragung der AG-Funktion, die *Prassl* als „Management des unternehmensinternen Markts“ bezeichnet, und damit insb die Entscheidungsmöglichkeit über die Art der Leistungserbringung, ist der Normalfall der Arbeitskräfteüberlassung. Diese Funktion äußert sich wahrscheinlich am deutlichsten in der Ausübung des Weisungsrechts. Die in Österreich wohl hA sieht in der Arbeitskräfteüberlassung eine Bevollmächtigung des Beschäftigers zur Ausübung des Weisungsrechts.¹¹⁹⁷ Auch § 4 Abs 2 AÜG zeigt, dass der Gesetzgeber von einem Einsatz der überlassenen AN in engem Zusammenhang mit den anderen Produktionsfaktoren ausgeht. Man könnte allenfalls überlegen, ob das AÜG davon ausgeht, dass der AN nur für eine konkrete Aufgabe überlassen wird, dass der Beschäftiger also typischerweise kein Recht haben soll ihn an einem anderen Arbeitsplatz einzusetzen. Dagegen spricht allerdings § 12 Abs 1 Z 5 AÜG, der den Überlasser verpflichtet, den AN über „die Art der zu verrichtenden Arbeit“ und nicht etwa über den konkreten Arbeitsplatz zu informieren. Das spricht dafür, dass das AÜG von einer weiten Einsatzmöglichkeit des AN im Beschäftigertbetrieb ausgeht.

Dass der Gesetzgeber eine weitergehende Übertragung von AG-Funktionen bei der Arbeitskräfteüberlassung vorgesehen hat, ist allerdings nicht ersichtlich. Das zeigt sich etwa bei der Begründung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Spricht man von den beiden Ereignissen in einem streng juristischen Sinn, so ergibt sich das bereits aus der vertraglichen Konstruktion der Arbeitskräfteüberlassung. Der Arbeitsvertrag kann nur durch eine Erklärung, die dem Vertragspartner (also dem Überlasser) zuzurechnen ist,

¹¹⁹⁵ *Deakin*, ILJ 2001, 80 f.

¹¹⁹⁶ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 31.

¹¹⁹⁷ Vgl etwa *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 23 f.

begründet und beendet werden. Da bei der Prüfung der AG-Funktionen aber gerade der eingeschränkte Blick nur auf den Vertrag vermieden werden soll, muss geprüft werden, ob dies auch im Hinblick auf die tatsächliche Entscheidung gilt. Es ist fraglich, ob nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Funktion, tatsächlich über Einstellung und Beendigung zu entscheiden, durch den Überlasser oder den Beschäftiger ausgeübt werden soll. *Prassl* weist auf (wohl britische) Studien hin, wonach in vielen Fällen die Entscheidung über Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Beschäftiger erfolgt.¹¹⁹⁸ Es ist zu vermuten, dass das auch für Österreich zutrifft.¹¹⁹⁹ Es entspricht aber nicht dem „Normalfall der Überlassung“, den der Gesetzgeber vor Augen hatte, dass der Beschäftiger bereits bei Begründung des AV des überlassenen AN involviert ist. Der Gesetzgeber verpflichtet in § 12 Abs 1 Z 1 AÜG den Überlasser, die Arbeitskraft über den zukünftigen Beschäftiger zu informieren. Es wird daher davon ausgegangen, dass der Arbeitskraft der Beschäftiger vorher üblicherweise unbekannt ist. Auch *GA Bot* hat im Verfahren *Albron* die Meinung geäußert, dass die Auswahl des AN dem Überlasser obliegt.¹²⁰⁰ Dafür spricht im nationalen Recht auch § 6 AÜG, der dem Beschäftiger gewisse AG-Pflichten auferlegt, dies aber auf die „Dauer der Beschäftigung“ beschränkt. Ist der Beschäftiger auch vor dieser Phase involviert, also insb vor Abschluss des AV, blieben erhebliche Schutzlücken, insb weil den Beschäftiger dann (zumindest nach dem Gesetzeswortlaut) keine vorvertraglichen Schutzpflichten gegenüber dem AN treffen. Daran ändert auch § 6a Abs 2 AÜG nichts, der den Beschäftiger verpflichtet, Gleichbehandlungsvorschriften „insbesondere für die Auswahl der überlassenen Arbeitskräfte“ einzuhalten. Gemeint kann damit die Auswahl der Arbeitskräfte aus dem Pool der bereits bestehenden Arbeitsverhältnisse des Beschäftigers sein. Auch die faktische Entscheidung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses soll typischerweise durch den Überlasser erfolgen. Das folgt bereits daraus, dass der Gesetzgeber ein Arbeitsverhältnis vor Augen hat, das mehrere Überlassungen überdauert. Nach Ansicht des OGH verbietet § 11 Abs 2 Z 4 AÜG die Befristung des Arbeitsvertrags mit der Dauer der aktuellen Überlassung.¹²⁰¹ Der OGH

¹¹⁹⁸ *Prassl*, EuZA 2013, 479.

¹¹⁹⁹ Vgl zur Einstellung etwa OGH 9 ObA 63/87 DRdA 1988, 265 (*Harrer*) = ZAS 1988, 95 (*Schnorr*).

¹²⁰⁰ SA des *GA Bot*, 03.06.2010, C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309 Rz 44: „Die persönliche Auswahl des Leiharbeitnehmers trifft dabei nicht die entleihende Gesellschaft, sondern das Leiharbeitsunternehmen, das den Arbeitnehmer aus seinem gesamten Personal im Hinblick auf seine Eignung auswählt, um die Anforderungen, die die entleihende Gesellschaft in ihrem Auftrag zum Ausdruck gebracht hat, zu erfüllen.“

¹²⁰¹ OGH 8 ObA 130/99 x DRdA 2000, 328 (zust *Egger*).

legt dem Beschäftiger nach Beendigung einer Überlassung außerdem eine weitgehende soziale Gestaltungspflicht auf, ansonsten liege „bloße Arbeitsvermittlung“ vor.¹²⁰² Zuletzt verlangt auch die grds Zuständigkeit des Überlasser-BR, dass der Überlasser faktisch über die Beendigung unterscheidet. Ansonsten würden die Beteiligungsrechte des Überlasser-BR (wenngleich ein solcher nur selten gewählt wird) leerlaufen, weil er keine Möglichkeit hätte, dadurch die Willensbildung der Person zu beeinflussen, die faktisch über die Beendigung des AV entscheidet. § 6a Abs 4 AÜG zeigt bloß, dass der Gesetzgeber realistisch davon ausgeht, dass häufig ein enger Zusammenhang zwischen der Beendigung der Überlassung und der Beendigung des AV besteht.

Auch die Bezahlung des Arbeitsentgelts ist eine Funktion, die nach dem AÜG dem Überlasser auferlegt wird. Das zeigen die §§ 11 Abs 1 Z 9 & 12 Abs 1 Z 4 AÜG, wonach der Überlasser und nicht der Beschäftiger verpflichtet ist, den AN über sein Grund- und Überlassungsentgelt zu informieren. § 14 AÜG überträgt diese Funktion nur bei erfolgloser Einmahnung (Abs 1) bzw Ausfall des Überlassers (Abs 2) dem Beschäftiger. Die Zuständigkeit des Überlassers folgt zuletzt auch aus dem KV-System der Überlassungsbranche. Zwar hängt die Entgelthöhe des AN auch vom Beschäftiger-KV ab (§ 10 Abs 1 AÜG), wesentlich ist aber der Überlasser-KV, der zum einen das Grundentgelt regelt, zum anderen aber die Bedachtnahme auf den Beschäftiger-KV modifizieren kann¹²⁰³. An der Verhandlung des Überlasser-KV ist aber grds nur der Überlasser als Mitglied der abschließenden AG-Vertretung beteiligt. Eine Ausnahme vom Grundsatz, dass der Überlasser die Funktion der „Bezahlung des Arbeitsentgelts“ tragen soll, stellt § 10 Abs 1a & 6 AÜG dar, wonach der Gleichstellungsanspruch bzgl Betriebspensionsleistungen und Wohlfahrtseinrichtungen und –maßnahmen direkt gegen den Beschäftiger gerichtet ist.

Der Überlasser soll nach der Grundstruktur des AÜG grds auch das unternehmerische Risiko tragen.¹²⁰⁴ Das zeigt sich in zwei Bestimmungen. Zum einen im Verbot, den Entgeltanspruch bei Stehzeiten entfallen zu lassen. Dieser Anspruch ist im AÜG gleich doppelt verankert (§ 10 Abs 2 AÜG, § 11 Abs 2 Z 1 AÜG). Der OGH hat

¹²⁰² OGH 9 ObA 233/98z wbl 1999/121.

¹²⁰³ So der Arbeiter-KV, der teilweise eine Überzahlung der Beschäftiger-KV anordnet; vgl dazu *Schindler*, KVAÜ² 262 ff.

¹²⁰⁴ Vgl *Reiner*, ZAS 2008, 206 zum Verwertungsrisiko; vgl zum Unternehmerrisiko des Überlassers iZm mit der Frage der Zulässigkeit von Karenzierungsvereinbarungen *Mazal*, Karenzierungsvereinbarungen bei Arbeitskräfteüberlassung, RdW 1989, 226.

dazu ausgeführt, diese „Bestimmung [§ 11 Abs 2 Z 1 AÜG] soll dazu beitragen, dem Überlasser die Abwälzung des Arbeitgeberberrisikos auf die Arbeitskraft unmöglich zu machen.“¹²⁰⁵ Zum anderen in der schon angesprochenen Bestimmung des § 11 Abs 2 Z 4 AÜG, die eine sachliche Rechtfertigung für eine Befristung des Arbeitsverhältnisses verlangt. Unter Berufung auf den eindeutigen Hinweis in den Materialien¹²⁰⁶ sehen Lehre und Rsp darin insb ein Verbot die Dauer des AV mit der Überlassungsdauer zu synchronisieren.¹²⁰⁷ Begründet wird dies damit, dass auch diese Vereinbarung eine verbotene Überwälzung des Unternehmerrisikos zur Folge hätte.¹²⁰⁸ Unter dem „Arbeitgeberberrisiko“ wird dabei offensichtlich das Risiko der Einsetzbarkeit der AN verstanden. Das entspricht dem „Verwertungsrisiko“ des AG, also sein Risiko die Arbeitsleistung des AN gewinnbringend einzusetzen.¹²⁰⁹ Unter das Verwertungsrisiko fällt aber auch das Risiko, „das Arbeitsergebnis erfolgreich zu verwerten“.¹²¹⁰ Dieses Risiko trägt bei der Arbeitskräfteüberlassung erkennbar der Beschäftiger und nicht der Überlasser.¹²¹¹ Der Überlasser schuldet dem Beschäftiger nur die Verschaffung von Arbeitskraft.¹²¹² Der Überlasser hat „nur für das Vorhandensein einer durchschnittlichen Qualifikation und die Arbeitsbereitschaft der überlassenen Arbeitskräfte einzustehen, [...] nicht für eine mangelnde Qualität der Arbeitsleistung.“¹²¹³

Im Ergebnis sollen also folgende Funktionen bei der Arbeitskräfteüberlassung grds beim Überlasser verbleiben: Die Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die Bezahlung des Arbeitsentgelts und die Tragung des Verwertungsrisikos. Es ist daher

¹²⁰⁵ OGH 8 ObA 130/99x DRdA 2000, 328 (*Egger*); vgl schon vor dem AÜG OGH 14 Ob 224/86 Arb 10603: „Wenn nun der Arbeitgeber zur Arbeitnehmerüberlassung in Abweichung vom § 1155 ABGB mit dem Arbeitnehmer vereinbart, daß seine Entgeltspflicht bei aufrehtem Arbeitsverhältnis auf jene Zeiten beschränkt ist, in denen der Arbeitnehmer in einem Betrieb des Dritten, des Beschäftigers, arbeitet, trägt der überlassende Arbeitgeber nicht mehr das ihm durch den § 9 Abs 4 AMFG auferlegte wirtschaftliche Wagnis. Zu diesem Wagnis gehört nämlich, daß der Überlasser des Arbeitnehmers das Entgelt auch dann weiterzahlt, wenn er während des Arbeitsverhältnisses für diesen Arbeitnehmer keine Beschäftigungsmöglichkeit hat.“; auf die Bedeutung dieser letztgenannten E für den Begriff des Unternehmerrisikos im österr Arbeitsrecht hat *Rebhahn* in FS Schnorr 226 aufmerksam gemacht.

¹²⁰⁶ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 20: „Die in Z 4 vorgesehene Einschränkung der Möglichkeit, befristete Arbeitsverhältnisse abzuschließen, soll verhindern, dass die Dauer des Arbeitsvertrages von den vorhandenen Beschäftigungsmöglichkeiten bestimmt wird.“

¹²⁰⁷ OGH 8 ObA 130/99x DRdA 2000, 328 (*Egger*); *Schindler* in ZellKomm² § 11 AÜG Rz 17.

¹²⁰⁸ *Geppert*, AÜG 144; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 51; *Resch*, Grenzen privatautonomer Dispositionen über das Auflösungsrecht des Arbeitnehmers, ZAS 1991, 4; *Schindler* in ZellKomm² § 11 AÜG Rz 17.

¹²⁰⁹ *Reiner*, ZAS 2008, 206.

¹²¹⁰ *Reiner*, ZAS 2008, 206.

¹²¹¹ Vgl *Geppert*, DRdA 2011, 511: „Jeder als Überlasser [...] tätige Unternehmer muss am Markt aktiv auftreten und Aufträge akquirieren.“

¹²¹² *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld 35.

¹²¹³ OGH 1 Ob 203/01m ecolex 2002/38; 7 Ob 723/81 ÖJZ 1983/4; *Mazal*, ecolex 2004, 385.

naheliegend, dass der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG darauf abstellt, ob eine oder mehrere dieser Funktionen nicht vom Überlasser getragen werden. Dabei ist zum einen denkbar, dass die Funktion stattdessen vom Beschäftiger übernommen wird. Das ist besonders bei der Begründung, der Beendigung sowie der Entgeltleistung naheliegend. Zum anderen ist aber auch möglich, dass diese Funktionen von niemandem, also auch nicht vom Beschäftiger übernommen werden. Das ist vor allem beim Verwertungsrisiko wichtig. Der Wortlaut des § 2 Abs 4 AMFG bezieht sich auf die Person des Überlassers („sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitsgebers trägt“), die Person des Beschäftigers wird nicht erwähnt. Aus diesem Grund erfasst der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG beide genannten Fälle. Das führt im Ergebnis allerdings dazu, dass der Tatbestand durch das Handeln des Überlassers, ohne Zutun des Beschäftigers, erfüllt werden kann. Die (hier vertretene) Rechtsfolge trifft dann allerdings insb den Beschäftiger, der zum vertraglichen AG des AN wird. Dieses Ergebnis verlangt eine zusätzliche Begründung. ME liegt diese in der Schutzbedürftigkeit der betroffenen AN. Diese bedürfen des Schutzes, wenn der Überlasser nicht die Pflichten trägt und diese stattdessen vom Beschäftiger übernommen werden. Die Schutzbedürftigkeit ist aber noch größer, wenn weder der Überlasser, noch der Beschäftiger die Pflichten des AG tragen.

Auf den ersten Blick ist das Abstellen auf die AG-Funktionen ein Fremdkörper im österr Arbeitsrecht. Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings ein weiterer Fall, in dem die AG-Funktionen im österr Arbeitsrecht eine Rolle spielen; das Betriebsübergangsrecht. Eine Sichtweise auf das Betriebsübergangsrecht ist, dass der Gesetzgeber den AN vor den Folgen schützen will, die durch den Wegfall/das Entziehen des Unternehmenssubstrats (Betrieb oder Betriebsteils) entstehen.¹²¹⁴ Nach *Deakin* zeigt das Betriebsübergangsrecht, dass das Arbeitsrecht dem Auseinanderfallen der AG-Funktionen sehr skeptisch gegenübersteht.¹²¹⁵ Der OGH sieht in der Erhaltung funktionsfähiger Betriebe einen wesentlichen Zweck des Betriebsübergangsrechts.¹²¹⁶ Es sollen also alle Produktionsfaktoren einer wirtschaftlichen Einheit zusammengehalten werden. Der OGH begründet mit diesem Argument die (verfassungsrechtliche) Zulässigkeit des Ausschlusses eines allgemeinen Widerspruchsrechts der AN. Daraus kann man ableiten, dass das Betriebsübergangsrecht seines Erachtens insb verhindern will, dass die Arbeitsleistung

¹²¹⁴ *Hartmann*, Der Schutzzweck der Betriebsübergangsrichtlinie, EuZA 2012, 35 (48 ff).

¹²¹⁵ *Deakin*, ILJ 2001, 82.

¹²¹⁶ OGH 8 ObA 41/10b DRdA 2012, 487 (*Firlei*) = ZAS 2012, 269 (*Schörghofer*).

willkürlich von den anderen Produktionsfaktoren (etwa Betriebsmittel) getrennt werden kann. Man kann sich fragen, ob bei einer weiten Zulässigkeit atypischer Überlassungen nicht ein Wertungswiderspruch zum Betriebsübergangsrecht auftritt. Wenn ein Unternehmen alle Produktionsfaktoren auf ein anderes Unternehmen überträgt, außer dem Personal, um dieses dann an das neue Unternehmen zu überlassen, dann liegt unzweifelhaft ein Betriebsübergang vor und das neue Unternehmen wird Arbeitgeber. Wenn diese Struktur demgegenüber neu geschaffen wird, also ein Unternehmen sämtliche Produktionsfaktoren vereint, mit Ausnahme der Arbeitskraft, weil diese von einem anderen Unternehmen, einem Überlasser, zur Verfügung gestellt wird, wäre das, ohne Regulierung insb des Payrolling, hingegen unproblematisch. Dieser Widerspruch ließe sich allenfalls damit erklären, dass der Unterschied darin besteht, dass das Betriebsübergangsrecht die Erhaltung des Status quo für den AN erreichen will, während sich dieser beim Payrolling für diese Gestaltung entschieden hat. Die Entscheidung des AN für einen gewissen Vertragsinhalt sollte allerdings in diesem Zusammenhang nicht überbewertet werden, wie die relativ zwingende Wirkung (§ 16 AVRAG) der Bestimmungen zum Betriebsübergang zeigt.

F. Zusammenfassung des Auslegungsergebnisses

Sowohl der Tatbestand als auch die Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG sind unklar. Die Untersuchung wurde bei der Rechtsfolge begonnen. Dabei wurde gezeigt, dass § 2 Abs 4 AMFG in den über vierzig Jahren seines Bestehens unterschiedliche Funktionen erfüllt hat. Mit der Entwicklung zur Zulässigkeit der privaten Arbeitsvermittlung hat § 2 Abs 4 AMFG seine Funktion als gewerberechtliche Grenznorm beinahe verloren. Auch ihre ursprüngliche Funktion, mittelbar Grenzen der Überlassung zu regeln, ist mit deren ausdrücklichen Regelung im AÜG verloren gegangen. In Kombination damit, dass die §§ 2 ff AMFG keine über das AÜG hinausgehenden Pflichten enthalten, ist daraus abzuleiten, dass § 2 Abs 4 AMFG eine zivilrechtliche Rechtsfolge anordnet, damit die Norm im heutigen Umfeld nicht inhaltsleer ist. Eine Beeinflussung der Vertragsbeziehungen durch § 2 Abs 4 AMFG entspricht auch den vom AÜG verfolgten Schutzzwecken. Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG ist daher die Herstellung des Vertragszustands, der im Normalfall von der Arbeitsvermittlung hergestellt wird, nämlich ein Arbeitsvertrag zum faktischen Empfänger der Dienstleistung. Im Vergleich zur Arbeitskräfteüberlassung bedeutet dies einen Wechsel des Arbeitsvertrags vom vermeintlichen Überlasser zum vermeintlichen

Beschäftiger. Es ist durchaus fraglich, ob diese Rechtsfolge eine Verletzung der verfassungsrechtlich abgesicherten Eigentums- und/oder Erwerbsfreiheit darstellt. Bejaht man dies, wäre dieses Auslegungsergebnis auf Basis einer grundrechtskonformen Interpretation abzulehnen. Aus dem Betriebsübergangsrecht lässt sich aber ableiten, dass der österr Gesetzgeber einen AG-Wechsel bei ausreichender Rechtfertigung durchaus vorsehen kann. Im Bereich der atypischen Überlassung steht bei der Rechtfertigung die Frage im Vordergrund, ob der Schutz des zweipersonalen Arbeitsverhältnisses ein ausreichendes öffentliches Interesse begründet. Gute Gründe sprechen dafür.

Die einschneidende Rechtsfolge verlangt aber jedenfalls eine klare Auslegung des Tatbestandes des § 2 Abs 4 AMFG. Wenig sinnvoll ist es, unter „Pflichten des Arbeitgebers“ in einem streng juristischen Sinn die vertraglichen AG-Pflichten und insb die Pflichten, die im AÜG angeordnet werde, zu verstehen. Diese Pflichten sind vom AN aufgrund des Vertrags einklagbar. Im AÜG wird ihr Weiterbestehen ausdrücklich angeordnet (§ 5 Abs 1 AÜG), ihnen wird zumindest teilweise relativ zwingende Wirkung verliehen (§ 8 Abs 1 AÜG) und ihre Einhaltung wird teilweise durch die Androhung von Verwaltungsstrafen sichergestellt (§ 22 AÜG). Stattdessen ist an eine ältere Fassung des § 2 Abs 4 AMFG anzuknüpfen, die insb das „wirtschaftliche Wagnis“ als AG-Pflicht genannt hat. Darauf aufbauend muss man unter den „Pflichten“ iSd § 2 Abs 4 AMFG nicht einzelne Rechtspflichten verstehen, sondern kann stattdessen auf „Funktionen“ des AG abstellen. Das passt zur aktuellen wissenschaftlichen Diskussion, die versucht den AG-Begriff von seiner streng vertraglichen Definition (AG = Vertragspartner des AN) zu lösen und den AG stattdessen über seine Funktionen zu definieren. Dabei wurden verschiedene AG-Funktionen herausgearbeitet, die grds auch für das österr Arbeitsrecht zu übernehmen sind. Diese AG-Funktionen sind bei der Arbeitskräfteüberlassung auf den Überlasser und den Beschäftiger notwendig aufgeteilt. In der Zulässigkeit der Überlassung kann grds auch eine Zulässigkeit dieser Aufteilung gesehen werden. So übernimmt der Beschäftiger während der Überlassung die Funktion dem AN Arbeit bereitzustellen und dessen Arbeitsleistung zu steuern und zu kontrollieren. Demgegenüber soll die Begründung und die Beendigung des Arbeitsvertrags erkennbar auch bei der Überlassung eine Funktion des Überlassers bleiben, ebenso wie die Zahlung des Arbeitsentgelts. Zuletzt soll der Überlasser auch das Verwertungsrisiko, also das Risiko der Einsetzbarkeit seiner AN, tragen. Der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG kann im Ergebnis so verstanden werden, dass

er erfüllt ist, wenn der Überlasser diese Funktionen, die er nach dem System des österr Überlassungsrecht tragen soll, nicht übernimmt.

Es ist davon auszugehen, dass die hier vertretene Auslegung mit Art 4 Abs 1 der Leiharbeits-RL vereinbar ist. Nach dieser Bestimmung sind „Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit [...] nur aus Gründen des Allgemeininteresses“ zulässig. In der RL werden Bsp für die Allgemeininteressen genannt, ua auch „die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten“. ¹²¹⁷ Die Frage, was darunter genau zu verstehen ist, wird eng mit der Auslegung des Wortes „vorübergehend“ zusammenhängen (vgl dazu 3. Teil: VI.). Die Fälle, in denen der Überlasser die „normalen“ Funktionen eines vertraglichen AG nicht übernimmt, stellen eine extreme Ausformung der Überlassung dar. Aus den oben (D.2. und D.3.) genannten Gründen wird eine Beschränkung des Payrolling jedenfalls mit dem Schutz des Arbeitsmarkts zu rechtfertigen sein. Eine richtlinienkonforme Interpretation steht daher dem eben dargelegten Auslegungsergebnis des § 2 Abs 4 AMFG nicht entgegen.

G. § 2 Abs 4 AMFG und das „Payrolling“-Modell

Wie oben bereits dargelegt wurde, ist der Kern des Payrolling-Modells, dass der Beschäftiger zusätzliche AG-Rechte übernimmt. ¹²¹⁸ Bereits diese Definition lässt erahnen, dass bei Payrolling der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG erfüllt ist. Nach der Definition dieser Gestaltung der Arbeitskräfteüberlassung trägt der Überlasser nämlich nicht die oben herausgearbeiteten Funktionen des Überlassers.

So ist der Beschäftiger häufig bereits bei der Einstellung des AN involviert, oftmals kann er anstelle des Überlassers den AN aus der Gruppe der Bewerber auswählen, oder er übernimmt die Ausschreibung gleich selbst. Auch die Entscheidung über die Beendigung kann vom Beschäftiger übernommen werden.

¹²¹⁷ Im Bericht der Kommission vom 21.03.2014 werden aus den MS Einschränkungen und Verbote zusammengetragen (*Europäische Kommission*, Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit [2014] 10 ff). Viele MS rechtfertigen eine Beschränkung des Anteils der überlassenen AN oder eine Einschränkung auf bestimmte Aufgaben oder Gründe für den Einsatz mit dem Schutz des Arbeitsmarkts oder der Missbrauchsverhütung. Am Ende des Berichts heißt es zu den nationalen Verboten nur kryptisch: „Zum anderen hat die Überprüfung von Einschränkungen und Verboten für den Einsatz von Leiharbeit in den meisten Fällen dazu geführt, dass der Status quo legitimiert wurde, und nicht als Impuls dafür gewirkt, die Rolle der Leiharbeit auf modernen, flexiblen Arbeitsmärkten zu überdenken.“ Angekündigt werden Vertragsverletzungsverfahren und „länderspezifische Empfehlungen“ (22).

¹²¹⁸ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 31.

Wie oben gezeigt wurde, lässt sich aus dem AÜG ableiten, dass der Überlasser das Verwertungsrisiko¹²¹⁹ (teilweise) tragen soll. Er soll das Risiko tragen, ob er für seine AN eine Einsatzmöglichkeit findet. Es ist also zu prüfen, ob der Überlasser eine Beschäftigung des AN, unabhängig vom konkreten Einsatz, also auch bei anderen Beschäftigern plant. Die Tragung des Verwertungsrisikos muss bei der Prüfung des Tatbestandes des § 2 Abs 4 AMFG eine wichtige Rolle spielen, da diese AG-Funktion für den AN besonders bedeutsam ist. Dem entspricht die Meinung von *Tomandl*, der in „die Zuordnung des bestehenden Dreipersonenverhältnisses zur Arbeitskräfteüberlassung“ erst eingreifen möchte, wenn der AN nicht in Stehzeiten bezahlt wird und sein Arbeitsverhältnis mit der Dauer des konkreten Einsatzes synchronisiert ist.¹²²⁰

Ist der zukünftige Beschäftiger bei der Einstellung des zu überlassenden AN beteiligt, besteht mE eine Vermutung dafür, dass der Überlasser nicht plant, den AN bei anderen Beschäftiger-Unternehmen einzusetzen und damit das Verwertungsrisiko nicht trägt. Die enge Verbindung zu dem einzelnen Beschäftiger indiziert, dass der Überlasser den Arbeitsvertrag mit dem überlassenen AN in besonderer Nähe zu dem Weiterbestehen seiner eigenen Geschäftsbeziehungen mit diesem konkreten Beschäftiger sieht. Hat der Überlasser den AN nicht selber ausgesucht, wird er auch nicht das Risiko auf sich nehmen, einen AN, von dessen Qualifikation er sich persönlich nicht überzeugt hat, an andere Beschäftiger zu überlassen.

Man könnte allenfalls vertreten, dass die Rsp des OGH zur weit verstandenen sozialen Gestaltungspflicht von Überlassern (iVm dem Synchronisationsverbot) ausreicht um sicherzustellen, dass Überlasser auch beim Payrolling das Verwertungsrisiko tragen. Nach der Rsp ist bei der Überlassung „nämlich eine betriebsbedingte Notwendigkeit zur Kündigung auch dann zu verneinen, wenn nach dem üblichen Geschäftsgang damit zu rechnen ist, daß sich innerhalb eines zumutbaren Zeitraumes eine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers bei anderen Auftraggebern eröffnen wird. Bei der in diesem Sinne vorzunehmenden Prüfung der Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung des Klägers ist nicht nur auf die ihm zuletzt konkret ausgeübte Tätigkeit abzustellen; vielmehr sind [...] sämtliche Tätigkeiten zu berücksichtigen, die der Kläger auszuüben bereit und in der Lage ist.“¹²²¹ Auf dieser E aufbauend sieht der KVAÜ vor, dass der Überlasser den

¹²¹⁹ Vgl *Geppert*, DRdA 2011, 511: Beim Payrolling sei maßgeblich, wer das „wirtschaftliche Risiko trägt“.

¹²²⁰ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 31.

¹²²¹ OGH 9 ObA 233/98z wbl 1999/121.

Vertrag erst am fünften Tag nach Ende der Überlassung und nicht wegen der Überlassung kündigen darf.¹²²²

ME besteht trotz dieser grds Verpflichtung das Risiko, dass der Überlasser das Verwertungsrisiko nicht trägt. Die Überprüfung der erweiterten sozialen Gestaltungspflicht eines Überlassers ist schwieriger als die der herkömmlichen sozialen Gestaltungspflicht. Bei letzterer ist etwa zu überprüfen, ob der einzelne AN für einen konkreten Arbeitsplatz im Betrieb in Frage kommt¹²²³ oder ob im Einzelfall durch den Abbau von Überstunden eine Kündigung unnötig wäre¹²²⁴. Diese Informationen werden für AN greifbar sein. Demgegenüber wird es für einen überlassenen AN schwierig sein herauszufinden, ob seine Tätigkeit am Markt für überlassene AN gerade nachgefragt wird.

Die Prüfung, wann der Überlasser das Verwertungsrisiko nicht tragen will, kann in der Praxis schwierig sein. Ein Indiz dafür kann sein, wenn die angegebene Verwendung im Arbeitsvertrag (§ 11 Abs 1 Z 8 AÜG) so beschrieben ist, dass sie sich erkennbar nur auf den Arbeitsplatz der langfristigen Überlassung bezieht. Auch eine große Anzahl von einvernehmlichen Auflösungen anderer AN desselben Überlassers kurz nach oder bei Beendigung der Überlassung kann ein Indiz dafür sein, dass der Überlasser das Verwertungsrisiko nicht trägt. Ein gewisses Indiz für das Vorliegen von Payrolling kann auch eine sehr lange Überlassungsdauer sein. Bei langfristigen Einsätzen ist es naheliegend, dass Beschäftiger auch an der Auswahl der überlassenen AN beteiligt sein wollen und generell die Überlasser als faktische AG bei der Ausübung der AG-Funktionen verdrängen.

Die Funktionsverteilung im Payroll-Modell entfernt sich durch diese Elemente deutlich von der eigentlich intendierten Funktionsaufteilung bei der Arbeitskräfteüberlassung. Aus diesem Grund ist bei den Fällen des „Payrolling“, natürlich abhängig von einer Prüfung im Einzelfall, der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG erfüllt. Die Rechtsfolge ist der Wechsel des Arbeitsvertrags zum vermeintlichen Beschäftiger.

Falls man die hier vertretene Lösung ablehnt, stellen sich ähnliche Fragen wie bei der langfristigen Arbeitskräfteüberlassung, also etwa zur fraglichen Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Nach *Schindler* ist beim Payrolling eine

¹²²² Art IV Abs 3 KVAÜ, vgl *Schindler*, KVAÜ² 122.

¹²²³ Vgl etwa OGH 9 ObA 19/98d DRdA 1999, 316 (*Kallab*).

¹²²⁴ OGH 9 ObA 279, 280/88 DRdA 1989, 389 (*Floretta*).

Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung besonders schwierig.¹²²⁵ Zudem wäre der Gedanke eines Umgehungsgeschäfts, der oben skizziert wurde, weiterzuverfolgen. Insb müsste man ansonsten den Gedanken von *Schneller* aufgreifen, der in bestimmten Gestaltungen der Überlassung, die wohl dem Payrolling entsprechen, einen Verstoß gegen den Normzweck der §§ 100 – 107 ArbVG sieht.¹²²⁶

¹²²⁵ *Schindler*, DRdA 2009, 349.

¹²²⁶ *Schneller*, ecolex 2006, 1021.

5. Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag

- Die Bedeutung der Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag wurde vom österreichischen Gesetzgeber früh erkannt und mit § 4 Abs 2 AÜG gesetzlich geregelt. Aufgrund der stärkeren Regulierung der Arbeitskräfteüberlassung ist mit einer Zunahme der Werkverträge zu rechnen. Die Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitskräfteüberlassung gewinnt damit an Bedeutung.
- Nur in Ausnahmefällen liegt trotz Abschlusses eines Werkvertrags Arbeitskräfteüberlassung vor. Der Inhalt des Vertrags zwischen den beiden Unternehmern darf allerdings für die Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung nicht im Vordergrund stehen.
- Die Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung hat neben der Anwendbarkeit des AÜG auch andere weitreichende rechtliche Konsequenzen, ua im Gewerbe-, Betriebsverfassungs- und Ausländerbeschäftigungsrecht. Das österr Recht sieht keine expliziten Sanktionen für den Fall vor, dass eine Arbeitskräfteüberlassung als (Schein-)Werkvertrag getarnt wird. Denkbar sind, abhängig vom Einzelfall, Verwaltungsstrafen nach der GewO, dem AÜG, dem AuslBG und dem ArbVG.
- Die Rsp des VwGH zu § 4 Abs 2 AÜG ist nicht einheitlich. Teilweise vertritt er, dass bereits bei Erfüllung auch nur einer Ziffer Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, teilweise stellt er auf eine Gesamtbetrachtung der Merkmale ab. Der OGH hat sich bei der Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG bisher nicht festgelegt. Er stellt bei der Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung auf verschiedene Merkmale ab, insb auf die Unterscheidung von Werkvertrag und Dienstverschaffungsvertrag.
- Die Zwecke des AÜG sprechen dafür, für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung auf die Dispositionsmöglichkeit des Werkbestellers/Beschäftigers über die eingesetzten AN abzustellen. Nur wenn dieser den eingesetzten AN als zweiter, faktischer AG gegenübersteht, liegt eine besondere Schutzwürdigkeit vor, die das Eingreifen des AÜG notwendig macht. Nur dann treten die eingesetzten AN außerdem in jene direkte Konkurrenzsituation mit den StammAN, die durch das AÜG reguliert wird.

Für die Qualifikation eines Drittpersonaleinsatzes als Arbeitskräfteüberlassung ist daher erforderlich, dass der Werkbesteller/Beschäftiger über die AN des Werkunternehmers/Überlassers ähnlich wie über eigene AN verfügen kann. Es muss daher immer § 4 Abs 2 Z 3 AÜG geprüft werden, also die organisatorische Eingliederung und die Weisungsbindung der eingesetzten AN gegenüber dem potentiellen Beschäftiger. Eine Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung ohne die Erfüllung der Z 3 ist nicht möglich. Die anderen Ziffern können die Erfüllung der Z 3 nur indizieren. Dieses Ergebnis ist mit dem Wortlaut des AÜG vereinbar, da durch § 4 AÜG der Begriff der Arbeitskräfteüberlassung gem §§ 1 und 3 AÜG nicht erweitert werden soll. Dieser Begriff der Arbeitskräfteüberlassung verlangt notwendig die Übertragung der Verfügungsmacht über die AN, also insb die Weisungsbefugnis des Beschäftigers, die in § 4 Abs 2 Z 3 AÜG genannt wird.

- Der Begriff der Arbeitskräfteüberlassung ist auch im Unionsrecht von Bedeutung. Der EuGH stellt bei der Definition der Leiharbeit insb darauf ab, dass AN „*unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens*“ eingesetzt werden. Erforderlich für die Qualifikation als Leiharbeit ist also auch im Unionsrecht die Verfügungsbefugnis des Beschäftigers über die eingesetzten AN. Diese Definition durch den EuGH muss jedenfalls im Anwendungsbereich der Entsende-RL als äußerster Rahmen für die nationale Begriffsbildung beachtet werden. Die hier vertretene Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG entspricht dieser Vorgabe und damit einer unionsrechtskonformen Interpretation. Demgegenüber würde die Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung bereits bei Erfüllung der Z 1, 2 und 4 des § 4 Abs 2 AÜG über den unionsrechtlichen Begriff der Überlassung hinausgehen. Im Anwendungsbereich der Entsende-RL würde dadurch gegen die Entsende-RL und die Dienstleistungsfreiheit verstoßen. Bei rein innerstaatlichen Sachverhalten beeinflusst das Unionsrecht die Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG nicht unmittelbar. Die hier vertretene Konzentration der Auslegung auf § 4 Abs 2 Z 3 AÜG hat aber den Vorteil einer einheitlichen Auslegung des Begriffs der Arbeitskräfteüberlassung.
- Bei der Prüfung des Weisungsrechts des potentiellen Beschäftigers können sowohl fachliche, als auch persönliche Weisungen berücksichtigt werden. Bloß vereinzelte Weisungen des Werkbestellers/Beschäftigers reichen nicht für eine Qualifikation

als Arbeitskräfteüberlassung. Einer Arbeitskräfteüberlassung steht es aber nicht entgegen, wenn auch dem Werkunternehmer/Überlasser Weisungsrechte verbleiben.

- Abzulehnen ist die These, dass im Rahmen des § 4 Abs 2 Z 3 AÜG jene Weisungen nicht berücksichtigt werden können, die bereits aus der Natur der Tätigkeit oder Sachzwängen resultieren. Auch solche Weisungen begründen die Verfügungsbefugnis des Werkbestellers/Beschäftigers und damit die Schutzbedürftigkeit der eingesetzten AN und der Stammebelegschaft. Abzulehnen ist die Annahme eines eigenen Prüfungsmaßstabs für jeden Einsatzbetrieb, abhängig von der Intensität der Weisungsbindung der Stammebelegschaft.
- Den Z 1, 2 und 4 des § 4 Abs 2 AÜG kommt bei der Prüfung einer Arbeitskräfteüberlassung Indizfunktion zu. Gem Z 1 kann insb berücksichtigt werden, ob die Tätigkeit des Drittpersonals im „Kerngeschäft“ des potentiellen Beschäftigers erfolgt, was dessen Verfügungsbefugnis nahelegt. Zumindest bei manchen Tätigkeiten kann die Ausstattung mit Werkzeug gem Z 2 das Bestehen von Know-How und damit die Weisungsbefugnis indizieren. Gem Z 4 ist auf die Risikotragung abzustellen; wer für einen Erfolg einsteht wird sich die Kontrolle über die Ausführung und damit das Weisungsrecht über die eingesetzten AN sichern.
- Für die Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung ist es unerheblich, wenn die Weisungsbefugnis des Werkbestellers/Beschäftigers dadurch verschleiert wird, dass seine Weisungen über einen Zwischenvorgesetzten des Werkunternehmers/Überlassers an die eingesetzten AN weitergeleitet werden.
- Bei der Prüfung einer Arbeitskräfteüberlassung sind auch Weisungen zu berücksichtigen, die der Werkbesteller/Beschäftiger erteilt, obwohl ihm die Befugnis im zugrundeliegenden Vertrag mit dem Werkunternehmer/Überlasser nicht erteilt worden ist. Die Interessen der eingesetzten AN, die durch das AÜG gerade in ihrer Position zwischen zwei Dienstgebern geschützt werden sollen, sind höher zu bewerten als die des Werkunternehmers/Überlassers.
- Das Nichtvorliegen eines Werkvertrags hat nicht automatisch das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung zur Folge. Es ist genauso denkbar, dass Drittpersonal zur Erfüllung eines freien Dienstvertrags eingesetzt wird. Bei der Beurteilung ob

Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, muss auch dann darauf abgestellt werden, wem das Weisungsrecht über die eingesetzten AN zukommt.

Langfristige Arbeitskräfteüberlassung

- Überlassene AN sind gegenüber direkt beschäftigten AN auf jeder Regelungsebene des Arbeitsrechts benachteiligt. Die Risiken der Arbeitskräfteüberlassung für die AN zeigen sich deutlich bei der Beendigung der Überlassung. Es stellt sich die Frage, ob das österr Arbeitsrecht diese Benachteiligung auch bei langfristigen Überlassungen akzeptiert.
- Eine Beschränkung der Überlassungsdauer würde den Zwecken des AÜG entsprechen. Den überlassenen AN bliebe dadurch die Möglichkeit erhalten, in die Stammelegschaft des Beschäftigers zu wechseln. Langfristige Überlassungen indizieren eine „Billigkonkurrenz“ für die Stammelegschaft, eine Regulierung entspricht daher dem Schutz der vertraglichen AN des Beschäftigers. Langfristige Überlassungen erfüllen auch nicht jene arbeitsmarktpolitischen Funktionen, die der Arbeitskräfteüberlassung zumindest ursprünglich zgedacht wurden.
- Der OGH hat eine neunjährige Überlassung als „atypische Arbeitskräfteüberlassung“ qualifiziert und daraus einen weitergehenden Gleichstellungsanspruch des überlassenen AN abgeleitet. In Folge hat er diese These auf mehrjährige Überlassungen nicht mehr angewandt.
- Aus § 10 Abs 1a AÜG lässt sich ableiten, dass auch mehrjährige Überlassungen grds zulässig sind. Die Annahme einer planwidrigen Lücke des AÜG hinsichtlich langfristiger Überlassungen ist nicht möglich. Die Beschränkung der Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 3 AÜG auf vorübergehende Überlassungen zeigt allerdings, dass der Gesetzgeber von einer Zunahme der Schutzwürdigkeit mit steigender Überlassungsdauer ausgeht. Die Verordnungsermächtigung des § 15 AÜG, mit der ua eine Höchstdauer eingeführt werden kann, ist unionsrechtskonform, wurde bisher aber nicht genutzt und dient nicht primär dem Schutz überlassener AN.
- Im normativen Teil von KV kann keine Übernahmeverpflichtung bei Überschreiten einer gewissen Überlassungsdauer vorgesehen werden. Auch eine Beeinflussung der vereinbarten Überlassungsdauer im Überlassungsvertrag ist nicht möglich. Eine

Regulierung der Überlassungsdauer ist in KV daher nicht möglich, mit Ausnahme eines ansteigenden Gleichstellungsanspruchs im Überlasser-KV.

- In BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG kann im Beschäftigterbetrieb eine Höchstquote für den Einsatz von überlassenen AN gültig vereinbart werden. Ebenso zulässig ist die Regelung einer Höchstdauer der Überlassung iVm einem Kontrahierungsgebot des Beschäftigers bei ihrem Überschreiten.

Diese BV-Bestimmungen haben allerdings nur obligatorische Wirkung. Der Beschäftigter-BR hat die Möglichkeit einer Verbandsklage gem § 54 Abs 1 ASGG. Er kann die Einhaltung außerdem bereits bei einem einmaligen Verstoß in einem Verfahren gem § 50 Abs 2 ASGG durchsetzen. Bei der Durchsetzung eines Kontrahierungsgebots kann eine Leistungsklage gem § 50 Abs 2 ASGG auf ein Vertragsangebots des Beschäftigers gerichtet sein, das mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt. Unzulässig ist die Vereinbarung einer Konventionalstrafe in einer BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG.

Der Überlasser-BR kann mit dem Überlasser ebenfalls eine BV gem § 97 Abs 1 Z 1a AÜG abschließen, allerdings bestehen dabei engere inhaltliche Grenzen.

- Die §§ 6 Abs 3 und 6a AÜG stehen einer Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zwischen der Stammelegschaft und den überlassenen AN grds offen gegenüber. Dem Gleichbehandlungsanspruch steht allerdings entgegen, dass die Arbeitsbedingungen der Stammelegschaft und der überlassenen AN jeweils von verschiedenen Personen bestimmt werden, dem Beschäftigter und dem Überlasser. Aus § 6a AÜG lässt sich allerdings ableiten, dass Gleichbehandlungsansprüche der überlassenen AN nicht am Handeln verschiedener Rechtspersönlichkeiten scheitern sollen. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch wird bzgl der Arbeitsbedingungen der überlassenen AN im Vergleich zu jenen der Stammelegschaft jedoch durch § 10 AÜG, als spezielle gesetzliche Ausgestaltung dieses Gleichbehandlungsanspruchs, verdrängt. Aus § 10 Abs 1a AÜG lässt sich ableiten, dass das Gleichstellungsgebot des § 10 AÜG auch hinsichtlich langfristiger Überlassungen nicht lückenhaft ist.
- Weder das AÜG, noch die Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten verlangen die Nichtigkeit eines (zweiten) Arbeitsvertrags des überlassenen AN mit dem Beschäftigter. Durch den Abschluss eines Arbeitsvertrags auch mit dem

Beschäftiger wird der Anwendungsbereich des AÜG nicht verlassen. Allerdings kommt nur in Ausnahmefällen ein konkludenter Vertragsabschluss zwischen einem überlassenen AN und dem Beschäftiger in Betracht. Insb bei langjährigen Überlassungen kann die Gewährung zusätzlicher Leistungen durch den Beschäftiger ein Indiz dafür sein.

- Die Leiharbeits-RL erwähnt mehrmals, dass Überlassungen bloß „vorübergehend“ erfolgen. Der Wortlaut legt nahe, dass dadurch Dauerüberlassungen vom Anwendungsbereich der Leiharbeits-RL ausgenommen werden sollen. Dem steht allerdings eine teleologische Auslegung der Leiharbeits-RL entgegen, die entweder für ein Verbot der Dauerüberlassung oder für die Annahme eines bloßen Programmsatzes ohne direkte Rechtsfolge spricht.

Geht man von einem Verbot der Dauerüberlassung durch die Leiharbeits-RL aus, ist naheliegend, dass die RL eine zeitliche Obergrenze verlangt. Die Leiharbeits-RL lässt den MS dann aber jedenfalls einen Umsetzungsspielraum bei der Auswahl der Sanktion bei Dauerüberlassungen. Bei Annahme eines Verbots der Dauerüberlassung durch die Leiharbeits-RL steht § 10 Abs 1a AÜG einer richtlinienkonformen Interpretation des österr Rechts teilweise entgegen. Verlangt die RL bloß ein Missbrauchsverbot, so steht allerdings § 2 Abs 4 AMFG einer richtlinienkonformen Interpretation offen.

Die Einführung des § 10 Abs 1a AÜG ist keine verbotene Verschlechterung gem Art 9 Abs 2 Leiharbeits-RL.

Payrolling

- Das Payrolling ist eine Gestaltung der Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis, bei der dem Beschäftiger weitreichende Befugnisse im Hinblick auf die eingesetzten AN zukommen, insb die Entscheidung über deren Einstellung durch den Überlasser und ebenso die Beendigung der Arbeitsverträge. Man kann das Payrolling als „arbeitsrechtliche Treuhandkonstruktion“ bezeichnen, da nach außen der Überlasser als AG auftritt, im Innenverhältnis entscheidet der Beschäftiger.
- Bei unklaren Willenserklärungen kann es schwierig sein festzustellen, ob eine Direktanstellung oder Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Im Zweifel ist von einer Direktanstellung auszugehen.

Liegt eine Überlassung vor und war das dem AN nicht klar, kommt bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Irrtumsanfechtung in Betracht. Rechtsfolge dieser Anfechtung kann die Anpassung des Vertrags sein, indem dem AN ein Anspruch auf einen Flexibilitätszuschlag für die Überlassungskonstruktion gewährt wird.

Erfolgt der Hinweis auf die Einstellung durch den Überlasser in AAB kommt in Ausnahmefällen ein Wegfall des Vertrags durch die Geltungskontrolle gem § 864a ABGB in Betracht. Demgegenüber ist weder bzgl der Bestimmung des Überlassers als Vertragspartner, noch bzgl der Überlassungsabrede eine Geltendmachung der Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB möglich, da es sich nicht um Nebenbestimmungen handelt.

- Payrolling ist kein Scheingeschäft, da die Rechtsfolgen, insb das Fehlen eines Arbeitsvertrags zum Beschäftiger, tatsächlich gewollt sind.

Denkbar ist demgegenüber die Qualifikation des Payrolling als verbotenes Umgehungsgeschäft. Als umgangene Norm kommen § 105 ArbVG, die Anspruchsgrundlagen besserer Arbeitsbedingungen der Stammebelegschaft, aber auch der Arbeitsvertrag, der bei Direktanstellung mit dem Beschäftiger bestünde, in Betracht. Die Begründung einer Rechtsfolge aufgrund einer verbotenen Umgehung durch Payrolling wäre Rechtsfortbildung. Voraussetzung dafür ist eine planwidrige Lückenhaftigkeit des österr Arbeitsrechts bzgl des Payrolling. Dafür muss geprüft werden, ob nicht bereits § 2 Abs 4 AMFG das Payrolling reguliert.

- Sowohl der Tatbestand („Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt“) als auch die Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG („als Tätigkeit im Sinne des Abs.1 [Arbeitsvermittlung, Anm] gilt“) sind auslegungsbedürftig.

Die Entwicklung der Rechtsinstitute der Arbeitskräfteüberlassung und der Arbeitsvermittlung im österr Arbeitsrecht spricht für eine zivilrechtliche Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG. Nur dann hat diese Bestimmung auch aktuell noch praktische Relevanz. Teleologische Überlegungen sprechen ebenfalls für eine vertragsrechtliche Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG, genauer einen Wechsel des Arbeitsvertrags vom Beschäftiger zum Überlasser. Verfassungsrechtliche Bedenken stehen dieser Rechtsfolge nicht entgegen. Der Schutz des zweipersonalen Arbeitsverhältnisses ist ein öffentliches Interesse, das den Eingriff in die

Eigentums- und Erwerbsfreiheit der beteiligten Unternehmer rechtfertigt. Rechtsfolge des § 2 Abs 4 AMFG ist daher die Herstellung des Vertragszustands, der im Normalfall von der Arbeitsvermittlung hergestellt wird, nämlich ein Arbeitsvertrag zum faktischen Empfänger der Dienstleistung, dem vermeintlichen Beschäftiger.

Der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG stellt nicht auf einzelne rechtliche Verpflichtungen des Überlassers ab, sondern darauf, ob der Überlasser gewisse abstrakte AG-Funktionen wahrnimmt. Dem AÜG liegt die Idee zugrunde, dass dem Beschäftiger manche AG-Funktionen übertragen werden, nämlich das Bereitstellen von Arbeit und die Entscheidung über die konkrete Leistungserbringung durch den AN. Die übrigen AG-Funktionen sollen jedoch beim Überlasser, dem vertraglichen AG, verbleiben. Er soll nach dem Modell des AÜG über die Einstellung und die Beendigung des AN entscheiden. Zudem soll der Überlasser für das Arbeitsentgelt zuständig sein und das unternehmerische Risiko tragen, also das Risiko der Einsetzbarkeit der AN. Der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG ist erfüllt, wenn der Überlasser eine oder mehrere dieser Funktionen nicht übernimmt, entweder weil er sie auf den Beschäftiger überträgt oder weil sie von keinem der beiden wahrgenommen werden.

Beim Payrolling-Modell werden AG-Funktionen auf den Beschäftiger übertragen. Ist der Beschäftiger an der Einstellung des AN beteiligt, ist zu vermuten, dass der Überlasser nicht plant ihn auch an andere Beschäftiger zu überlassen und damit das Unternehmerrisiko nicht trägt. Payrolling wird in vielen Fällen den Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG erfüllen, der vermeintliche Beschäftiger wird dann vertraglicher AG der eingesetzten AN.

Dieses Ergebnis entspricht aktuellen Forderungen im Schrifttum nach einer funktionellen Betrachtung des AG-Begriffs. Diese Forderungen stehen in einem gewissen Naheverhältnis zur älteren Eingliederungstheorie.

Quellenverzeichnis

Literaturverzeichnis

- Andexlinger, Helmut*, Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung?, RdW 1988, 391
- Andexlinger, Helmut*, Arbeitskräfteüberlassung im Wege eines Werkvertrags, *ecolex* 1997, 111
- Angst, Peter* (Hrsg), Exekutionsordnung, 2. Aufl (2008)
- Anzenberger, Werner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsratsfonds, ASoK 2001, 385
- Artmann, Eveline*, Anmerkung zu OGH 11.11.2004, 8 ObA 114/04d, DRdA 2005, 529
- Bachler, Heinz*, Ausländerbeschäftigung – Eine Gratwanderung zwischen Legalität und Illegalität (1995)
- Balla, Matthias*, Anmerkung zu OGH 03.12.2003, 9 ObA 113/03p, DRdA 2004/47
- Barnard, Catherine*, EU Employment Law, 4. Aufl (2012)
- Bartl, Ewald/Romanowski, Roman*, Keine Leiharbeit auf Dauerarbeitsplätzen, NZA Online Aufsatz 3/2012
- Bauer, Jobst-Hubertus/von Medem, Andreas*, § 613 a BGB: Übergang von Leiharbeitsverhältnissen bei Übertragung des Entleiherbetriebs?, NZA 2011, 20
- Becker, Friedrich*, Zur gesetzlichen Entwicklung auf dem Gebiet der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, BStSozArbR 1976, 225
- Becker, Friedrich*, Zur Abgrenzung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages gegenüber anderen Vertragstypen mit drittbezogenem Personaleinsatz, ZfA 1978, 131
- Becker, Friedrich*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber Werk- und Dienstverträgen, DB 1988, 2561
- Beer, Christoph*, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers, Dissertation Wien (1992)
- Bitterwolf, Sebastian/Seeliger, Martin*, „Über Bande gespielt“. Möglichkeiten und Grenzen neuer Strategien im Verhältnis von Betriebsräten, Arbeitgebern und Medienöffentlichkeit am Beispiel der Regulierung von Leiharbeit, IndB 2013, 36
- Boemke, Burkhard*, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, RIW 2009, 177
- Bognanni, Massimo/Pennekamp, Johannes*, Es geht noch billiger, DieZeit online vom 8.12.2011 „<http://www.zeit.de/2011/50/Leiharbeit-Werkvertraege>“ (zuletzt abgerufen am 04.04.2014)

Borchardt, Klaus-Dieter, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 5. Aufl (2012)

Brors, Christiane, Vorübergehend, AuR 2013, 108

Brors, Christiane/Schüren, Peter, Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern, Gutachten für das Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (2014)

Bruckmüller, Georg, Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und –maßnahmen für überlassene Arbeitskräfte, *ecolex* 2013, 549

Bruckner, Regina, Arbeiten zum Sklavenlohn, *DerStandard.at* vom 25.07.2011 „<http://derstandard.at/1310512088026/Albtraumjob-Arbeiten-zum-Sklavenlohn>“ (zuletzt abgerufen am 04.04.2014)

Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Erlass zur Durchführung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes – AÜG, BGBl Nr 196/1988, Beilage zu Zl 36902/2-2/88

Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Webportal Statistik der Arbeitskräfteüberlassung und privaten Arbeitsvermittlung im Auftrag des BMASK, früher erreichbar unter „<https://akupav.eipi.at/akupav/>“

Bundesregierung Deutschland, Zwölfter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - AÜG -, „<http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Meldungen/aeug-Bericht-12.html>“ (zuletzt abgerufen am 07.04.2014)

Burger, Florian, Neues zum AÜG, in *Wachter, Gustav/Burger, Florian* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2013 (2013) 3

Burger, Florian, Entgeltsschutz, Gleichstellungsanspruch und Diskriminierungsschutz überlassener Arbeitskräfte, in *Raschauer, Nicolas/Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 65

Burz, Alexander, Die Tücken des (neuen) AÜG, *ecolex* 2012, 1093

Bydlinksi, Franz, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969)

Canaris, Claus-Wilhelm, Die richtlinienkonforme Rechtsauslegung im System der juristischen Methodenlehre, in *Koziol, Helmut* (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für *Franz Bydlinksi* (2002) 47

CDU/CSU/SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag (2013)

- Cerny, Josef/Gahleitner, Sieglinde/Kundtner, Alice/Preiss, Joachim/Schneller, Hannes* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 2, 4. Aufl (2010)
- Cerny, Josef/Gahleitner, Sieglinde/ Preiss, Joachim/Schneller, Hannes* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 3, 4. Aufl (2009)
- Clemenz, Gerhard/Grünwald, Doris/Mikinovic, Stephan*, Ökonomische und soziale Aspekte der Personalbereitstellung (1986)
- Collins, Hugh*, Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration, *The Modern Law Review*, 1990, 731
- Collins, Hugh*, Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws, *Oxford Journal of Legal Studies* 1990, 353
- Collins, Hugh*, Multi-segmented Workforces, Comparative Fairness, and the Capital Boundary Obstacle, in *Davidov, Guy/Langille, Brian* (Hrsg), *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work* (2006) 317
- Corazza, Luisa/Nogler, Luca*, Die "weiche" Wirkung des Verschlechterungsverbot in EU-Richtlinien, *ZESAR* 2011, 58
- Dasser, Felix*, Vertragstypenrecht im Wandel (2000)
- Däubler, Wolfgang*, Der Arbeitgeber – ein Fixpunkt des Arbeitsrechts?, *Kritische Justiz* 2013, 133
- Davidov, Guy*, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, *British Journal of Industrial Relations*, 2004, 727
- Davies, Paul/Freedland, Mark*, The Complexities of the Employing Enterprise, in *Davidov, Guy/Langille, Brian* (Hrsg), *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work* (2006) 273
- Deakin, Simon*, The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law, *ILJ* 2001, 72
- Döring, Silvio*, Der gewerbliche private Arbeitsvermittlungsvertrag (2011)
- Drexl, Josef*, Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur einheitlichen richtlinienkonformen Auslegung hybrider Rechtsnormen und deren Grenzen, in *Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander/Eidenmüller, Horst/Wendehorst, Christiane/Adolff, Johannes* (Hrsg), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag* (2005) 67
- Düwell, Josef*, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, *ZESAR* 2011, 449
- Eichinger, Julia*, Die Frau im Arbeitsrecht (1991)

Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Anwendung der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit (2014)

European Commission, Report: Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work (2011)

Fasching, Hans/Konecny, Andreas (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band III, 2. Aufl (2004)

Fenyves, Attila/Holzer, Wolfgang, Anmerkung zu OGH 01.02.1972, 5 Ob 269-274/71, DRdA 1972, 246

Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonkilch, Andreas (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang Kommentar, Band 1, 3. Aufl (erscheint 2014)

Firlei, Klaus, Neue Formen und Aspekte atypischer Arbeitsverhältnisse, in *Floretta, Hans* (Hrsg), Österreichische Landesberichte zum XI. Internationalen Kongreß für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit in Caracas (1985) 31

Firlei, Klaus, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA 1987, 271

Firlei, Klaus, Flucht aus dem Arbeitsrecht (Schluss), DRdA 1987, 411

Fischl, Werner/Standeker, Elke, Europarechtlicher Durchbruch bei der Leiharbeitsrichtlinie steht bevor!, ASoK 2008, 335

Forst, Gerrit, Leiharbeitnehmer im Betriebsübergang, RdA 2011, 228

Francken, Johannes Peter, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- und Dienstverträgen, NZA 2013, 985

Franzen, Martin, Die Rechtsprechung des EuGH im Arbeitsrecht seit 2008, EuZA 2010, 306

Franzen, Martin, Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011, 255

Freedland, Mark, The Personal Employment Contract (2003)

Fudge, Judy, The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and the Labour Protection, in *Davidov, Guy/Langille, Brian* (Hrsg), Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work (2006) 295

Fütterer, Patrick, Prozessuale Möglichkeiten zur Durchsetzung des Verbots der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nF., AuR 2013, 119

Geppert, Walter, Zum „unechten“ Leiharbeitsverhältnis; Bemerkungen zu § 9 Abs 4 Arbeitsmarktförderungsgesetz 1968, DRdA 1971, 175

Geppert, Walter, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1978)

Geppert, Walter, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989)

Geppert, Walter, Anmerkung zu OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91, DRdA 1991, 352

Geppert, Walter, Arbeitskräfteüberlassung und ArbVG, in *Martinek, Oswin* (Hrsg), Recht und Gesellschaft, Festschrift *Walter Schwarz* zum 65. Geburtstag (1991) 239

Geppert, Walter, Anmerkung zu OGH 25.10.2001, 8 ObA 28/01b, DRdA 2003, 25

Geppert, Walter, Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung - Entstehung, Entwicklung und Probleme, DRdA 2011, 507

Gerhartl, Andreas, Entsendung von Arbeitskräften aus neuen EU-Mitgliedstaaten, *ecolex* 2010, 481

Gerlach, Roland, Anmerkung zu OGH 18.04.2007, 8 ObA 108/06z, ZAS 2008, 77

Giesen, Richard, Vorübergehend unklar, *Fachanwalt Arbeitsrecht* 2012, 66

Gleißner, Rolf, Anmerkung zu OGH 30.07.2012, 9 Ob 19/12b, ZAS 2013, 31

Gleißner, Rolf, Impulsreferat 6. Wiener Oktobergespräche 2013, in *Brodil, Wolfgang* (Hrsg), Tagungsband der 6. Wiener Oktobergespräche: Diener fremder Herren – Aktuelle Rechtsfragen der Arbeitskräfteüberlassung (erscheint voraussichtlich 2014)

Göbel, Jürgen, Arbeitnehmerüberlassung, Werkverträge und verschobene Arbeitgeberrisiken (I), *BStSozArbR* 1973, 309

Göbel, Jürgen, Arbeitnehmerüberlassung, Werkverträge und verschobene Arbeitgeberrisiken (II), *BStSozArbR* 1973, 324

Granner, Georg, Gewerberechtliche Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung, in *Raschauer, Nicolas/Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 37

Greiner, Stefan, Auslegung von Absenkungsverboten in Richtlinien und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung, *EuZA* 2011, 74

Greiner, Stefan, Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, *NZA* 2013, 697

Greiner, Stefan, Zwischen Küçük, Albron Catering, Della Rocca und Cartesio, *NZA* 2014, 284

Grillberger, Konrad, Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, wbl 1988, 313

Grillberger, Konrad, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und Deutschland, in *Konzen, Horst/ Krebber, Sebastian/ Raab, Thomas/Veit, Barbara/Waas, Bernd* (Hrsg), Festschrift für *Rolf Birk* zum siebzigsten Geburtstag (2008) 151

Grünanger, Josef, Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie auf das AÜG, *ecolex* 2009, 424

Gundt, Nicola, Working person = worker = employee?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2011, 366

Halbach, Christel, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte des Einsatzes von Leiharbeitnehmern und Unternehmerarbeitern, *DB* 1980, 2389

Hamann, Wolfgang, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen (1995)

Hamann, Wolfgang, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, *EuZA* 2009, 287

Hamann, Wolfgang, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung? *NZA* 2011, 70

Hamann, Wolfgang, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, *RdA* 2011, 321

Habersack, Mathias/Mayer, Christian, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in *Riesenhuber, Karl* (Hrsg), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl (2010) 425

Harrer, Friedrich, Aktuelle Anpassungsprobleme im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, wbl 1994, 361

Hartmann, Felix, Der Schutzzweck der Betriebsübergangsrichtlinie, *EuZA* 2012, 35

Heinze, Meinhard, Rechtsprobleme des sog. echten Leiharbeitsverhältnisses, *ZfA* 1976, 183

Heller, Ludwig Viktor/Berger, Franz/Stix, Leopold (Hrsg), *Kommentar zur EO*: 3. Band, 4. Aufl (1976)

Herschel, Wilhelm, Analogie und Kompromiß, *JZ* 1979, 577

Hießl, Christina, Keine Widerrede, *RdW* 2011, 288

Hoyer, Hans, Anmerkung zu OGH 27.01.1987, 14 Ob 180/86, *ZAS* 1988, 56

Holzer, Wolfgang, *Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts* (1982)

Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl, *Lehrbuch des Arbeitsrechts I*, 7. Aufl (1963)

Hutter, Julia, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zwischen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und sozialer Gestaltungspflicht, Dissertation Wien 2012

Jabornegg, Peter, Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, in *Schwarz, Walter* (Hrsg) Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung, Festschrift *Rudolf Strasser* zum 60. Geburtstag (1983) 367

Jabornegg, Peter, Grenzen kollektivvertraglicher Rechtssetzung und richterlicher Kontrolle, JBl 1990, 205

Jabornegg, Peter, Arbeitsvertragsrecht im Konzern II, DRdA 2002, 118

Jabornegg, Peter, Ausgliederung und Betriebsverfassungsrecht, in *Brodil, Wolfgang* (Hrsg), Ausgliederungen (2009) 43

Jabornegg, Peter, Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung, DRdA 2012, 295

Jarass, Hans, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl (2013)

Karthaus, Boris/Klebe, Thomas, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, 417

Kerschner, Ferdinand, Rohrverlegung in „Subauftrag“ DRdA 1989, 134

Kerwer, Christof, Verschlechterungsverbote in Richtlinien, EuZA 2010, 253

Kietaihl, Christoph, Allgemeine Arbeitsbedingungen (2011)

Kietaihl, Christoph, Arbeitsrecht I, 8. Aufl (2013)

Kiss, György/Bankó, Zoltán, Die Arbeitnehmerüberlassung im ungarischen Arbeitsrecht und die Richtlinie über Leiharbeit, EuZA 2010, 208

Kletečka, Andreas/Schauer, Martin (Hrsg), ABGB-ON. Kommentar zum ABGB (2010-2013)

Kocher, Eva, Die Grenzen des Arbeitsrechts, Kritische Justiz 2013, 145

Körber-Risak, Katharina, Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2008, 592

Körber-Risak, Katharina, Anmerkung zu 30.08.2011, OGH 8 ObA 54/11s, ZAS 2013, 189

Kozak, Wolfgang, Doppelter Verfall in der Arbeitskräfteüberlassung, DRdA 2014, 104

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf, Bürgerliches Recht I, 13. Aufl (2006)

Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 3. Aufl (2010)

Krannich, Daniel/Simon, Regina, Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – zur Auslegung des Begriffs „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 AÜG n.F., BB 2012, 1414

Krause, Rüdiger, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, Rechtsgutachten erstattet im Auftrag des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht, 2. Aufl (2012) 31

Krause, Rüdiger, Neue tarifvertragliche Regeln für die Leiharbeit in der Metallindustrie, NZA 2012, 830

Krause, Rüdiger, Arbeit in der Holzklasse, Kritische Justiz 2013, 119

Kreil, Linda, Arbeitsverhältnisse im Konzern (1996)

Krejci, Heinz, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag (1972)

Krejci, Heinz, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz (Teil I), DRdA 2005, 383

Kühteubl, Stefan/Wieder, Silvia, Das neue Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsg, ZAS 2011, 208

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl (1979)

Leible, Stefan/Domröse, Ronny, Die primärrechtskonforme Auslegung, in *Riesenhuber, Karl* (Hrsg), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl (2010) 250

Lembke, Mark, Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2011, 414

Lembke, Mark, Arbeitnehmerüberlassung im Konzern, BB 2012, 2497

Lembke, Mark, Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit, NZA 2013, 1312

Lembke, Mark, Neues vom EuGH zum Befristungsschutz von Leiharbeitnehmern, NZA 2013, 815

Lenaerts, Koen/Gutiérrez-Fons, José A., To Say What the Law of the EU Is, EUI Working Papers 2013/9, "<http://hdl.handle.net/1814/28339>" (zuletzt abgerufen am 05.04.2014)

Leuchten, Alexius, Das neue Recht der Leiharbeit, NZA 2011, 608

Leutner, Richard/Schwarz, Bernhard/Ziniel, Georg, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989)

Loritz, Karl-Georg, Anforderungen an die Arbeitswelt von morgen, ZfA 2014, 335

Löschnigg, Günther (Hrsg), Angestelltengesetz, 9. Aufl (2012)

Ludwig, Gero, Das Problem der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung, BB 2013, 1276

Majoros, Thomas, Zulässigkeit von "Anti-Mobbing-Betriebsvereinbarungen", DRdA 2012, 629

Marhold, Franz/Mayer-Maly, Theo, Österreichisches Arbeitsrecht Band II: Kollektivarbeitsrecht, 2. Aufl (1999)

Marhold, Franz, Atypische Arbeitskräfteüberlassung?, ASoK 2008, 253

Marhold, Franz/Friedrich, Michael, Österreichisches Arbeitsrecht, 2. Aufl (2012)

Maultaschl, Ferdinand, Der „Dienstverschaffungsvertrag“, ÖJZ 1952, 1

Mayer-Maly, Theo, Das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 1972, 1

Mayer-Maly, Theo, Buchbesprechung von *Becker, Friedrich*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (1973), AuR 1973, 376

Mayer-Maly, Theo, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, DRdA 1980, 261

Mayer, Christian/Schürnbrand, Jan, Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, 545

Mazal, Wolfgang, Personalbereitstellung und Betriebsverfassung, RdW 1987, 375

Mazal, Wolfgang, Arbeitskräfteüberlassung (1988)

Mazal, Wolfgang, Arbeitnehmerüberlassung im Konzern, DRdA 1989, 216

Mazal, Wolfgang, Karenzierungsvereinbarungen bei Arbeitskräfteüberlassung, RdW 1989, 226

Mazal, Wolfgang, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit (Teil I), ZAS 1992, 109

Mazal, Wolfgang, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit (Teil II), ZAS 1992, 146

Mazal, Wolfgang/Schrank, Franz, Zeitlich unbegrenzte Haftung des Betriebsvorgängers für künftige Schulden: Ist § 6 Abs 2 AVRAG verfassungswidrig?, ecolex 1997, 587

Mazal, Wolfgang, Kollektivvertragsentgelt, "Aufwandsentschädigungen" und Arbeitskräfteüberlassung, ecolex 1999, 562

Mazal, Wolfgang, Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung, in *Bernat, Erwin* (Hrsg), Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, Band I (2001) 1589

Mazal, Wolfgang, Zur Zulässigkeit von Subüberlassung, ecolex 2001, 256

Mazal, Wolfgang, Arbeitskräfteüberlassung und Gewährleistung, ecolex 2004, 385

Mazal, Wolfgang, Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG, ZAS 2005, 244

Mazal, Wolfgang, Zur Regelungskompetenz in § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG, in *Körber-Risak, Katharina/Wolf, Christoph* (Hrsg) Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle (2009) 177

Mazal, Wolfgang, AÜG - Gleichstellungsgebot: Rechtsunsicherheit und kaufmännische Sorgfalt, ecolex 2012, 456

Mazal, Wolfgang, AÜG-Novelle 2012: Keine Gleichstellung im Entgelt bei doppelter Tarifbindung, *ecolex* 2013, 100

Mehrhoff, Friedrich, Die Veränderung des Arbeitgeberbegriffs (1984)

Melzer-Azodanloo, Nora, Neuer Kreis von nicht gewinnorientierten Arbeitsvermittler/innen, *ASoK* 2002, 365

Micheler, Eva Maria, Anmerkung zu VwGH 28.05.1991, 90/08/0096, *ZAS* 1992, 207

Mitschka, Miriam, Checkliste Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsverfassung, *ecolex* 2012, 458

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl (2014)

Muzak, Gerhard, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Entsendung und Überlassung von Arbeitnehmern aus „neuen“ Mitgliedstaaten, *migraLex* 2009, 74

Neumayr, Matthias/Reissner, Gert-Peter (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 1. Aufl (2006)

Neumayr, Matthias/Reissner, Gert-Peter (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 2. Aufl (2012)

Nießen, Tobias/Fabritius, Burkhard, Was ist vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung – Das Rätsel weiter ungelöst?, *NJW* 2014, 263

Nikisch, Arthur, Arbeitsrecht I³ (1961)

Niksova, Diana, Payrolling (Pay-roll-System) in *Mazal, Wolfgang/Hutter, Julia* (Hrsg), Fachlexikon Arbeitsrecht (2012) 461

Obereder, Alois, Die Arbeitskräfteüberlassung, in *Mazal, Wolfgang/Risak, Martin* (Hrsg), Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (Loseblattsammlung 2002 – 2013)

Oberndorfer, Lukas, Anmerkung zu EuGH 10.02.2011, verb Rs C 307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453, DRdA 2012, 23

Oberthür, Nathalie, Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung, in *Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard* (Hrsg), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit (2012) 43

Öhlinger, Theo/Potacs, Michael, EU-Recht und staatliches Recht, 5. Aufl (2014)

Oswald, Günther, Ministerien umgehen Aufnahmestopp, *DerStandard.at* vom 14.1.2013, „<http://derstandard.at/1356427710395/Bilanztricks-Staat-macht-es-Firmen-nach>“ (zuletzt abgerufen am 04.04.2014)

- Pacic, Harun*, Quotenregelungen für den Einsatz von Leiharbeitskräften im Beschäftigterbetrieb, *ecolex* 2007, 786
- Pacic, Harun*, Methoden der Rechtsfindung im Arbeitsrecht (2012)
- Peneva-Gädeke, Kalina*, Begriff der Arbeitnehmerentsendung – Zugang polnischer Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt früherer Unionsmitgliedstaaten, *EuZW* 2011, 347
- Pennekamp, Johannes/Budras, Corinna/Bünder, Helmut*, Deutsche Telekom sortiert Leiharbeiter aus, *FAZ* 28.11.2013, „<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/koalitionsvertrag-deutsche-telekom-sortiert-leiharbeiter-aus-12684001.html>“ (zuletzt abgerufen am 09.04.2014)
- Perner, Stefan*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012)
- Petrovic, Gabriela*, Pensionskassen-Betriebsvereinbarung und Vertragsmuster, *ZAS* 1991, 90
- Pöschl, Walter/Unterrieder, Matthias*, Novelle zum AÜG – Neue Pflichten für Beschäftigter und Überlasser, *ecolex* 2012, 999
- Prassl, Jeremias*, The Notion of the Employer, *Law Quarterly Review* 2013, 380
- Prassl, Jeremias*, Die Suche nach dem Arbeitgeber im englischen Recht, *EuZA* 2013, 472
- Preis, Ulrich*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, *NZA* 2006, 401
- Raab, Thomas*, Betriebsübergang und Leiharbeit, *EuZA* 2011, 537
- Rainer, Linda*, AGB-Kontrollen im Arbeitsrecht (2009)
- Ramm, Thilo*, Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion (Leiharbeitsverhältnis, mittelbares Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmerüberlassung und Gesamthafenarbeitsverhältnis), *ZfA* 1973, 263
- Raschauer, Nicolas*, Verwaltungsstrafrechtliche und verwaltungsgerichtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, in *Raschauer, Nicolas/Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 161
- Rebhahn, Robert*, Die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, *IPRax* 1988, 368
- Rebhahn, Robert*, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer, in *Martinek, Oswin/ Wachter, Gustav* (Hrsg), Arbeitsleben und Rechtsordnung, Festschrift *Gerhard Schnorr* zum 65. Geburtstag (1988) 225
- Rebhahn, Robert*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, *DRdA* 1999, 173

Rebhahn, Robert, Rechtslage bei mehrjähriger Arbeitnehmerüberlassung, unveröffentlichtes Gutachten (2007)

Rebhahn, Robert (Hrsg), Gleichbehandlungsgesetz (2005)

Rebhahn, Robert, Vermittlung von Poolkräften am Beispiel der Pflege in Krankenanstalten (2008)

Rebhahn, Robert, Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsvergleich und Regelungsperspektive, RdA 2009, 236

Rebhahn, Robert, Die Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts, EuZA 2012, 3

Rebhahn, Robert, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf das österreichische Arbeitsrecht, in *Rebhahn, Robert* (Hrsg), Grundrechte statt Arbeitsrecht? (2012) 9

Rebhahn, Robert/Schörghofer, Felix, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 372

Rebhahn, Robert, Rechte des Arbeitslebens (Art. 27 bis 33 GRC), in *Grabenwarter, Christoph* (Hrsg), Europäischer Grundrechtsschutz (Band II in *Hatje, Armin/Müller-Graff, Peter-Christian* [Hrsg], Enzyklopädie Europarecht) (2014) 635

Rebhahn, Robert, Europäisches Arbeitsrecht, in *Riesenhuber, Karl* (Hrsg), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl (erscheint 2014)

Rebhahn, Robert/Schörghofer, Felix, Staatliche Regulierung des Drittpersonaleinsatzes - Erfahrungen in Österreich, in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (Hrsg), Bitburger Gespräche in München, Band 4: Unternehmerische Entscheidungsfreiheit vs. sozialpolitische Regulierung (erscheint 2014)

Rehbinder, Manfred, Arbeitnehmer oder Unternehmer?, ÖJZ 1983, 373

Reiner, Michael, Der OGH, das Arbeitsrecht und das Unternehmerrisiko: Ein erster Befund, ZAS 2008, 203

Reiner, Michael, Zur Konstruktion des Arbeitnehmerbegriffs durch Referenzrahmen, JBl 2010, 549

Reiner, Michael, Überlegungen zur Koordination der Rechtsquellen im Pensionskassenmodell, in *Kietaibl, Christoph/Schörghofer, Felix/Schrammel, Walter* (Hrsg), Rechtswissenschaft und Rechtskunde (2014) 111

Resch, Reinhard, Grenzen privatautonomer Dispositionen über das Auflösungsrecht des Arbeitnehmers, ZAS 1991, 4

Resch, Reinhard, Anmerkung zu OGH 02.09.1992, 9 ObA 189/92, DRdA 1993, 229

Resch, Reinhard, Teilhabe an Betriebspensionssystemen für überlassene Arbeitskräfte, in *Raschauer, Nicolas/Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 97

Reynold, Frederic, The Status of Agency Workers: A Question of Legal Principle, ILJ 2006, 320

Rieble, Volker/Vielmeier, Stephan, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474

Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit (2012)

Rieble, Volker, Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit, in *Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard* (Hrsg), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit (2012) 15

Rieble, Volker/Latzel, Clemens, Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien (2012)

Rieble, Volker, Industrienähe Dienstleistungen zwischen freiem Werkvertrag und regulierter Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 137

Riesenhuber, Karl, European Employment Law (2012)

Risak, Martin, AÜG: Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag, ecolex 2004, 465

Ritzberger-Moser, Margarete/Strasser, Rudolf, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom drittbezogenen Personaleinsatz aufgrund eines Werkvertrages (1992)

Rothe, Heinz, Arbeiter- und Angestelltenkollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, 2. Aufl (2013)

Ruff, Claudia, Arbeitsrechtler: "Hätten die AUA anders beraten", DerStandard.at vom 03.09.2013, „<http://derstandard.at/1376535516382/Arbeitsrechtler-Wir-haetten-die-AUA-anders-beraten>“ (zuletzt abgerufen am 04.04.2014)

Rummel, Peter (Hrsg), ABGB Kommentar, 3. Aufl (2000)

Runggaldier, Ulrich, Arbeitsvermittlungsmonopol EG-widrig?, RdW 1991, 237

Runggaldier, Ulrich, Grenzen der Kollektivvertragsautonomie bei der Regelung des Entgelts (1995)

Sacherer, Remo, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001)

Sacherer, Remo, Arbeitskräfteüberlassung – Ein arbeitsmarktpolitisches Erfolgsrezept, juridikum 2003, 90

Sacherer, Remo/Schwarz, Bernhard (Hrsg), AÜG, 2. Aufl (2006)

Sacherer, Remo, Abwerben von überlassenen Arbeitskräften, RdW 2009, 797

Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 6. Aufl (2012) und Band 3, 6. Aufl (2012)

Sansone, Piero, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011)

Schapler, Markus, Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis (2009)

Schima, Georg, Arbeitskräfteüberlassung und Konzernprivileg, insbesondere bei grenzüberschreitender Überlassung, RdW 1992, 114

Schindele, Friedrich/Söhl, Bernhard, Zwei Jahre danach: Die CGZP-Entscheidung und ihre Folgen, ArbAktuell 2013, 63

Schindler, René, Der Entgeltanspruch bei Arbeitskräfte-Überlassung, RdW 2000, 739

Schindler, René, Die neue EU-Leiharbeits-RL - der Umsetzungsbedarf in Österreich, DRdA 2009, 176

Schindler, René, Anmerkung zu OGH 28.11.2007, 9 ObA 111/07z, DRdA 2009, 345

Schindler, René, Anmerkung zu OGH 09.07.2008, 9 ObA 91/07h, DRdA 2010, 131

Schindler, René, Arbeitskräfteüberlassungs-KV 2013, 2. Aufl (2013)

Schindler, René, Europarechtliche Grundlagen der AÜG-Novelle 2012 und ihre grundsätzliche Umsetzung in Österreich, in *Raschauer, Nicolas/Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 13

Schmidt-Räntsch, Jürgen, Die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (OGB), in *Riesenhuber, Karl* (Hrsg), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl (2010) 679

Schneller, Hannes, Arbeitskräfteüberlassung: Mitbestimmung bei Versetzungen und anderen personellen Maßnahmen, ecolex 2006, 1018

Schnorr, Gerhard, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung (1979)

Schnorr, Anmerkung zu OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87, ZAS 1988, 95

Schörghofer, Felix, Anmerkung zu OGH 25.01.2011, 8 ObA 3/11s, ZAS 2011, 268

Schörghofer, Felix, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 336

Schörghofer, Felix, Anmerkung zu OGH 22.02.2011, 8 ObA 41/10b, ZAS 2012, 269

Schörghofer, Felix, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Flexibilisierung und ArbeitnehmerInnenschutz, juridikum 2014, 88

Schörghofer, Felix, Gleichbehandlung und Gleichstellung im AÜG, in *Brodil, Wolfgang* (Hrsg), Tagungsband der 6. Wiener Oktobergespräche: Diener fremder Herren – Aktuelle Rechtsfragen der Arbeitskräfteüberlassung (erscheint voraussichtlich 2014)

Schrammel, Walter, Arbeitsrechtliche Probleme in verfassungsrechtlicher Sicht, in *Tomandl, Theodor* (Hrsg), Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung (1993) 81

Schrammel, Walter, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995)

Schrank, Franz, Arbeitskräfteüberlassung: Sind Quotenregelungen im Beschäftigerbetrieb erzwingbar?, *ecolex* 2000, 734

Schrank, Franz, Die wichtigsten Neuerungen zur Arbeitskräfteüberlassung (Teil 1), *RdW* 2013, 31

Schrattbauer, Birgit/Goricnik, Wolfgang, Wesentliche Änderungen durch die Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), *wbl* 2013, 121

Schüren, Peter, Abgrenzung und Identifikation von (Schein-)werkverträgen - Eine Skizze, in *Klebe, Thomas/Wedde, Peter/Wolmerath, Martin* (Hrsg), Recht und soziale Arbeitswelt, Festschrift für *Wolfgang Däubler* zum 60. Geburtstag (1999) 90

Schüren, Peter (Hrsg), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl (2010)

Schüren, Peter/Wank, Rolf, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, *RdA* 2011, 1

Schüren, Peter, Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, *NZA* 2013, 176

Schüren, Peter, Qualitätsmanagement des Subunternehmers als Indiz zum Nachweis eines Werkvertrags – eine (weitere) Skizze, Manuskript Festschrift für *Rolf Wank* (erscheint 2014)

Schwarz, Bernhard, Rechtswirkungen von Betriebsvereinbarungen im Pensionskassenrecht, *DRdA* 2003, 240

Schwarz, Walter, Zur geschlechtsspezifischen Differenzierung im Arbeitsrecht, *DRdA* 1992, 185

Schwarze, Jürgen, Der Schutz der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in *Sachs, Michael/Siekmann, Helmut* (Hrsg), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift für *Klaus Stern* zum 80. Geburtstag (2012) 945

Schwarze, Jürgen, (Hrsg), EU-Kommentar, 3. Aufl (2012)

Schwimann, Michael (Hrsg), ABGB-Taschenkommentar, 2. Aufl (2012)

Schwimann, Michael (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, Band 4, 3. Aufl (2005)

Schwimann, Michael (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, Band 5, 3. Aufl (2006)

Sieker, Susanne, Umgehungsgeschäfte (2001)

Silberbauer, Kristina, Wer Leihpersonal beschäftigt, kann zu dessen Arbeitgeber werden, DerStandard.at vom 21.05.2008 „<http://derstandard.at/3294625>“ (zuletzt abgerufen am 05.04.2014)

Slezak, Michael, Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung und Sozial- und Weiterbildungsfonds nach der AÜG-Novelle 2012, in *Raschauer, Nicolas/Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 145

Stadler, Manuela, Informationspflichten und Arbeitnehmerschutz in Bezug auf überlassene Arbeitskräfte, in *Raschauer, Nicolas/Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 117

Strasser, Rudolf, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA 1992, 93

Strasser, Rudolf/Jabornegg, Peter/Resch, Reinhard, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2002 – 2013)

Tamussino, Philipp, Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen (1990)

Thienel, Rudolf/Schulev-Steindl, Eva, Verwaltungsverfahrenrecht, 5. Aufl (2009)

Thüsing, Gregor, Anmerkung zur Vorlage C-242/09, ZESAR 2009, 487

Thüsing, Gregor (Hrsg), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl (2012)

Thüsing, Gregor/Stiebert, Tom, Zum Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, DB 2012, 632

Thüsing, Gregor, Vorübergehende und nicht-vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung: Das Rätselraten geht weiter, NZA 2013, 1248

Thüsing, Gregor/Stiebert, Tom, Anmerkung zur Vorlage C-533/13, ZESAR 2014, 31

Thüsing, Gregor, Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung: Neues vom BAG, vom EuGH und auch vom Gesetzgeber, NZA 2014, 10

Tinhofer, Andreas, 17. Klausel: Überlassung zur Dienstleistung an Dritte, in *Neumayr, Matthias/Reissner, Gert-Peter* (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) 240

Tomandl, Theodor, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrags (1971)

- Tomandl, Theodor* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2005-2013)
- Tomandl, Theodor*, Arbeitskräfteüberlassung (2010)
- Tomandl, Theodor*, Zwei Probleme der Arbeitskräfteüberlassung, in *Harrer, Friedrich/Honsell, Heinrich/Mader, Peter* (Hrsg), Gedächtnisschrift für *Theo Mayer-Maly* (2011) 475
- Tomandl, Theodor*, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2011, 248
- Uffmann, Katharina*, Vertragstypenzuordnung zwischen Reformzwang und Privatautonomie im Bereich der „Neuen Selbständigkeit“, ZfA 2012, 1
- Uhlenhut, Walter*, Die arbeits- und sozialrechtliche Beurteilung von Leihdienstverhältnissen, SozSi 1972, 302
- Ulber, Daniel*, Erweiterte Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates durch Tarifverträge zur Leiharbeit, AuR 2013, 114
- Ulber, Jürgen*, Die Richtlinie zur Leiharbeit, AuR 2010, 10
- Ulber, Jürgen*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl (2011)
- Vallée, Guylaine*, What is Corporate Social Responsibility? The Case of Canada, Managerial Law 2005, 20
- Wachter, Gustav*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, ZAS 1974, 163
- Walker, Wolf-Dietrich*, Rechtsverhältnisse bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und Schadenersatzansprüche des Entleiher wegen Schlechtleistung, AcP 1994, 295
- Widler, Yvonne/Moser, Moritz/Wotke, Levin*, Prekär beim Bund, paroli-magazin.at vom 03.04.2014, „<http://www.paroli-magazin.at/606/>“ (zuletzt abgerufen am 05.04.2014)
- Wiebe, Andreas/Kodek, Georg*, Kommentar zum UWG, 2. Aufl (2012)
- Willemsen, Heinz Josef*, Erosion des Arbeitgeberbegriffs nach der Albron-Entscheidung des EuGH?, NJW 2011, 1546
- Windbichler, Christine*, Arbeitsrecht im Konzern (1989)
- Windisch-Graetz, Michaela*, Arbeitsrecht II, 8. Aufl (2013)

Wynn, Michael/Leighton, Patricia, Will the Real Employer Please Stand Up? Agencies, Client Companies and the Employment Status of the Temporary Agency Worker, ILJ 2013, 301

Zappalà, Loredana, Legislative and Judicial Approaches to Temporary Agency Work in EU Law – An Historical Overview, in *Ahlberg, Kerstin/Bercusson, Brian/Bruun, Niklas/Kountouris, Haris/Vigneau, Christophe/Zappalà, Loredana* (Hrsg), Transnational Labour Regulation, A Case Study of Temporary Agency Work (2008) 155

Ziegler, Katharina, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht (2011)

Zimmer, Reingard, Leiharbeit – aber nur vorübergehend!, AuR 2012, 89

Zimmermann, André, Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung, ArbRAktuell 2011, 62

Zirm, Jakob, AUA: Gericht kippt Betriebsübergang auf Tyrolean, DiePresse.at vom 02.09.2013, [„http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1447904/AUA_Gericht-kippt-Betriebsübergang-auf-Tyrolean“](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1447904/AUA_Gericht-kippt-Betriebsübergang-auf-Tyrolean) (zuletzt abgerufen am 04.04.2014)

Judikaturverzeichnis

OGH

- OGH 26.11.1951, 4 Ob 121/51 Arb 5329
- OGH 20.02.1952, 1 Ob 125/52
- OGH 13.05.1953, 3 Ob 296/53 SZ 26/126
- OGH 25.10.1955, 4 Ob 100/55 Arb 6329
- OGH 18.03.1958, 4 Ob 153/57 SZ 31/45
- OGH 08.03.1960, 4 Ob 4/60 Arb 7210
- OGH 21.06.1960, 4 Ob 71/60 Arb 7252
- OGH 23.02.1965, 4 Ob 19/65 Arb 8030
- OGH 25.11.1969, 4 Ob 349/69 Arb 8781
- OGH 01.02.1972, 5 Ob 269-274/71 DRdA 1972, 246 (*Fenyves/Holzer*)
- OGH 20.10.1981, 4 Ob 108/81 DRdA 1983, 178
- OGH 28.07.1982, 7 Ob 723/81 ÖJZ 1983/4
- OGH 12.04.1984, 8 Ob 576/83 Arb 10351
- OGH 27.01.1987, 14 Ob 180/86 RdW 1987, 335 (*Zeiler*) = ZAS 1988, 56 (*Hoyer*)
- OGH 27.01.1987, 14 Ob 224/86 Arb 10603
- OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87 DRdA 1988, 265 (*Harrer*) = ZAS 1988, 95 (*Schnorr*)
- OGH 16.09.1987, 9 ObA 76/87 DRdA 1988, 467
- OGH 24.02.1988, 1 Ob 509/88 ÖJZ 1988/93
- OGH 15.03.1989, 9 ObA 279, 280/88 DRdA 1989, 389 (*Floretta*)
- OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91 DRdA 1991, 352 (*Geppert*)
- OGH 13.06.1991, 7 Ob 536/91 RdW 1991, 332
- OGH 02.09.1992, 9 ObA 189/92 DRdA 1993, 229 (*Resch*)
- OGH 16.09.1992, 9 Ob A 206/92 DRdA 1993, 314 (*Ritzberger-Moser*)
- OGH 10.02.1993, 9 ObA 1/93 Arb 11072
- OGH 24.11.1993, 9 ObA 180/93 DRdA 1994, 402 (*Kürner*)
- OGH 19.05.1994, 6 Ob 7/94 ecolex 1994, 686
- OGH 09.02.1995, 8 ObA 332/94 wbl 1995, 288
- OGH 27.03.1996, 9 ObA 15/96 DRdA 1997, 130 (*Kürner*)
- OGH 01.04.1998, 9 ObA 88/98a

OGH 10.06.1998, 9 ObA 19/98d DRdA 1999, 316 (*Kallab*)
OGH 07.10.1998, 9 ObA 233/98z wbl 1999/121
OGH 22.04.1999, 6 Ob 46/99d
OGH 12.08.1999, 8 ObA 130/99x DRdA 2000, 328 (*Egger*)
OGH 23.11.1999, 1 Ob 269/99m RdM 2000, 90 (*Kopetzki*)
OGH 11.05.2000, 8 ObA 317/99x
OGH 25.04.2001, 9 Ob 83/01y JBl 2001, 653
OGH 05.09.2001, 9 ObA 18/01i ARD 5347/11/2002
OGH 05.09.2001, 9 ObA 195/01v ASoK 2002, 240
OGH 22.10.2001, 1 Ob 203/01m ecolex 2002/38
OGH 25.10.2001, 8 ObA 28/01b DRdA 2003, 25 (*Geppert*)
OGH 13.02.2003, 8 ObA 203/02i ARD 5408/8/2003
OGH 10.04.2003, 8 ObA 214/02g DRdA 2004, 320 (*Binder*)
OGH 03.12.2003, 7 Ob 256/03b
OGH 03.12.2003, 9 ObA 113/03p DRdA 2004, 553 (*Balla*)
OGH 24.09.2004, 8 ObA 73/03y JBl 2005, 114
OGH 12.10.2004, 1 Ob 165/04b bbl 2005, 85
OGH 11.11.2004, 8 ObA 114/04d DRdA 2005, 529 (*Artmann*)
OGH 18.04.2007, 8 Ob A 108/06z ZAS 2008, 10 (*Gerlach*)
OGH 28.11.2007, 9 ObA 111/07z DRdA 2009, 345 (*Schindler*)
OGH 19. 12. 2007, 9 Ob A 125/07h ecolex 2008/169
OGH 07.02.2008, 9 ObA 2/08x ecolex 2008/204
OGH 09.07.2008, 9 ObA 91/07h DRdA 2010, 131 (*Schindler*) = ZAS 2011, 39 (*Pačić*)
OGH 25.11.2008, 1 Ob 225/08g EvBl 2009/75
OGH 17.12.2008, 9 ObA 158/07m DRdA 2010, 417 (*Wagnest*) = ZAS 2011, 35 (*Niksova*)
OGH 17.12.2008, 9 ObA 96/08w DRdA 2009, 426
OGH 29.09.2010, 9 ObA 145/09b DRdA 2012, 325 (*Kreil*)
OGH 23.11.2010, 8 Ob 16/10a
OGH 21.12.2010, 8 ObA 6/10f DRdA 2011, 460
OGH 22.02.2011, 8 ObA 41/10b DRdA 2012, 487 (*Firlei*) = ZAS 2012, 269 (*Schörghofer*)
OGH 30.08.2011, 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*)

OGH 20.01.2012, 8 ObA 74/11g wbl 2012,338 (*Grillberger*) = ZAS 2013, 81 (*Windisch-Graetz*)

OGH 30.07.2012, 9 Ob 19/12b ZAS 2013, 31 (*Gleißner*)

OGH 28.05.2013, 8 ObA 31/13m DRdA 2014, 44 (*Goricnik*)

OGH 26.11.2013, 9 ObA 120/13g

OGH 19.12.2013, 9 ObA 124/13w

VwGH

VwGH 28.05.1991, 90/08/0096 ZAS 1992, 207 (*Micheler*)

VwGH 17.11.1994, 94/09/0223

VwGH 21.03.1995, 94/09/0097

VwGH 22.10.1996, 94/08/0178

VwGH 10.03.1998, 95/08/0345

VwGH 18.11.1998, 96/09/0281

VwGH 21.09.1999, 97/08/0053

VwGH 21.06.2000, 99/09/0024

VwGH 23.05.2002, 2001/09/0073 ZfVB 2004/901

VwGH 30.09.2002, 2002/11/0041

VwGH 02.10.2003, 2001/09/0067

VwGH 23.11.2005, 2004/09/0169

VwGH 04.09.2006, 2005/09/0068

VwGH 18.12.2006, 2005/09/0142

VwGH 26.09.2008, 2008/02/0039

VwGH 23.04.2009, 2009/09/0049

VwGH 15.05.2009, 2006/09/0157 VwSlg 17697 A

VwGH 24.06.2009, 2008/09/0094 VwSlg 17713 A

VwGH 25.03.2010, 2008/09/0292

VwGH 22.04.2010, 2007/09/0358

VwGH 16.09.2010, 2010/09/0059

VwGH 16.02.2011, 2007/08/0123

VwGH 29.04.2011, 2010/09/0161

VwGH 29.04.2011, 2011/09/0024

VwGH 30.05.2011, 2011/09/0073

VwGH 30.05.2011, 2011/09/0082, 0083
VwGH 30.05.2011, 2010/09/0179
VwGH 29.06.2011, 2007/02/0358
VwGH 12.07.2011, 2008/09/0239
VwGH 14.10.2011, 2009/09/0274
VwGH 23.05.2012, 2009/11/0250
VwGH 25.10.2013, 2013/02/0141

VfGH

VfGH 16.06.1990, B 610/89 VfSlg 12383
VfGH 09.03.1995, G 28/93 VfSlg 14075
VfGH 12.06.1996, G 1300/95 VfSlg 14500

EuGH

EuGH 05.12.1967, 19/67, *Van der Vecht*, Slg 1967, 00445
EuGH 17.12.1970, 35/70, *Manpower*, Slg 1970, 01251
EuGH 17.12.1981, C-279/80, *Webb*, Slg 1981, 03305
EuGH 10.04.1984, C-14/83, *von Colson und Kamann*, Slg 1984, 01891
EuGH 27.03.1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, Slg 1990, I-01417
EuGH 13.11.1990, C-106/89, *Marleasing*, Slg 1990, I-04135
EuGH 23.04.1991, C-41/90, *Macrotron*, Slg 1991, I-01979
EuGH 16.12.1992, C-132/91, C-138/91, 139/91, *Katsikas*, Slg 1992, I-06577
EuGH 02.08.1993, C-271/91, *Marshall II*, Slg 1993, I-04400
EuGH 10.02.2000, C-202/97, *FTS*, Slg 2000, I-00883
EuGH 25.10.2001, C-493/99, *Kommission/Deutschland*, Slg 2001, I-08163
EuGH 07.02.2002, C-279/00, *Kommission/Italien*, Slg 2002, I-01425
EuGH 13.01.2004, C-256/01, *Allonby*, Slg 2004, I-00873
EuGH 21.10.2004, C-445/03, *Kommission/Luxemburg*, Slg 2004, I-10191
Schlussanträge des Generalanwalts *Tizzano*, 30.06.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981
EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-09981
EuGH 19.01.2006, C-244/04, *Kommission/Deutschland*, Slg 2006, I-00885
EuGH 04.07.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006, I-06057

EuGH 21.09.2006, C-168/04, *Kommission/Österreich*, Slg 2006, I-09041
EuGH 13.09.2007, C-458/05, *Jouini*, Slg 2007, I-07301
EuGH 18.12.2007, C-341-05, *Laval un Partneri*, Slg 2007, I-11767
EuGH 23.04.2009, C-378/07 - C-380/07, *Angelidaki*, 2009, I-03071
EuGH 24.04.2009, C-519/08, *Koukou*, Slg 2009, I-00065
EuGH 10.09.2009 C-199/08, *Eschig*, Slg 2009, I-08295
EuGH 16.06.2010, C-298/09, *RANI Slovakia*, Slg 2010, I-00081
EuGH 24.06.2010, C-98/09, *Sorge*, Slg 2010, I -05837
EuGH 15.09.2010, C-386/09, *Briot*, Slg 2010, I-08471
Schlussanträge des Generalanwalts *Bot*, 03.06.2010, C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309
EuGH 21.10.2010, C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309
EuGH 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*, Slg 2010, I-11405
Schlussanträge des Generalanwalts *Bot*, 09.09.2010, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453
EuGH 10.02.2011, verb Rs C-307/09, 308/09, 309/09, *Vicoplus*, Slg 2011, I-00453 DRdA 2012, 23 (*Oberndorfer*) = EuZW 2011, 237 (*Peneva-Gädeke*)
EuGH 10.03.2011, C-109/09, *Deutsche Lufthansa AG gegen Gertraud Kumpan*, Slg 2011, I-01309
Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs, 07.04.2011, C-241/10, *Jung & Hellweger*
Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs, 07.04.2011, C-471/10, *Wohl & Veres*
EuGH 24.01.2012, C-282/10 *Dominguez*
EuGH 12.06.2012, verb Rs C-611/10, C-612/10, *Hudzinski und Wawrzyniak*
EuGH 26.02.2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*
EuGH 11.04.2013, C-290/12, *Della Rocca*
EuGH 18.07.2013, C-426/11, *Alemo-Herron*
Vorabentscheidungsersuchen, 09.10.2013, C-533/13, *Akt*
EuGH 06.03.2014, C-206/13, *Siragusa*

Sonstige Entscheidungen

LG ZRS Wien 07.11.1966, 44 Cg 140/66 Arb 8306

LG ZRS Wien 08.06.1967, 44 Cg 70/67 Arb 8421

OLG Wien 13.4.2007, 9 Ra 56/06f ARD 5819/4/2007
LAG Hessen 06.03.2001, 2/9 Sa 1246/00
LAG Berlin-Brandenburg 16.10.2012, 7 Sa 1182/12
LAG Baden-Württemberg 01.08.2013, 2 Sa 6/13
LAG Schleswig-Holstein 08.01.2014, 3 Ta BV 43/13 DB 2014, 489
BAG 30.10.1991, 7 ABR 19/91
BAG 28.06.2000, 7 AZR 100/99
BAG 10.07.2013, 7 ABR 91/11
BAG 10.12.2013, 9 AZR 51/13
BGH 17.10.2012, VIII ZR 226/11

Anhang

Abstract

Triangular employment relationships and especially agency work have become a relevant factor in the Austrian economy. One of the current challenges is to define the boundaries and frontiers of agency work.

Instead of providing workforce through agency work, companies can enter into contracts for services in which one party promises to fulfil a certain task. In order to fulfil the contractual obligation the company will send its employees to the other company. These employees act as vicarious agents for their employer. Like agency workers, these workers work ‘for’ someone (the ‘user undertaking’) they have no employment contract with. Therefore, agency work and contracts for services are economically very similar to each other. However, the applicable legal regime differs. For example different collective agreements may apply, the employees may or may not be represented by the works council of the user undertaking and their work may or may not fall under the scope of the Austrian Act on Agency Work. This act provides for a presumption in favour of agency work. This presumption has to correspond with the reason behind the different treatment of vicarious agents and agency workers - which is the additional need for protection of agency workers and the special threat they pose for the permanent staff in user undertakings and the labour market as a whole. This special situation arises with the power of the user undertaking to direct and control the workers. Therefore in accordance with the European Court of Justice a triangular employment relationship can only be qualified as agency work if the workforce works under the ‘control and direction of the user undertaking’.

The basic concept of agency work is that agency workers get several different short term assignments by their work agency that has several business partners – they are being assigned “temporarily”. In Austrian reality, arrangements often deviate from this standard model. There is no explicit maximum period for agency work. Sometimes a single assignment of an agency worker lasts for many years. It is questionable if, in such cases, agency work fulfils its basic functions. In this thesis it is argued that long-term agency work is not illegal in Austrian law, although it does not correspond with the aims of the Austrian Act on Agency work. It can be asked, if this is compatible with the Directive on temporary agency work. The German title of the Directive (‘Leiharbeit’) does not include

the adjective ‘temporary’, as the English version does. Still, even in its German version, the Directive mentions five times, that an agency worker is assigned only ‘temporarily’ (*‘vorübergehend’*) to the user undertaking. Apart from this, the Directive neither defines the word ‘temporary’ nor explicitly states the legal situation regarding non-temporary (long-term) agency work. Concerning the legal effects of the Directive on long-term agency work, three different ‘theories’ are put forward. Some authors argue that non-temporary agency work falls outside the scope of the Directive and therefore is not regulated by Union law at all. Other scholars deny that the Directive differentiates between ‘temporary’ and ‘long-term’ agency work. Finally, some construe the wording of the Directive as actually banning long-term agency work. If one is to follow this last approach, two new problems arise. Firstly, it is not at all clear what ‘temporary’ means. Secondly, the sanctions or legal consequences for non-temporary agency work are not clear.

‘Payrolling’ is an atypical case of agency work. In the Payrolling-model the user undertaking takes most of the important decisions concerning the agency workers instead of the agency. In this thesis it is argued that the Austrian Act on Agency Work is based on a certain distribution of power over the employee between the agency and the user undertaking. The user undertaking can direct and control the work of the employee. Meanwhile the agency is responsible for the conclusion and the termination of the employment contract. Moreover the agency has to bear the risk of not being able to find a suitable user undertaking for its employees. Payrolling deviates from this concept by shifting the focus from the agency to the user undertaking. Therefore the user undertaking has to be seen as the contractual employer of the employee. This conclusion corresponds to current research concerning the definition of ‘the employer’ in labour law. This line of reasoning demands that there has to be a functional approach to the notion of the employer, instead or in addition of a purely contractual one. In this thesis it is argued that this hypothesis shares a common goal with a much older, German theory, the so-called ‘Eingliederungstheorie’.

Lebenslauf

Mag.iur. Felix Schörghofer

Geboren am 26.12.1987 in Wien

Ausbildung:

09/1998 - 06/2006	BG Purkersdorf
08/2006 - 02/2007	Präsenzdienst
03/2007 - 03/2011	Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
09/2009 - 01/2010	Erasmus-Aufenthalt an der Universität Paris II - Panthéon-Assas
03/2011 - bis dato	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

Förderung des Dissertationsvorhabens durch die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

Berufserfahrung:

07/2008 - 08/2009	Studienassistent/Projektmitarbeiter Universität Wien, Institut für Arbeits- und Sozialrecht (Lehrstuhl Univ. Prof. Dr. Robert Rebhahn)
03/2010 - 03/2011	Studienassistent/Projektmitarbeiter Universität Wien, Institut für Arbeits- und Sozialrecht (Lehrstuhl Univ. Prof. Dr. Robert Rebhahn)
04/2011	Rechtsanwaltsanwärter, CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Fachbereich Arbeitsrecht
03/2013 - 06/2013	Nebenberuflich Lehrender, IMC Fachhochschule Krems GmbH
03/2014 - 06/2014	Nebenberuflich Lehrender, IMC Fachhochschule Krems GmbH
05/2011 - bis dato	Universitätsassistent (Praedoc) Universität Wien, Institut für Arbeits- und Sozialrecht (Lehrstuhl Univ. Prof. Dr. Robert Rebhahn)

Publikationsliste

Herausgeberschaft:

- Rechtswissenschaft und Rechtskunde - Liber Amicorum für *Robert Rebhahn* (Manz, 2014) (XIV + 196 S) (gemeinsam mit Assoz. Prof. Dr. *Christoph Kietaihl* und Univ. Prof. Dr. *Walter Schrammel*)

Aufsätze:

- Vorliegen und Zulässigkeit dynamischer Verweisungen in Betriebsvereinbarungen; Aus Anlass der E OGH 9 Ob A 14/11s, *ecolex* 2012, 157
- Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils *Vicoplus*, *wbl* 2012, 372 (gemeinsam mit Univ. Prof. Dr. *Robert Rebhahn*)
- Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, *ZAS* 2012, 336
- Die Auswahl der Krankenanstalt, *DRdA* 2013, 484 (gemeinsam mit Mag.a *Miriam Mitschka*)
- Die Verantwortung des AG für diskriminierende Handlungen unter Arbeitskollegen, in *Kietaihl/Schörghofer/Schrammel* (Hrsg), *Rechtswissenschaft und Rechtskunde* (2014) 141
- Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Flexibilisierung und ArbeitnehmerInnenschutz, *juridikum* 2014, 88
- Gleichbehandlung und Gleichstellung im AÜG, in *Brodil* (Hrsg), Tagungsband der 6. Wiener Oktobergespräche: Diener fremder Herren – Aktuelle Rechtsfragen der Arbeitskräfteüberlassung (erscheint voraussichtlich 2014)
- Staatliche Regulierung des Drittpersonaleinsatzes - Erfahrungen in Österreich, in *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/ Institut für Rechtspolitik Universität Trier* (Hrsg), *Bitburger Gespräche in München, Band 4: Unternehmerische Entscheidungsfreiheit vs. sozialpolitische Regulierung* (erscheint 2014) (gemeinsam mit Univ. Prof. Dr. *Robert Rebhahn*)

Entscheidungsanmerkungen:

- Abschluss eines Arbeitsvertrags ein halbes Jahr nach Ende eines freien Dienstvertrags über das gleiche Aufgabengebiet - neuerliches Probemonat zulässig, ZAS 2011, 268 (zu OGH 25. 1. 2011, 8 ObA 3/11s)
- BV-Sozialplanleistung "bis zum persönlich frühestmöglichen ASVG-Pensionsbeginn" - Ende bei Anspruch auf Korridor pension, ZAS 2012, 177 (zu OGH 30. 3. 2011, 9 ObA 14/11s)
- Ausgleichszulage für Unionsbürger - "Sozialhilfeleistung" nach der Freizügigkeitsrichtlinie?, EvBl 2012/97 (zu OGH 14.2.2012, 10 ObS 1/12p)
- Kein allgemeines Widerspruchsrecht des AN bei Betriebsübergang, ZAS 2012, 269 (zu OGH 22.2.2011, 8 ObA 41/10b)
- Spezielles Blutdruckmessgerät ist ein Heilbehelf, DRdA 2013, 317 (zu OGH 10.9.2012, 10 ObS 118/12v)
- Auslegung des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs iZm Geschäftsführern anderer Konzerngesellschaften, GesRZ 2014, 58 (zu OGH 24.7.2013, 9 ObA 79/13b - gemeinsam mit Dr. *Paul Schörghofer*, LL.M.)
- Ausgleichszulage für alle Unionsbürger mit rechtmäßigem Aufenthalt im Inland, (erscheint in EvBl 2014) (zu OGH 17.12.2013, 10 ObS 152/13w)

Sonstiges:

- Zwei gelöste Fälle in *Mazal* (Hrsg), Casebook Arbeits- und Sozialrecht (2012)
- Rezension zu *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011), ZAS 2012, 284
- Rezension zu *Burger/Mair/Wachter*, Sozialrecht Basics (2012), DRdA 2013, 294
- Rezension zu *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Kommentar (2013), ZAS 2013, 292
- Seit Mai 2012 Verfasser der Judikaturübersicht- Arbeitsrecht Höchstgerichte für die ZAS

Vorträge:

- "Boundaries and Frontiers of Agency Work in Austria", Ph.D. Seminar European Labour Law, Uppsala, Schweden, 14.02.2013

- "Atypische Arbeitskräfteüberlassung", Nachwuchsforum der 48. Wissenschaftlichen Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Zell am See, 20.03.2013
- "Gleichbehandlung und Gleichstellung im AÜG", 6. Wiener Oktobergespräche: Diener fremder Herren – Aktuelle Rechtsfragen der Arbeitskräfteüberlassung, Wien, 24.10.2013
- "Staatliche Regulierung des Drittpersonaleinsatzes – Erfahrungen in Österreich", 4. Bitburger Gespräche in München: Unternehmerische Entscheidungsfreiheit vs. Sozialpolitische Regulierung, München, 6.12.2013 (gemeinsam mit Univ. Prof. Dr. *Robert Rebhahn*)