

1. Teil: Problemstellung und einführende Überlegungen

I. Einleitung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist der Drittpersonaleinsatz. Unter dem Begriff „Drittpersonaleinsatz“ 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. Durch Drittpersonaleinsatz kann Arbeitsbedarf gedeckt werden, für den ansonsten AN direkt eingestellt worden wären. Es stellt sich die Frage, welche Grenzen das österr Arbeitsrecht dem Einsatz von Drittpersonal setzt. Diese Frage soll in der vorliegenden Untersuchung beantwortet werden. Die Beantwortung erfolgt allerdings nicht abstrakt, sondern anhand von drei konkreten Sachverhaltskonstellationen bzw Fragestellungen, die in der Praxis auftreten und auch in der Rechtswissenschaft Aufmerksamkeit gefunden haben:

- **Der langfristigen Arbeitskräfteüberlassung** (unten 2. Teil),
- dem sog **Payrolling** (unten 3. Teil) und
- der **Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag** (unten 4. Teil).

In einem 5. Teil werden die gefundenen Erkenntnisse zusammengefasst.

In der folgenden Einleitung werden die drei Problemstellungen kurz skizziert. Dazu wird zuerst dargestellt, welchen Anreiz es gibt, überlassene Arbeitskräfte anstelle von eigenen AN einzusetzen. Darauf aufbauend wird erklärt, weshalb man den Problemkreis „Arbeitskräfteüberlassung statt Direktanstellung“ am besten anhand der Überlassungsdauer und der Sonderform des Payrolling untersucht. Im Anschluss wird unter der Überschrift „Werkvertrag statt Arbeitskräfteüberlassung“ gezeigt, welche Anreize es gibt, innerhalb des Drittpersonaleinsatzes eine bestimmte Form zu vermeiden. Bei der Darstellung der drei Problemkreise erfolgt ein kurzer Überblick über die Fragestellungen. Eine genaue Darstellung des Ganges der Untersuchung befindet sich dann jeweils am Beginn der einzelnen Teile. Die Einleitung wird durch einige allg Überlegungen abgeschlossen, die bei allen drei Fragestellungen zu beachten sind.

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 (2014) 85.

II. Arbeitskräfteüberlassung statt Direktanstellung

A. Einleitung

Die Arbeitskräfteüberlassung ist der einzige Fall des Drittpersonaleinsatzes, der gesetzlich detailliert geregelt ist. Im AÜG werden insb die Arbeitsbedingungen der überlassenen Arbeitskräfte festgelegt. Diese Arbeitsbedingungen sind der Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen. Durch ihre Untersuchung können zwei Fragen beantwortet werden. Erstens, welcher Anreiz besteht, überlassene Arbeitskräfte anstelle von eigenen AN einzusetzen. Zweitens, warum das für die betroffenen AN problematisch sein kann. Im Folgenden wird daher überblicksartig dargestellt, welche Nachteile überlassene Arbeitskräfte gegenüber direkt beschäftigten AN haben. Untersucht wird die Benachteiligung während und bei Beendigung einer Überlassung. Aufbauend darauf wird die Problematik der langfristigen Überlassung und des Payrolling erläutert.

B. Benachteiligung überlassener Arbeitnehmer

1. Benachteiligung während einer Überlassung

Das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ und die Gleichstellung bzgl anderer Arbeitsbedingungen sind im AÜG nur partiell verwirklicht.²⁾ Der Überlassene kann während einer Überlassung auf allen im Arbeitsrecht relevanten Regelungsebenen gegenüber Stamm-AN benachteiligt werden.

Auf Ebene des KV ist diese Benachteiligung auf den ersten Blick kaum ersichtlich. Gem § 10 AÜG gebührt dem überlassenen AN angemessenes, ortstypisches Entgelt, während der Überlassung wird dieses nach dem im Beschäftigerbetrieb anwendbaren KV bestimmt. Nach § 10 Abs 1 Satz 2 AÜG 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.³⁾ § 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.⁴⁾ In Österreich ist die Zulässigkeit

²⁾ Grünanger, Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie auf das AÜG, ecolex 2009, 424 (426); OGH 9 ObA 111/07z DRDA 2009, 345 (Schindler).

³⁾ Mazal, Arbeitskräfteüberlassung (1988) 39.

⁴⁾ Jedoch wird diese Möglichkeit durch den 2011 eingeführten § 3a daÜG, der ein Verfahren zur Festlegung eines Mindestlohns für Leiharbeit vorsieht, eingeschränkt;

„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.⁵⁾ Auch das zumindest teilweise Schweigen des auf überlassene Angestellte anwendbaren KV Gewerbe/Angestellte⁶⁾ und anderer wegen Vorliegen eines Mischbetriebs anwendbaren KV⁷⁾ wird mangels anderweitiger Hinweise nicht als versuchter Ausschluss des Anspruchs auf Berücksichtigung des 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.⁸⁾ Gegen die KV-Dispositivität des § 10 Abs 1 AÜG spricht, dass die Gleichstellung auch den Interessen der Stamm-AN vor einer „Billigkonkurrenz“ dient. Im Moment werden diese Interessen wegen der innergewerkschaftlichen Willensbildung bei den Verhandlungen über den Überlasser-KV zwar ausreichend berücksichtigt.⁹⁾ Zumindest denkmöglich wäre aber auch der KV-Ausschluss durch eine unabhängige Koalition von AN in Überlassungsunternehmen, die die Interessen der Stammbelegschaft bei ihrer Willensbildung nicht berücksichtigt.

Trotz der Unzulässigkeit „verschlechternder“ Überlasser-KV ist eine Schlechterstellung der überlassenen AN gegenüber Stamm-AN auf Ebene des KV möglich. Das ergibt sich jedenfalls daraus, dass nicht alle Ansprüche unter „Entgelt“ iSd § 10 AÜG fallen. Nach Ansicht des OGH ist etwa schon eine vom Beschäftiger-KV gewährte Abfertigung nicht mehr von dieser Regelung umfasst.¹⁰⁾ Auch wenn diese Rechtsmeinung insb vor dem Hintergrund der

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.

⁵⁾ In bestimmten Hochlohnbranchen gewährt der KVAÜ eine Annäherung an branchenübliche Ist-Löhne; vgl dazu *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV 2013² (2013) 26, 265 ff.

⁶⁾ Rahmen-KV für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting.

⁷⁾ Vgl *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz* (Hrsg), AÜG² (2006) 190 f.

⁸⁾ Vgl *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 40; *Schindler* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2012) § 10 AÜG Rz 21. Allg gegen die KV-Dispositivität des AÜG *Geppert*, AÜG (1989) 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 2015).

⁹⁾ Zur Bestimmung des Abschlusspartners innerhalb des ÖGB beim KVAÜ vgl *Schindler*, KVAÜ² 103.

¹⁰⁾ OGH 9 ObA 113/03p DRDA 2004/47 (*Balla*); 9 ObA 158/07m DRDA 2010/42 (*Wagnest*) = ZAS 2011, 35 (*Niksova*).

Leiharbeits-RL nicht mehr aufrechtzuerhalten ist,¹¹⁾ bleiben jedenfalls jene KV-Begünstigungen von der Gleichstellung ausgenommen, die andere als die in § 10 AÜG genannten Regelungsgegenstände (Entgelt, Arbeitszeit, Urlaub, Wohlfahrtseinrichtungen, Wohlfahrtsmaßnahmen, bestimmte Betriebspensionsleistungen) betreffen.

Eine Schlechterstellung des Überlassenen kann sich auch auf betrieblicher Ebene ergeben. Problematisch ist hier die Aufspaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse 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 BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG auf überlassene AN.¹²⁾ Erste Voraussetzung der Anwendbarkeit anderer Beschäftiger-BV ist die AN-Eigenschaft im Beschäftigerbetrieb. Die Rsp und ihr folgend ein Teil des Schrifttums bejahen diese nur, wenn die Überlassung voraussichtlich zumindest für sechs Monate erfolgt,¹³⁾ eine Änderung der Rsp ist bisher nicht erfolgt.¹⁴⁾ In der Lehre wird weithin die bedingungslose AN-Eigenschaft des Überlassenen im Beschäftigerbetrieb vertreten.¹⁵⁾ Darüber hinaus finden nach hA auf überlassene AN jedenfalls jene BV keine Anwendung, „die ausschließlich an die arbeitsvertraglichen Beziehungen anknüpfen“.¹⁶⁾ Diese Meinung

¹¹⁾ Vgl Risak, AÜG: Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag, ecolex 2004, 465; Schörghofer, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 336 (342).

¹²⁾ Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² 316.

¹³⁾ OGH 9 ObA 22/91 DRDA 1991, 352 (Geppert). Der OGH sieht die Dauer als Indiz dafür, dass „wesentliche Arbeitnehmerfunktionen auf den Beschäftiger übergehen“. Zustimmend Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² 314 ff; Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht² (2012) 533; Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg), ArbVG § 36 Rz 12; Windisch-Graetz in ZellKomm² § 36 ArbVG Rz 8; Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht 2⁴ (2010) 297 f.

¹⁴⁾ Mitschka (Checkliste Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsverfassung, ecolex 2012, 458) meint im Urteil OGH 8 ObA 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.

¹⁵⁾ Tomandl, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2011, 248 (249); Schindler in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 15; Geppert, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1978) 132 f; Geppert, Arbeitskräfteüberlassung und ArbVG, in FS W. Schwarz (1991) 239 (247 f); Mazal, Personalbereitstellung und Betriebsverfassung, RdW 1987, 375 (376); Anzenberger, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsratsfonds, ASoK 2001, 385 (388 f); Schnorr, ZAS 1988, 95 (98 f); Jabornegg, Ausgliederung und Betriebsverfassungsrecht, in Brodil (Hrsg), Ausgliederungen (2009) 43 (56).

¹⁶⁾ 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).

stammt noch aus der Zeit vor der Schaffung des AÜG und entstand vor dem Hintergrund, dass Rechte und Pflichten zwischen Beschäftiger und überlassener Arbeitskraft auch durch Gesetz oder KV nicht ausgestaltet waren, weshalb ein Anspruch der Überlassenen aus BV gegenüber dem Beschäftiger 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.“¹⁷⁾ Dem AÜG sind heute Ansprüche der Überlassenen gegenüber dem Beschäftiger nicht mehr fremd (§ 6 Abs 3, § 10 Abs 6¹⁸⁾, § 14 AÜG). Der Gedanke, ob dies eine Änderung der oben genannten Ansicht zur Nichtanwendung arbeitsvertragsbezogener BV nach sich ziehen muss, kann hier jedoch nicht weiterverfolgt werden.¹⁹⁾ 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-Eigenschaft im Beschäftigerbetrieb) zu beachten.²⁰⁾ 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 sonstige Vergünstigungen, die der Beschäftiger seinen Stamm-AN vertraglich schuldet.²¹⁾ 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.²²⁾ Allerdings verhindert die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 lt Satz AÜG deren Beachtlichkeit bzgl des Entgelts in den meisten Fällen.²³⁾ Zu erwähnen ist allerdings, dass der KV für überlassene Arbeiter diese Benachteiligung in bestimmten Bereichen pauschal ausgleicht.²⁴⁾

¹⁷⁾ Holzer, Strukturfragen 44.

¹⁸⁾ Der genaue Umfang dieses Anspruchs ist schwierig zu bestimmen; Bruckmüller, Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen für überlassene Arbeitskräfte, ecolex 2013, 549.

¹⁹⁾ 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.

²⁰⁾ Schörghofer, ZAS 2012, 341.

²¹⁾ OGH 9 ObA 195/01v ASoK 2002, 240; anderes gilt grds nur bzgl Wohlfahrts-einrichtungen und Wohlfahrtsmaßnahmen gem § 10 Abs 6 AÜG.

²²⁾ Schörghofer, ZAS 2012, 341 f; Schörghofer, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Flexibilisierung und ArbeitnehmerInnenschutz, juridikum 2014, 88 (90); vgl auch bereits Schindler, Die neue EU-Leiharbeits-RL – der Umsetzungsbedarf in Österreich, DRDA 2009, 176 (177). AA Pöschl/Unterrieder, Novelle zum AÜG, ecolex 2012, 999 (1000); Burz, Die Tücken des (neuen) AÜG, ecolex 2012, 1093 (1095).

²³⁾ Schörghofer in Brodil (erscheint voraussichtlich 2015); vgl dazu Mazal, AÜG-Novelle 2012: Keine Gleichstellung im Entgelt bei doppelter Tarifbindung, ecolex 2013, 100. Vgl jüngst zu einer gültigen Entgelt-BV OGH 25.8. 2014, 8 ObA 50/14g.

²⁴⁾ Vgl dazu genauer Schindler, KVAÜ² 199 ff.

2. Benachteiligung bei Beendigung der Überlassung

Eine wesentliche Benachteiligung überlassener AN besteht in der Gefahr der abrupten Beendigung der Überlassung. Personalabbau trifft typischerweise zuerst Überlassene.²⁵⁾ Zum einen dürften die Trennungskosten geringer sein als bei Stamm-AN. Neben dieser Wirtschaftlichkeitsüberlegung wird in der Lehre zum anderen vertreten, dass der Beschäftiger dazu auch in Ansätzen rechtlich verpflichtet sei. Bei Kündigungen von Stamm-AN wird von diesen Stimmen die Betriebsbedingtheit verneint, wenn Überlassene weiterhin vergleichbare Tätigkeiten im Beschäftigerbetrieb ausführen.²⁶⁾ Im Jahr 2013 musste sich der OGH das erste Mal mit diesem Problem beschäftigen.²⁷⁾ Er hält in einem obiter dictum fest, dass eine Austauschkündigung, bei der ein Stamm-AN durch einen Leih-AN ersetzt wird, verboten ist. Demgegenüber sei die Kündigung eines Stamm-AN bei gleichzeitiger Weiterbeschäftigung eines Leih-AN bei Vorliegen von sachlichen Gründen erlaubt, wie etwa im Anlassfall. Der gekündigte Stamm-AN 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.²⁸⁾ Noch ist schwierig zu sagen, wie streng der OGH in Zukunft das Vorliegen eines sachlichen Grundes prüfen wird.²⁹⁾ Kommt es zu wirtschaftlichen Schwierigkeiten, wird eine Sozialplan-BV im Beschäftigerunternehmen auf den überlassenen AN überwiegend nicht anwendbar sein.³⁰⁾

²⁵⁾ 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.

²⁶⁾ Geppert, AÜG 40; Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² 107. AA Schrank in Tomandl (Hrsg), ArbVG § 105 Rz 207.

²⁷⁾ OGH 8 ObA 31/13m DRDA 2014, 44 (Gorlicnik).

²⁸⁾ Schrank in Tomandl, ArbVG § 105 Rz 207; Hutter, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zwischen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und sozialer Gestaltungspflicht (2012) 188 f; vgl nun auch Hutter, Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen (2014) 168 ff: 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 BGBI I 2011/25 aufgehobenen § 8 Abs 2 AuslBG.

²⁹⁾ 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.

³⁰⁾ Vgl Tomandl, ZAS 2011, 250 hinsichtlich Kündigungsbeschränkungen, anders jedoch zu „rein betrieblichen Regelungen (etwa die Einrichtung eines Werkbusverkehrs nach einer Standortverlagerung)“; Marhold, Betriebsvereinbarungen für überlassene Arbeitnehmer, ASoK 2008, 251 (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.

Ein Sozialplan beim Überlasser wird häufig schon daran scheitern, dass kein BR errichtet wurde.³¹⁾

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.³²⁾ Der OGH hat dem Überlasser zwar im Rahmen der Prüfung der objektiven Betriebsbedingtheit einer Kündigung³³⁾ nach Ende einer Überlassung eine weitgehende soziale Gestaltungspflicht auferlegt.³⁴⁾ Diese sei 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.³⁵⁾ In der Praxis werden die AV allerdings meist durch einvernehmliche Auflösung beendet,³⁶⁾ mutmaßlich weil dies der Überlasser durch wirtschaftlichen Druck, insb durch das Inaussichtstellen weiterer Engagements, erzwingt.³⁷⁾

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.³⁸⁾ Er begründet dies mit dem Argument, dem § 10 Abs 2 AÜG liege das Ausfallsprinzip zugrunde. In der Vorausfrage wies er zusätzlich darauf hin, 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

³¹⁾ 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.

³²⁾ Schindler, DRdA 2009, 177.

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

³⁴⁾ OGH 9 ObA 233/98z wbl 1999/121: Ansonsten liege „bloße Arbeitsvermittlung“ vor.

³⁵⁾ Vgl dazu Schindler, KVAÜ² 122 ff.

³⁶⁾ 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).

³⁷⁾ Geppert, DRdA 2011, 508; Schörghofer, juridikum 2014, 92.

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

ABGB.³⁹⁾ Zuzustimmen ist der Ansicht, dass dem § 10 Abs 2 AÜG das Entgeltausfallsprinzip zugrunde liegt. Nach diesem Prinzip ist der AN einkommensmäßig so zu stellen, als hätte er seine Arbeitsleistung erbracht.⁴⁰⁾ 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. Das Argument, es erfolge eine Schlechterstellung gegenüber § 1155 ABGB, ist nicht überzeugend. § 1155 ABGB verlangt, dass der AG das Wirtschaftsrisiko trägt.⁴¹⁾ Dem AUG 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 AUG geht vielmehr davon aus, dass die AN hintereinander an mehrere verschiedene Beschäftiger überlassen werden.⁴²⁾ Die Meinung *Schindlers* würde zu dem 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 Stammbelegschaft 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.⁴³⁾ 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.⁴⁴⁾ Die Gefahr, dass Überlasser durch Vertragsgestaltung die Interessen der AN 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 Arbeitsbedingun-

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

⁴⁰⁾ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II⁸ (2013) 184.

⁴¹⁾ Rebhahn in ZellKomm² § 1155 ABGB Rz 4.

⁴²⁾ Tomandl, Zwei Probleme der Arbeitskräfteüberlassung, in GedS Mayer-Maly (2011) 475 (487).

⁴³⁾ Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² 201.

⁴⁴⁾ Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² 201.

gen beim Beschäftiger „für die Dauer der Überlassung“ anordnet. Grds kann daher nach Ende der Überlassung zum „normalen“ Grundentgelt zurückkehrt 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.⁴⁵⁾ 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* führt für diesen Fall das Beispiel eines Einkommensverlusts von 40 % an und stellt dies treffend der Rsp gegenüber, die eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung iSd § 105 ArbVG bereits ab einem Entgeltverlust von 10 % bejaht.⁴⁶⁾

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 Überlassungsmitteilung über die voraussichtliche Dauer der Überlassung zu informieren.⁴⁷⁾ Außerdem muss der Beschäftiger gem § 99 Abs 5 ArbVG einen allenfalls bestehenden BR im Beschäftigerbetrieb über die Dauer der Überlassung informieren.⁴⁸⁾ 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.⁴⁹⁾ 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.“⁵⁰⁾ 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 Erdrutsche, die zur Einstellung oder Teileinstellung des Betriebs führen“ genannt, ein „Rückgang der Auftragslage“ reiche nicht aus.⁵¹⁾ Es stellt sich allerdings die Frage nach der Sanktionierung eines Verstoßes gegen diese

⁴⁵⁾ So wohl auch *Schindler*, KVAÜ² 283.

⁴⁶⁾ *Schindler*, KVAÜ² 23.

⁴⁷⁾ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 20; *Schindler* in ZellKomm² § 12 AÜG Rz 8.

⁴⁸⁾ *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 99 Rz 12.

⁴⁹⁾ Vgl zum Folgenden *Schörghofer*, juridikum 2014, 91.

⁵⁰⁾ Vgl ausführlich 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).

⁵¹⁾ 366/ME 24. GP Erläut 3.

Informationspflicht.⁵²⁾ In § 22 Abs 1 Z 3 lit b AÜG wird ein Verstoß gegen die Mitteilungspflichten des § 12 Abs 1 – 5 AÜG mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert, der Gesetzgeber hat die Verpflichtung des § 12 Abs 6 AÜG davon also explizit ausgenommen.⁵³⁾ In den Materialien wird hinzugefügt, eine Verletzung dieser Pflicht habe 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.“⁵⁴⁾ 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.⁵⁵⁾ Als Sanktion kommt (bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen) daher nur der Entzug der Gewerbeberechtigung oder die Untersagung der Arbeitskräfteüberlassung gem § 18 AÜG in Frage.⁵⁶⁾ 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 im Ergebnis nicht lösen.

C. Die zulässige Überlassungsdauer als zentrale Frage der Arbeitskräfteüberlassung

Wie gezeigt wurde, ist das Gleichstellungsgebot des AÜG zwar weitreichend, dennoch bleibt es in mehrfacher Hinsicht beschränkt.⁵⁷⁾ 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.⁵⁸⁾ Diese Nachteile überlassener AN entsprechen spiegelbildlich den Vorteilen des einsetzenden Unternehmens, des Beschäftigers. Zum einen können durch die unvollständige Gleichstellung teilweise

⁵²⁾ Vgl dazu *Schrattbauer/Goricnik*, Wesentliche Änderungen durch die Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), wbl 2013, 121 (127).

⁵³⁾ So auch ausdrücklich die Mat zum ersten ME: 366/ME 24. GP Erläut 3.

⁵⁴⁾ ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4.

⁵⁵⁾ Vgl *Pöschl/Unterrieder*, ecolex 2012, 1001.

⁵⁶⁾ Vgl zu Entzug und Untersagung *Schindler* in *ZellKomm*² § 18 AÜG Rz 1 ff; vgl zum Entzug der Gewerbeberechtigung auch *Granner*, Gewerberechtliche Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung, in *Raschauer/Resch* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 37 (55 ff).

⁵⁷⁾ *Schörghofer*, juridikum 2014, 89 f; *Schörghofer* in *Brodl* (erscheint voraussichtlich 2015).

⁵⁸⁾ Bei langer Überlassungsdauer tritt der Nachteil bei Beendigung zwar voraussichtlich länger nicht ein, er droht aber doch jederzeit.