

„Und jedem Anfang wohnt ein Zauber inne,
der uns beschützt und der uns hilft zu leben.“

Hermann Hesse (Stufen)

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde großteils im Rahmen meiner Beschäftigung als Universitätsassistentin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien verfasst. Herrn Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Mazal*, meinem akademischen Lehrer, danke ich für die stete Förderung meiner Interessen und die Gewährung der notwendigen Freiräume für die Erstellung dieser Arbeit. Herrn emer. o. Univ.-Prof. Dr. *Walter Schrammel* und Herrn ao. Univ.-Prof. Dr. *Martin Risak* danke ich für die Bereitschaft die Arbeit zu begutachten. Mein Dank gilt auch den aktuellen und ehemaligen Angehörigen des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht. Es war eine schöne und lehrreiche Zeit.

Das vorliegende Dissertationsprojekt wurde mit einem Stipendium der Stiftung für Hörer der Rechte sowie von der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien mit einer Förderung unterstützt. Dafür danke ich besonders Herrn Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Mazal*, Herrn Univ.-Prof. Mag. DDr.h.c. *Paul Oberhammer* von der juristischen Fakultät Wien sowie Herrn Mag. Dr. *Wolfgang Kozak* von der AK Wien.

Besonderer Dank gebührt meinen Eltern *Christa* und *Erich Pirker* für die stete Unterstützung meiner akademischen Ambitionen. Meinem Cousin *Andreas Fasching* danke ich für die Inspiration bei der Themenwahl. Meinem Lebensgefährten *Johannes Frare* sowie – in alphabetischer Reihenfolge – *Günther Hauss*, *Julia Hutter*, *Julia Lojnig* und *Nadine Riccabona*, möchte ich für die mentale Unterstützung im Zuge der Erstellung dieser Arbeit danken. Meiner Schwester *Marisa Pirker* gebührt darüber hinaus mein unschätzbare Dank für das sorgfältige Korrekturlesen der Arbeit.

Wien, im Juli 2016

Susanne Pirker

Inhaltsverzeichnis

<i>Danksagung</i>	<i>I</i>
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	<i>IX</i>
<i>Eidesstattliche Erklärung</i>	<i>XV</i>
I. Teil: Hintergrund und Anlage der Untersuchung	1
1. Kapitel: Gegenstand der Arbeit	1
2. Kapitel: Gang der Untersuchung	6
II. Teil: Grundlagen	8
1. Kapitel: Einleitung	8
2. Kapitel: Die Rechtsverhältnisse zwischen den an der Arbeitskräfteüberlassung beteiligten Personen	8
1. Allgemeines	8
2. Das Rechtsverhältnis zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Überlasser	10
3. Das Rechtsverhältnis zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Beschäftiger	12
4. Das Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftiger.....	14
3. Kapitel: Abgrenzungsfragen	16
1. Einleitung.....	16
2. Werkvertragserfüllung durch Gehilfen	16
3. Mittelbares Arbeitsverhältnis.....	17
4. Arbeitsvermittlung	17
4. Kapitel: Arbeitskräfteüberlassung in Zahlen	18
5. Kapitel: Entwicklung des rechtlichen Rahmens	22
1. Einleitung.....	22
2. Entwicklung in Österreich	22
3. Entwicklung auf europäischer Ebene.....	29
6. Kapitel: Zwecke und Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung	33
1. Allgemeines	33
2. Zwecke des AÜG.....	33
3. Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung	37

3.1. Einleitung.....	37
3.2. ...aus Sicht der Beschäftiger.....	37
3.3. ... aus Sicht der Überlassenen.....	40
III. Teil: Ausgewählte Rechtsfragen der Betriebszugehörigkeit	43
1. Kapitel: Allgemeines.....	43
2. Kapitel: Zugehörigkeit zum Überlasserbetrieb	44
1. Problemaufriss	44
2. Der Betriebsbegriff	44
2.1. Allgemeines	44
2.2. Einheit des Betriebszwecks.....	45
2.3. Technischer Sachzusammenhang.....	46
2.4. Eigen- und Selbstständigkeit der Arbeitsstätten.....	47
3. Arbeitnehmereigenschaft im Überlasserbetrieb	50
4. Zusammenfassung.....	53
3. Kapitel: Zugehörigkeit zum Beschäftigerbetrieb	53
1. Problemaufriss	53
2. Meinungsstand der Rechtsprechung	54
3. Meinungsstand im Schrifttum	57
4. Analyse	58
4.1. Allgemeines	58
4.2. Verbale Interpretation.....	58
4.3. Historische Interpretation.....	59
4.4. Systematische Interpretation	60
4.5. Teleologische Interpretation	62
5. Zusammenfassung.....	75
6. Arbeitnehmerähnliche Überlassene	76
4. Kapitel: Teilnahme an Betriebsversammlungen	77
5. Kapitel: Berücksichtigung bei Schwellenwerten	82
1. Problemaufriss	82
2. Betriebsratsfähigkeit	83
3. Betriebsratsgröße	88
4. Freistellungsgrenzen	90
5. Sozialplanpflicht	92

6. BV betreffend Werkwohnungen	94
7. Aufsichtsratspflicht	95
8. Informationspflicht gem § 108 Abs 3 ArbVG	96
9. Zusammenfassung	97
6. Kapitel: Teilnahme an Betriebsratswahlen	98
1. Problemaufriss	98
2.1. <i>Allgemeines</i>	98
2.2. <i>... im Überlasserbetrieb</i>	99
2.3. <i>... im Beschäftigerbetrieb</i>	99
3. Das passive Wahlrecht	102
3.1. <i>Allgemeines</i>	102
3.2. <i>... im Überlasserbetrieb</i>	103
3.3. <i>... im Beschäftigerbetrieb</i>	104
4. Zusammenfassung	105
Teil IV: Ausgewählte Rechtsfragen der betriebsverfassungsrechtlichen	
Stellung überlassener Arbeitnehmer	107
1. Kapitel: Einleitung	107
2. Kapitel: Überlassene als Betriebsratsmitglieder	108
1. Problemaufriss	108
2. Freizeit- und Freistellungsansprüche	109
3. Besonderer Bestandsschutz	110
3.1. <i>Allgemeines</i>	110
3.2. <i>Vorliegen einer planwidrigen Lücke?</i>	111
3.3. <i>Vergleich mit Mandataren gem § 53 Abs 4 ArbVG?</i>	116
3.4. <i>Flexibilität im Prozessrecht</i>	119
3.5. <i>Kündigung des Dienstverschaffungsvertrages als Beendigungsgrund?</i>	122
4. Grundsätze der Mandatsausübung	123
4.1. <i>Allgemeines</i>	123
4.2. <i>Verschwiegenheitspflicht</i>	123
4.3. <i>Bevorzugungsverbot</i>	124
4.4. <i>Benachteiligungs- und Beschränkungsverbot</i>	124
5. Exkurs: Entsendung in den Aufsichtsrat	133
6. Zusammenfassung	133

3. Kapitel: Die Betriebsratsumlage	134
1. Einleitung	134
2. Ansätze und Meinungsstand im Schrifttum	135
2.1. Einleitung	135
2.2. Einhebung nur im Überlasserbetrieb	136
2.3. Deckelung der Betriebsratsumlage für beide Betriebe mit gesamt 0,5%	137
2.4. Einhebung in beiden Betrieben in voller Höhe	138
3. Stellungnahme zur Umlagepflicht überlassener AN	138
3.1. Einleitung	138
3.2. Qualität der Grenze des § 73 Abs 1 S 2 ArbVG	139
3.3. Besteht eine Umlagepflicht in beiden Betrieben?	142
3.4. Freiwillige Kostenbeiträge als Alternative zur Umlagepflicht?	147
4. Sachliche Gründe für die Reduktion der Umlagehöhe	148
5. Anspruchsdurchsetzung	149
6. Zusammenfassung	150
4. Kapitel: Mitwirkung bei Versetzungen	152
1. Problemaufriss	152
2. Grundsätzliches zur Funktionsweise des Versetzungsschutzes	152
3. Betriebsübergreifende Anwendbarkeit von § 101 ArbVG?	155
4. Anwendbarkeit des § 101 ArbVG im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung	157
5. Vorstellung der möglichen Versetzungskonstellationen	166
6. Innerbetriebliche Versetzungen	167
6.1. Problemaufriss	167
6.2. Zur Anwendbarkeit des Leitsatzes zur Beurteilung der Zuständigkeitsfrage	168
6.3. Zum Schutzzweck des § 101 ArbVG	169
6.4. Zuständigkeit bei innerbetrieblichen Versetzungen	174
7. Betriebsübergreifende Versetzungen	179
7.1. Allgemeines	179
7.2. Betriebsübergreifende Versetzung beim selben Beschäftigten	179
7.3. Betriebsübergreifende Versetzung zu einem neuen Beschäftigten	181
7.4. Rückversetzung in den Überlasserbetrieb	181
8. Zusammenfassung	183

Teil V: Europarechtliche Einflüsse auf die betriebsverfassungsrechtliche Stellung überlassener Arbeitnehmer.....	186
1. Kapitel: Einleitung.....	186
2. Kapitel: Rechtsfragen zur Gleichbehandlung beim Entgelt, der Arbeitszeit und dem Urlaub	188
1. Einleitung.....	188
2. Gleichbehandlung bei den wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen.....	189
2.1. Einleitung	189
2.2. Gleichbehandlung beim Entgelt	189
2.3. Gleichbehandlung bei Arbeitszeit und Urlaub	196
3. Auslegung des Passus „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“	207
3.1. Einleitung	207
3.2. Wortlaut.....	209
3.3. Historische Auslegung.....	213
3.4. Systematische Interpretation	214
3.5. Teleologische Interpretation.....	215
3.6. Zwischenbefund.....	220
4. Europarechtskonformität der Ausnahmebestimmung.....	222
4.1. Einleitung	222
4.2. Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL.....	223
4.3. Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL.....	231
4.4. Zwischenbefund	234
5. Zusammenfassung	235
3. Kapitel: Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen.....	237
1. Einleitung.....	237
2. Begriffsbestimmung.....	238
2.1. Allgemeines	238
2.2. Vorgaben der Leiharbeits-RL.....	238
2.3. Schlussfolgerungen für die Auslegung von § 10 Abs 6 AÜG.....	240
2.4. Wohlfahrtseinrichtungen	243
2.5. Wohlfahrtsmaßnahmen.....	244
3. Abgrenzungsfragen.....	246
3.1. Problemaufriss	246

3.2. Zugang zu Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen	246
3.3. Abgrenzung zu § 10 Abs 1a AÜG.....	247
3.4. Abgrenzung zu § 10 Abs 1 AÜG.....	249
4. Reichweite des Anspruches	258
4.1. Einleitung.....	258
4.2. Vergleichsbasis Beschäftigetrieb	260
4.3. Betriebseigene Wohlfahrtseinrichtungen	260
4.4. Einrichtungen Dritter.....	262
4.5. Belegschaftseigene WEM.....	264
5. Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung	268
6. Zusammenfassung.....	274
VI. Teil: Thesen	279
Quellenverzeichnis.....	295
1. Literaturverzeichnis.....	295
2. Judikaturverzeichnis.....	315
2.1. Oberster Gerichtshof.....	315
2.2. Verwaltungsgerichtshof.....	324
2.3. Europäischer Gerichtshof.....	324
2.4. Sonstige Entscheidungen.....	325
3. Abbildungsverzeichnis	326
4. Verzeichnis sonstiger Quellen	326
4.1. Bundesgesetzblätter.....	326
4.2. Regierungsvorlagen	328
4.3. Richtlinien und Richtlinienvorschläge	328
4.4. Entschlüsseungen	329
4.5. Onlinequellen	330
4.6. Sonstiges.....	333
Anhang	335
Abstract	335
<i>Deutsch</i>	335
<i>English</i>	337
Curriculum vitae	339

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abl	ablehnend
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Arbeitgeber
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AK	Arbeiterkammer
allg	allgemein
AIVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz
AMS	Arbeitsmarktservice Österreich
AN	Arbeitnehmer
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
arg	argumento
Art	Artikel
ASchG	Arbeitnehmerschutzgesetz
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz

BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BI	Betriebsinhaber
BJIR	British Journal of Industrial Relations
Blg	Beilagen
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BR	Betriebsrat
BRG	Betriebsrätegesetz
Bsp	Beispiel(e)
bspw	beispielsweise
BV	Betriebsvereinbarung
bzw	beziehungsweise
Ciett	International Confederation of Private Employment Services (= Internationale Vereinigung privater Arbeitskräfteüberlasser)
dt	deutsch(es)
DB	Der Betrieb
Ders	Derselbe
DG	Dienstgeber
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
dgl	dergleichen
dh	das heißt
Dies	Dieselbe/n
DN	Dienstnehmer
DRdA	Das Recht der Arbeit

E	Entscheidung
EA	Einigungsamt
ecolex	ecolex, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
ELLJ	European Labour Law Journal
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f, ff	folgende/r; fort folgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls
GP	Gesetzgebungsperiode
GPA	Gewerkschaft der Privatangestellten
grds	grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung

Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz
IA	Initiativantrag
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
iHv	in Höhe von
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
inkl	inklusive
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von/vom
IV	Industriellenvereinigung
iVm	in Verbindung mit
iZm	in Zusammenhang mit
JBl	Juristische Blätter
KJ	Kritische Justiz
KOM	Europäische Kommission
KollV	Kollektivvertrag
KVAÜ	Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung
leg cit	legis citatae
LG	Landesgericht
Lit	Literatur
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
XII	

mHa	mit Hinweis auf
mwN	mit weiteren Nachweisen
NR	Nationalrat
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
ö	österreichisch(es)
oä	oder ähnlich(es)
oB	ohne Begründung
odgl	oder dergleichen
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht (Österreich)
öterr	österreichisch(es)
PRO-GE	Produktionsgewerkschaft
RAK	Rechtsanwaltskammer
RdW	Recht der Wirtschaft
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
S	Satz
sA	seiner Ansicht

Slg	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (Sammlungen)
sog	sogenannte/n/r/s
stRsp	ständige Rechtsprechung
ua	unter anderem; und andere
udgl	und dergleichen
uU	unter Umständen
va	vor allem
vgl	vergleiche
VO	(Europäische) Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter
WEM	Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen
WKÖ	Wirtschaftskammer Österreich
WV	Werkvertrag
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZBR	Zentralbetriebsrat
ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
Zhg	Zusammenhang
zmd	zumindest
zT	zum Teil
zust	zustimmend
zutr	zutreffend
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

Eidesstattliche Erklärung

Hiermit versichere ich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig verfasst, ganz oder in Teilen noch nicht als Prüfungsleistung vorgelegt und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe. Sämtliche Stellen der Arbeit, die benutzten Werken im Wortlaut oder dem Sinn nachentnommen sind, habe ich durch Quellenangaben kenntlich gemacht.

Wien, im Juli 2016

Hinweis:

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit auf die durchgängige Verwendung beider Geschlechter verzichtet. Die Verwendung männlicher Formen für personenbezogene Bezeichnungen bezieht sich in gleicher Weise auf die weiblichen Entsprechungen (und umgekehrt).

Hinweis:

Im Rahmen dieser Arbeit wird ausschließlich die Terminologie des Gesetzgebers des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes¹ (AÜG) verwendet. Die Begriffe „Überlasser“, „Beschäftigter“ und „überlassener Arbeitskraft“ sind nicht nur neutral was die Darstellung Rechtsbeziehungen der am Dreiecksverhältnis beteiligten Personen betrifft, sondern zudem aus Sicht der Verfasserin auch ohne Vorverständnis verwendbar.² Auf den Gebrauch von – aus rechtsdogmatischer Sicht problematischen, aber in der Praxis häufig verwendeten – Begriffen, wie „Verleiher“, „Entleiher“, „Leiharbeitnehmer“³, „Leiharbeitsverhältnis“⁴, „Zeitarbeit“, „Personalbereitstellung“⁵, „Personalleasing“, „Outsourcing“ udgl wird verzichtet. Im Einzelnen wird es aber, um Missverständnissen vorzubeugen, notwendig sein, sich der Terminologie der Ursprungsquellen, zB der Leiharbeits-RL, zu bedienen.

¹ Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt wird (AÜG), BGBl Nr 1988/196 idF BGBl I Nr 2016/44.

² So schon *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1977) 22f; *Kerschner*, Arbeitnehmerüberlassung und Dienstnehmerhaftpflicht, JBl 1981, 393; *Krejci*, Arbeitsrechtliche Probleme der Bau-Arge, In *Krejci* (Hrsg), Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft (1979) 125 (insb FN 31); *Wachter*, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975, 50.

³ Die ältere Literatur (ua *Kerschner*, JBl 1981, 393; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung und ArbVG, In *Martinek* [Hrsg], Arbeit, Recht und Gesellschaft, Festschrift für *Walter Schwarz* zum 65. Geburtstag [1991] 240f; *Schnorr*, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung: Verbot oder Neuregelung? [1979] 27f; *Müller*, Das Leiharbeitsverhältnis, ZAS 1968, 79; *Müller*, Probleme des Leiharbeitsverhältnisses, In *Martinek/Wachter* [Hrsg], Arbeitsleben und Rechtsordnung, Festschrift für *Gerhard Schnorr* zum 65. Geburtstag [1988] 177ff) unterschied zudem zwischen dem „echten“ und dem „unechten“ Leiharbeitsverhältnis. Das „echte“ Leiharbeitsverhältnis zeichnete sich dadurch aus, dass die Überlassung nicht gewerbsmäßig und nur in Ausnahmefällen vorübergehend erfolgt. Bei dem „unechten“ Leiharbeitsverhältnis wird der AN hingegen ausschließlich zur Überlassung an Dritte angestellt und gewerbsmäßig verliehen. Diese Unterscheidung wird aber mitunter noch von der jüngeren Lit getroffen, vgl *Krejci*, Kommentierung zu § 1151 ABGB, In *Rummel* (Hrsg), ABGBonline – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage (Stand 1.1.2000, rdb.at) Rz 130; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² (2015) Rz 9/005; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht² (2012) 73f.

⁴ Gemäß § 971 ABGB versteht man unter „Leihe“ die Überlassung einer (unverbrauchbaren) Sache zum unentgeltlichen Gebrauch auf bestimmte Zeit. Gegenstand eines solchen Leihvertrages können bewegliche oder unbewegliche unverbrauchbare Sachen iSd § 301 ABGB sein, aber auch Rechte, insb auf Dienstleistungen sein, zB bei der Arbeitskräfteüberlassung (falls ausnahmsweise unentgeltlich!). Unentgeltlichkeit ist für die Leihe wesentlich, andernfalls liegt Miete (§§ 1090 ff ABGB) vor, vgl mwN *Schubert* in *Rummel*³ ABGB³ § 971 Rz 1ff. Der Begriff des Leiharbeitsverhältnisses, welcher zB im Rahmen der Abgrenzung vom sog „echten“ zum „unechten“ Leiharbeitsverhältnis noch Verwendung findet, ist somit unglücklich gewählt, denn die Arbeitskraft ist meist nicht unentgeltlich „verliehen“, sondern zumeist entgeltlich „vermietet“, dazu auch *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht² 74. Ungünstig ist auch der Begriff „Personalleasing“, denn geleast werden Gegenstände und keine Personen. Zur Diskussion um die passende Bezeichnung vor Inkrafttreten des AÜG, statt vieler *Geppert*, Fragen des „Leiharbeitsverhältnisses“, DRdA 1978, 205f; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 60ff.

⁵ Vgl ua *Mazal*, Personalbereitstellung und Betriebsverfassung, RdW 1987/11, 375.

Hintergrund und Anlage der Untersuchung

1. Kapitel: Gegenstand der Arbeit

Arbeitskräfteüberlassung wird in § 3 Abs 1 AÜG definiert als “Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte”. Sie ist durch ein besonderes Dreiecksverhältnis gekennzeichnet und unterscheidet sich in diesem Punkt von einem traditionellen Arbeitsverhältnis. Der überlassene Arbeitnehmer⁶ hat einen Arbeitsvertrag mit dem Überlasser⁷. Kennzeichnend für diese vertragliche Beziehung ist die Verpflichtung der überlassenen Arbeitskraft ihre Arbeitskraft nicht im Betrieb des Überlassers, sondern bei einem Dritten, dem Beschäftiger⁸, einzusetzen. Diesen Arbeitsverträgen fehlt die sonst übliche Dienstleistungspflicht der Arbeitskraft im Betrieb des unmittelbaren Vertragspartners. Zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger besteht idR ein Dienstverschaffungsvertrag⁹, in dem sich der Überlasser gegen Entgelt verpflichtet dem Beschäftiger Arbeitskräfte bereitzustellen und ihm die Verfügungsgewalt über diese zu übertragen. Die überlassene Arbeitskraft steht in keiner unmittelbaren, vertraglichen Beziehung zum Beschäftiger, sondern ist lediglich faktisch in Unterordnung unter dessen Weisungsbefugnis in dessen Betrieb tätig. Der Überlasser ist somit der alleinige, arbeitsvertragliche Arbeitgeber des überlassenen Arbeitnehmers.¹⁰

Die Zulässigkeit der Überlassung von Arbeitskräften an Dritte war von Beginn an umstritten. In zwei Gesetzesentwürfen wurde ein Verbot vorgeschlagen.¹¹ Im Jahr 1988

⁶ Als Arbeitskräfte idS sind nach § 3 Abs 4 AÜG Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen.

⁷ Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet (§ 3 Abs 2 AÜG).

⁸ Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt (§ 3 Abs 3 AÜG).

⁹ Eingehend zum Dienstverschaffungsvertrag *Rebhahn*, Kommentierung zu § 1151 ABGB, In *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1, 2. Auflage (2011) Rz 210.

¹⁰ Statt vieler OGH 24.09.2008, 2 Ob 261/07g, DRdA 2010/15, 228 (*Geppert*) = *ecolex* 2009/5, 29 (*Friedl*); *Obereder*, XV. Die Arbeitskräfteüberlassung, In *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, 23. Lieferung (Stand Juli 2014) Rz 1.

¹¹ Vgl ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 14, wobei der Entwurf aus 1977 ein ausnahmsloses Verbot vorsah, der Entwurf aus 1982 ein grundsätzliches Verbot mit einer Ausnahme in sozial unbedenklichen und wirtschaftlich notwendigen Fällen. Beide Entwürfe wurde die Zustimmung versagt, weshalb keine weitere Behandlung erfolgte.

entschied sich der Gesetzgeber aber mit dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) für die grundsätzlich Zulassung. Dieses Regelungswerk bezweckt im Wesentlichen den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte. Geregelt wurden in erster Linie der arbeitsvertragliche Status und die Anwendung von Kollektivverträgen, hatten diese doch die ökonomisch brisantesten Auswirkungen.¹² Andere auf den ersten Blick nicht auf diese Weise bedeutsamen Fragen, wie insb Fragen des Betriebsverfassungsrechtlichen Schutzes, traten demgegenüber in den Hintergrund. Schon damals wurde befürchtet, die Regelung sei daher „lücken- und damit mangelhaft“¹³.

In der Zwischenzeit hat sich die Arbeitskräfteüberlassung ungeachtet der anfänglichen Schwierigkeiten fest am österreichischen Arbeitsmarkt etabliert. Im Erhebungszeitraum vom 1. Juli 2014 bis zum 30. Juni 2015 waren im Durchschnitt 62.555 Arbeitskräfte im Inland überlassen.¹⁴ Auch auf europäischer Ebene ist die Arbeitskräfteüberlassung nunmehr vollends anerkannt. Das Europäische Parlament und der Rat attestieren der Arbeitskräfteüberlassung, dass diese „(...) nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren [entspricht] (...) [und] somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei[trägt]“¹⁵.

Trotz dieser positiven Einschätzung und den vergleichbar guten arbeitsrechtlichen Regelungen¹⁶ sind aber der Arbeitskräfteüberlassung bestimmte Gefahren inhärent. Wie allgemein bei der personellen Aufspaltung von Vertragstypen, die nach dem gesetzlichen Grundmodell als bloß zweipersonale Rechtsbeziehung angelegt sind, besteht auch hier die Gefahr, dass durch diese Gestaltung Schutznormen zu Gunsten des wirtschaftlich

¹² Vgl Mazal, RdW 1987/11, 375.

¹³ Mazal, RdW 1987/11, 375.

¹⁴ Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2015, 2.

¹⁵ RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (im Folgenden: Leiharbeits-RL), ABI L 2008/327. Die Begriffsbildung des Europäischen Arbeitsrechts lehnt sich – zmd in der deutschen Übersetzung – an die Begriffsbildung Deutschlands an, vgl dazu Burger, Entgeltenschutz, Gleichstellungsanspruch und Diskriminierungsschutz überlassener Arbeitskräfte, In Raschauer/Resch (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung, Schriften zum Arbeitsrecht und Sozialrecht (2014) 68 (FN 5). Deutschland verwendet die – bei uns nur noch in der Praxis gebräuchlichen – Begriffe Leiharbeit (Arbeitskräfteüberlassung), Verleiher (Überlasser), Entleiher (Beschäftiger) und Leiharbeitnehmer (überlassene Arbeitskraft).

¹⁶ Diese Ansicht wird zwischenzeitlich auch von gewerkschaftlicher Seite geteilt, vgl dazu die GPA-djp in einer Presseaussendung vom 29.02.2012, wonach es nicht korrekt sei „Teilzeitbeschäftigte und überlassene Arbeitskräfte so einfach in einen Topf mit prekär Beschäftigten zu werfen und Rechtslosigkeit zu verbreiten. Gerade für diese Gruppen gebe es in Österreich vergleichbar gute arbeitsrechtliche Regelungen“.

Schwächeren unterlaufen werden.¹⁷ Das spezifische Problem der Arbeitskräfteüberlassung besteht darin, dass zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Beschäftiger keine unmittelbare arbeitsvertragliche Beziehung besteht. Dies hat zur Folge, dass in diesem Verhältnis der Arbeitnehmerschutz leerzulaufen droht, soweit er an ein Vertragsverhältnis zwischen AN und AG anknüpft.¹⁸

Überlassene Arbeitskräfte sind gegenüber „normalen“ AN in zweipersonalen Arbeitsbeziehungen in mehrfacher Hinsicht schlechter gestellt: Einerseits in den Arbeitsbedingungen während der Überlassung, aber auch bei der Beendigung der Überlassung und des Arbeitsvertrages.¹⁹ Aktuell wird im Rahmen der wissenschaftlichen Diskussion der Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung mit Gehilfen sowie der Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit und den Rechtsfolgen verschiedener vertraglicher Gestaltungen im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung (Stichwort Payrolling) verstärkt Aufmerksamkeit gewidmet.²⁰ Im Fokus stehen auch die Ansprüche der überlassenen Arbeitskraft auf Gleichstellung, Diskriminierungs- und Entgeltsschutz sowie die korrespondierenden Pflichten der beteiligten Dienstleistungsempfänger, welche sich im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL verstärkt haben. Ebenso steht in Anbetracht der Rsp des OGH und den hierdurch ausgelösten Kontroversen in der Literatur nach wie vor zur Diskussion, ob sich an lang dauernde (sog „atypische“) Arbeitskräfteüberlassungen Rechtsfolgen knüpfen können, die über das AÜG hinaus gehen.²¹ Immer wieder stehen zudem Problemfälle im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Überlassungen im Zentrum der Aufmerksamkeit.²²

Probleme und Schutzdefizite ergeben sich aber nicht nur auf individualrechtlicher Ebene. Ein Grundproblem der juristischen Behandlung atypischer Gestaltungsformen von

¹⁷ Kerschner (JBI 1981, 393) verweist hier als Bsp auf den drittfinanzierten Kauf und den Leasing-Vertrag.

¹⁸ Vgl Kerschner, JBI 1981, 393.

¹⁹ Näheres dazu vgl Schörghofer, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsverhältnis von Flexibilisierung und ArbeitnehmerInnenschutz, juridikum 1/2014, 89ff.

²⁰ Vgl dazu statt vieler Rebhahn/Schörghofer, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 372; Schörghofer, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung: Langfristige Überlassung, Payrolling und die Abgrenzung vom Werkvertrag (2015) 173ff.

²¹ Vgl dazu OGH 03.12.2003, 9 ObA 113/03p, DRdA 2004/47 (Balla); abl Marhold, Atypische Arbeitskräfteüberlassung? ASoK 2008, 163ff; das Ergebnis billigend, die Begründung abl Risak, AÜG: Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag, ecolex 2004, 467; eingehend dazu Schörghofer, Grenzfälle 19ff.

²² Vgl dazu ua Slezak, Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung und Sozial- und Weiterbildungsfonds nach der AÜG-Novelle 2012, In Raschauer/Resch, Neuerungen 145ff.

Arbeit liegt darin, dass diese zwar von der Rechtsordnung erfasst und geformt werden, „ohne allerdings zumeist Adressat auf sie unmittelbar zugeschnittener Rechtsnormen zu sein“²³. Auch die im österreichischen System des Ausgleichs sozialer Interessen wichtigen kollektiven Mechanismen sind bei Arbeitskräfteüberlassung strukturell geschwächt, wenn nicht sogar ausgeschaltet.²⁴ Das trifft insbesondere auch auf die kollektive Interessenwahrnehmung im Rahmen der Betriebsverfassung zu. Denn auch das ArbVG geht vom klassischen, zweipersonalen Arbeitsverhältnis aus, bei dem die Arbeitskraft nur zu einem Betrieb in Beziehung steht, weshalb in Bezug auf die Arbeitskräfteüberlassung die „betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungs- und Regulierungsinstrumente, nicht so – wie man es gewohnt war und ist – wirken“²⁵.

Betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Überlassung von Arbeitskräften bestimmen sich alleine nach dem II. Teil des Arbeitsverfassungsgesetzes²⁶ (ArbVG). Das AÜG selbst enthält keine betriebsverfassungsrechtlichen Normen und im Rahmen der Novellierung des ArbVG²⁷ im Zuge der Schaffung des AÜG 1988 wurden lediglich zwei neue Bestimmungen eingeführt. Zum einen der Betriebsvereinbarungstatbestand des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG und zum anderen die in § 99 Abs 5 ArbVG vorgesehenen Mitwirkungsrechte. Beide Bestimmungen stellen in erster Linie Mitwirkungsrechte des Beschäftigter-BR im Interesse der AN des Beschäftigterbetriebs dar.²⁸ Anders als in Deutschland erfuhr die betriebsverfassungsrechtliche Stellung überlassener Arbeitskräfte damit keine explizite Regelung. Das verwundert in Anbetracht des ursprünglichen Gesetzesentwurfs²⁹ zum AÜG aus dem Jahr 1986, der noch eigenständige betriebsverfassungsrechtliche Bestimmungen für überlassene Arbeitskräfte vorsah.

²³ *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) 32; so auch in *Firlei*, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA 1987, 283. Nach seiner Ansicht weist die Rechtsordnung eine „Lückenhaftigkeit“ und „Inadäquanz“ der Normbestände in Bezug auf atypische Arbeit auf, vgl *Firlei* in *Floretta*, Landesberichte 48.

²⁴ Vgl *Schindler* in *ZellKomm*² § 2 AÜG Rz 4; *Firlei* in *Floretta*, Landesberichte 48; ebenso *Firlei*, DRdA 1987, 283.

²⁵ *Geppert*, Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung – Entstehung, Entwicklung und Probleme, DRdA 2011, 512.

²⁶ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (ArbVG), BGBl 1974/22 idF BGBl I Nr 2013/71.

²⁷ BGBl 1988/196.

²⁸ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989) 153.

²⁹ ErläutRV 1046 BlgNR 16. GP (§ 39a).

In den folgenden Jahren entbrannte hinsichtlich vieler Anwendungsfragen ein Meinungsstreit.³⁰ Stimmen wurden laut, die eine gesetzliche Klarstellung der strittigen Punkte forderten.³¹ Aber auch im Rahmen der Novellierung des AÜG³² im Zuge der Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie ließ der Gesetzgeber die Gelegenheit zur Regelung offener betriebsverfassungsrechtlicher Fragestellungen ungenutzt verstreichen.³³ Stattdessen schuf die Umsetzung neue Streitpunkte.

Zum einen erzeugte der aus der Leiharbeits-RL in § 10 Abs 1 AÜG übernommene Passus „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“ Unklarheit im Hinblick auf Inhalt und Reichweite der Bestimmung. Dieselbe Problematik stellt sich auch im Hinblick auf § 10 Abs 3 AÜG, wonach auch für Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs die „*sonstigen im Beschäftigetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ beachtlich sind. Zum anderen wurde im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL § 10 Abs 6 ins AÜG eingeführt, der einen Anspruch der überlassenen Arbeitskraft gegenüber dem Beschäftiger auf Zugang zu betriebseigenen Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen im Beschäftigetrieb unter den gleichen Bedingungen wie für Stammarbeitnehmer vorsieht. Unterschiedliche Behandlungen sind nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Hier schafft nun das AÜG einen direkten Anspruch der überlassenen Arbeitskraft gegenüber dem Beschäftiger. Auch in Bezug auf § 10 Abs 6 AÜG gehen die Meinungen im Hinblick auf die Reichweite des Anspruchs und die Möglichkeit, überlassene Arbeitskräfte aus sachlichen Gründen eine Gleichbehandlung zu verweigern, auseinander.

Wie gezeigt werden konnte, beschäftigen ausgewählte betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung die Rechtsprechung³⁴ und Lehre schon lange.

³⁰ Einen ausgezeichneten Überblick über die zentralen Problemstellungen gibt *Mitschka*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsverfassung, *ecolex* 2012, 458.

³¹ ZB *Körper-Risak*, 8. BV: Arbeitskräfteüberlassung, § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG: Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von Arbeitnehmern, die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung tätig sind, In *Reissner/Neumayr* (Hrsg), *Zeller Handbuch Betriebsvereinbarungen* (2014) Rz 8.17 hinsichtlich § 36 ArbVG; jüngst *Leitsmüller/Schindler/Schneller*, *Veränderte Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen: Herausforderungen für die betriebliche Mitbestimmung*, DRdA 2014, 497f.

³² BGBl I 2012/98.

³³ Vgl zB *Schrattbauer/Goricnik*, Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, DRdA 2013, 287.

³⁴ Rechtsprechung ist in diesem Bereich spärlich gesät. Das wird darauf zurückgeführt, dass überlassene Arbeitskräfte aufgrund der zersplitterten Arbeitgeberposition allgemein zögerlicher sind, ihre Ansprüche geltend zu machen, vgl dazu *Rieble*, *Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit*, In *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg), *Freie Industriedienstleistungen als Alternative zur regulierten Zeitarbeit* (2012) 21.

Dennoch fehlt bisher eine umfassende Monographie zu diesem Themenkomplex, eine Lücke, die durch die vorliegende Arbeit geschlossen werden soll.

Im nächsten Abschnitt werden der Gang der Untersuchung und die zu behandelnden Fragestellungen dargestellt.

2. Kapitel: Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in fünf Teile. Der **erste Teil** der vorliegenden Untersuchung zeigt den Hintergrund und die Anlage der Untersuchung auf.

Der **zweite Teil** der Arbeit soll einen Überblick über die Grundlagen der Arbeitskräfteüberlassung und die Entwicklung der gesetzlichen Rahmenbedingungen geben. Eingangs werden die zentralen Begriffe der Arbeitskräfteüberlassung geklärt, die Rechtsverhältnisse der beteiligten Parteien im Detail dargestellt und schlussendlich das Rechtsinstitut der Arbeitskräfteüberlassung von artverwandten Konstrukten abgegrenzt. Wer ein fundiertes Bild der Arbeitskräfteüberlassung gewinnen will, kommt zudem nicht umhin sich empirisch zu informieren. Aus diesem Grund werden im nächsten Abschnitt relevante statistische Daten zur Entwicklung der Arbeitskräfteüberlassung in Österreich zur Diskussion gestellt. Im Anschluss daran wird die Entwicklung der gesetzlichen Rahmenbedingungen der Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und Europa nachgezeichnet. Abschließend werden die Zwecke und Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung beleuchtet.

Der **dritte Teil** der vorliegenden Untersuchung widmet sich ausgewählten Fragen der Betriebszugehörigkeit überlassener Arbeitskräfte. Die Betriebsverfassung sieht die Möglichkeit der Interessenvertretung der Arbeitnehmer im Betrieb vor. Hierzu verfügt der Betriebsrat über Befugnisse und Mitwirkungsmöglichkeiten, um einen Interessenausgleich zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes herbeizuführen (§§ 38, 39 Abs 1 ArbVG). Voraussetzung um unter den Schutz der Betriebsverfassung zu fallen, ist in persönlicher Hinsicht die Erfüllung der Kriterien des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs. In einem ersten Schritt ist daher die zentrale Frage zu beantworten, ob und unter welchen Voraussetzungen überlassene Arbeitskräfte der Belegschaft des Überlasser- und Beschäftigerbetriebes angehören. An die Arbeitnehmereigenschaft sind wiederum Teilnahme- und Stimmrechtsansprüche bei Betriebsversammlungen im Überlasser- wie auch Beschäftigerbetrieb geknüpft, auf welche gesondert einzugehen ist. In der Folge ist dann zu klären, ob und in welchem Umfang überlassene Arbeitnehmer bei

der Berechnung von Schwellenwerten der Betriebsverfassung im Beschäftigertbetrieb zu berücksichtigen sind. Es stellt sich abschließend auch die Frage, ob überlassenen Arbeitnehmern das aktive wie auch passive Wahlrecht zum Betriebsrat in beiden Betrieben zukommt.

Im **vierten Teil** werden Probleme der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung überlassener Arbeitnehmer beleuchtet. Um den Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu sprengen, können aber nur einige ausgewählte Problemstellungen herausgegriffen und einer eingehenden Untersuchung unterzogen werden. Eingangs wird die Frage beantwortet, wie sich die rechtliche Position eines überlassenen Arbeitnehmers gestaltet, der im Beschäftigertbetrieb zum Betriebsratsmitglied gewählt wurde. Danach wird der Frage nach der Betriebsratsumlagepflicht überlassener Arbeitnehmer in beiden Betrieben nachgegangen. Abschließend wird die Anwendbarkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes (§ 101 ArbVG) für überlassene Arbeitnehmer untersucht.

Im **fünften Teil** der Arbeit werden ausgewählte betriebsverfassungsrechtliche Probleme untersucht, die als gemeinsame Klammer eine europarechtliche Komponente aufweisen. Die zu untersuchenden Normen fanden erst im Zuge der Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie Eingang ins nationale Recht und wirken sich auf die betriebsverfassungsrechtliche Stellung überlassener Arbeitnehmer aus. Hier soll zum einen der Inhalt und Reichweite des in § 10 Abs 1 S 4 AÜG eingefügten Passus „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“ bestimmt werden. Die Beantwortung dieser Frage ist auch im Hinblick auf § 10 Abs 3 AÜG relevant. Danach sind auch für Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs die „*sonstigen im Beschäftigertbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ beachtlich. Zudem ist im Zusammenhang mit § 10 Abs 1 AÜG zweifelhaft, ob Österreich die Voraussetzungen der gewählten Öffnungsklausel (Art 5 Abs 3) erfüllt. In einem weiteren Schritt soll der Umfang des Anspruches überlassener Arbeitskräfte auf Zugang zu betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen im Beschäftigertbetrieb gem § 10 Abs 6 AÜG untersucht werden. Beide Bereiche haben weitreichende Bedeutung für die Stellung überlassener Arbeitnehmer im Beschäftigertbetrieb.

Im Anschluss werden die Ergebnisse der Untersuchung in Thesenform präsentiert.

Grundlagen

1. Kapitel: Einleitung

Im vorliegenden Grundlagenteil der Arbeit wird die Basis für die weitere Untersuchung erarbeitet. Einleitend wird auf die Rechtsverhältnisse der an der Arbeitskräfteüberlassung beteiligten Akteure eingegangen. Es folgt eine kurze Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung von anderen verwandten Rechtsinstituten. Im Anschluss daran wird die Bedeutung der Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis anhand von empirischem Zahlenmaterial dargestellt. Die Entwicklung des rechtlichen Rahmens der Arbeitskräfteüberlassung wird im fünften Kapitel dieses Teils der Arbeit nachgezeichnet. Betrachtet wird hierbei nicht nur der langjährige und konfliktreiche Gesetzwerdungsprozess in Österreich, sondern es wird auch auf die Entwicklung auf europäischer Ebene eingegangen. Komplettiert wird der Grundlagenteil durch eine Untersuchung der vom AÜG verfolgten Zwecke sowie der Funktionen von Arbeitskräfteüberlassung aus Sicht der Beschäftigten und der Überlassenen. Anzumerken ist, dass aufgrund des Umfangs und der Variantenvielfalt der damit verbundenen Rechtsfragen auf die Besonderheiten der Überlassung im Konzern gemäß § 1 Abs 3 Z 4 AÜG im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden kann.

2. Kapitel: Die Rechtsverhältnisse zwischen den an der Arbeitskräfteüberlassung beteiligten Personen

1. Allgemeines

Gemäß § 1 Abs 1 AÜG gilt dieses Bundesgesetz für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden. § 3 Abs 1 AÜG wiederholt dies mit den Worten „Überlassung von Arbeitskräften ist die **Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte**“. Für alle Formen der vom AÜG erfassten Überlassungen gilt der erste Abschnitt des AÜG.³⁵ § 1 AÜG nimmt in seinen Absätzen 2

³⁵ Näheres zum Anwendungsbereich vgl. *Mazal*, Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG, ZAS 2005/42, 244ff.

bis 5 in der Folge bestimmte Formen der Arbeitskräfteüberlassung ganz oder teilweise aus dem Anwendungsbereich der Abschnitte II bis V aus.

Eine wichtige Einschränkung erhält der Anwendungsbereich durch § 3 Abs 2 AÜG, welcher bestimmt, dass Arbeitskräfteüberlassung dann vorliegt, wenn ein Überlasser, „Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte **vertraglich verpflichtet**“. Das Kriterium der vertraglichen Verpflichtung grenzt die Arbeitskräfteüberlassung von der Arbeitsvermittlung (§ 2 AMFG³⁶) ab. Welcher Art die vertragliche Verpflichtung sein muss, lässt das AÜG offen. § 3 Abs 4 AÜG konkretisiert insoweit, als dass nicht nur AN überlassene Arbeitskräfte iSd Gesetzes sein können, sondern auch arbeitnehmerähnliche Personen. Daraus ergibt sich, dass es sich bei dieser vertraglichen Verpflichtung nicht notwendigerweise um einen AV handeln muss. Eine weitere Abgrenzung ergibt sich aus § 3 Abs 3 AÜG welcher besagt, dass nur der Einsatz von überlassenen Arbeitskräften für „**betriebseigene Aufgaben**“ des Beschäftigers Arbeitskräfteüberlassung ist. Darin, dass der Dritte die überlassenen Arbeitskräfte zur Erreichung seines eigenen Betriebszwecks einsetzt, unterscheidet sich die Arbeitskräfteüberlassung von der Werkvertragserfüllung mit Gehilfen.³⁷

Zusammengefasst müssen damit zwei Voraussetzungen gegeben sein, um von Arbeitskräfteüberlassung sprechen zu können: Zum einen muss eine überlassene Arbeitskraft für betriebseigene Aufgaben eines Beschäftigers in dessen Betrieb faktisch eingesetzt werden und zum anderen muss zwischen dem Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft eine, wie auch immer geartete, vertragliche Vereinbarung bestehen, welche die überlassene Arbeitskraft dazu verpflichtet, ihre – dem Überlasser geschuldete – Arbeitsleistung nicht unmittelbar diesem, sondern gegenüber dem Beschäftiger zu erbringen.³⁸ In der Folge werden die verschiedenen Rechtsbeziehungen der beteiligten Akteure näher dargestellt.

³⁶ Bundesgesetz vom 12. Dezember 1968 betreffend die Arbeitsmarktförderung (AMFG), BGBl 1969/31 idF BGBl I Nr 2013/71. Darauf ist im dritten Kapitel dieses Teils der Arbeit noch näher einzugehen.

³⁷ Vgl *Obereder* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap XV Rz 5. Darauf ist im dritten Kapitel dieses Teils der Arbeit noch näher einzugehen.

³⁸ Vgl dazu *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 14.

2. Das Rechtsverhältnis zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Überlasser

Im Rahmen eines „normalen“ Arbeitsvertrages stellt es grundsätzlich keine Besonderheit dar, wenn Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer nicht nur im eigenen Betrieb einsetzen, sondern räumlich auch auf dem Betriebsgelände eines anderen Unternehmens, solange der AN in die Arbeitsorganisation seines AG eingliedert bleibt, dh der AG zu persönlichen und sachlichen Weisungen berechtigt ist.³⁹ Dieser Rahmen wird erst verlassen, wenn der Vertragsarbeitgeber den AN – für kürzere oder längere Zeit – in die Arbeitsorganisation eines anderen Unternehmens eingliedert, also wenn ein anderer – der Beschäftiger – zu sachlichen und idR auch persönlichen Weisungen berechtigt sein soll. In einem solchen Fall liegt Arbeitskräfteüberlassung vor.

Charakteristisch für das Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und der Arbeitskraft ist, dass zwischen ihnen eine *vertragliche Beziehung* besteht. Wie bereits ausgeführt, lässt das Gesetz offen, welcher Vertrag genau die Leistungsverpflichtung begründet. Nach § 3 Abs 4 AÜG bezieht das AÜG seinen persönlichen Geltungsbereich auf alle „Arbeitskräfte“ und versteht darunter Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen.⁴⁰ Daraus lässt sich ableiten, dass der Vertrag zwischen der Arbeitskraft und dem Überlasser ein Arbeitsvertrag ist, wenn die Arbeitskraft Arbeitnehmer des Überlassers ist. Ist die Arbeitskraft arbeitnehmerähnlich so kommen als vertragliche Basis ein freier Dienstvertrag oder ein Werkvertrag mit persönlicher Arbeitspflicht, ein Auftrag, ein Agenturvertrag oder ein anderes Vertragsverhältnis in Betracht.⁴¹ Wichtig ist nur, dass der geschlossene Vertrag die Verpflichtung beinhaltet, im Auftrag des Vertragspartners persönlich Dienstleistungen zu erbringen.⁴²

Die Arbeitsverpflichtung der Arbeitskraft im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung besteht in der Bereitschaft zur Erbringung von Arbeitsleistungen im Betrieb des Beschäftigers. Die Überlassung darf die Arbeitskraft grds nicht schlechter stellen als sie beim Überlasser stünde.⁴³ Sie muss ihre Arbeitsleistung dem Beschäftiger nur innerhalb

³⁹ *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 211; OGH 08.02.1973, 2 Ob 117/72, SZ 46/15.

⁴⁰ Die Gleichstellung von AN und Arbeitnehmerähnlichen soll der Umgehung zwingender Bestimmungen des AÜG vorbeugen, vgl ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17.

⁴¹ *Tomandl*, *Arbeitskräfteüberlassung*² 23; *Ders*, *Zwei Probleme der Arbeitskräfteüberlassung*, In *Harrer/Honsell/Mader* (Hrsg), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag* (2011) 476f.

⁴² Vgl *Tomandl*, *Arbeitskräfteüberlassung*² 23.

⁴³ *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 212; so schon OGH 18.05.1954, 4 Ob 3/54, Arb 5988.

der im Vertrag übernommenen Verpflichtung (Art und Umfang der Leistung) zur Verfügung stellen.⁴⁴ Damit der Beschäftiger die überlassene Arbeitskraft in seinem Betrieb einsetzen kann, müssen ihm vom Überlasser **Weisungsrechte delegiert** werden.⁴⁵ Die Weisungsdelegation bedarf – im Gegensatz zum allgemeinen Zivilrecht – der ausdrücklichen Zustimmung der Arbeitskraft (§ 2 Abs 2 AÜG). Gegenüber der überlassenen Arbeitskraft benötigt der Beschäftiger eine Vollmacht (Außenverhältnis), da er in der Lage sein muss, Willenserklärungen mit unmittelbarer Wirkung für den Überlasser als AG abzugeben, der auch dafür einzustehen hat.⁴⁶ Im Innenverhältnis muss die überlassene Arbeitskraft erkennen können wie weit die Vollmacht des Beschäftigers reicht.⁴⁷ Hat der Überlasser die überlassene Arbeitskraft nicht über den Umfang des Weisungsrechts informiert, wird sie davon ausgehen müssen, dass der Beschäftiger zu allen Weisungen berechtigt ist, die sich aus „*der Natur der Arbeitskräfteüberlassung ergeben, somit zu allen Weisungen, die (...) [ihrem] Einsatz (...) im Beschäftigerbetrieb dienen*“⁴⁸. Unüblich, aber zulässig wäre es das Recht zur Vornahme von Rechtsgestaltungen (zB zu Vertragsänderungen oder zur Kündigung) an den Beschäftiger zu übertragen.⁴⁹ Ohne diesbezügliche Information muss die Arbeitskraft daher nicht davon ausgehen, dass der Beschäftiger bevollmächtigt wurde in den Arbeitsvertrag einzugreifen.⁵⁰

Aus der an den Beschäftiger erteilten Vollmacht ergibt sich auch, an wen die überlassene Arbeitskraft Erklärungen zu richten hat.⁵¹ Die überlassene Arbeitskraft hat zB Krankenstandsmeldungen an den Beschäftiger zu richten, da dies das Verhältnis

⁴⁴ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 70; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung: Vertragsmuster und Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1988) 68; *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 212; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 23. Zusätzliche Dienstleistungspflichten können entstehen, wenn der Beschäftiger ein eigenständiges Rechtsverhältnis mit der Arbeitskraft begründet.

⁴⁵ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 70; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 61f; aA in Hinblick auf die Delegationskonstruktion *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 127f; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 ABGB Rz 132.

⁴⁶ Vgl ua *Schindler* in *ZellKomm*² § 3 AÜG Rz 12; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 24.

⁴⁷ Vgl *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 24.

⁴⁸ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 24.

⁴⁹ Vgl *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 25.

⁵⁰ Vgl OGH 12.12.2004, 8 ObA 46/04d; OGH 17.02.2014, 4 Ob 16/14b.

⁵¹ Vgl *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 24.

Beschäftiger und überlassene Arbeitskraft betrifft⁵², eine Selbstkündigung hingegen an den Überlasser.⁵³

Dem Überlasser verbleiben trotz Weisungsdelegation im Verhältnis zur überlassenen Arbeitskraft noch wichtige Gestaltungsrechte, insb kann er die Arbeitskräfte jederzeit aus dem Betrieb des Beschäftigers abziehen oder auch weiterversetzen.⁵⁴ Auch während der Überlassung treffen ihn die üblichen Arbeitgeberpflichten, wie zB Entgelt- und Fürsorgepflicht und er ist zudem dem AN gegenüber rechtlich verantwortlich, dass der Beschäftiger seinen arbeitsplatzbezogenen Arbeitgeberpflichten nachkommt.⁵⁵

3. Das Rechtsverhältnis zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Beschäftiger

Obwohl die überlassene Arbeitskraft faktisch im Betrieb des Beschäftigers tätig wird, besteht zwischen dieser und dem Beschäftiger – mangels besonderer Abrede – keine unmittelbare vertragliche Beziehung.⁵⁶ Die überlassene Arbeitskraft kann nach stRsp⁵⁷ nur ausnahmsweise einzelne Ansprüche unmittelbar gegenüber dem Beschäftiger geltend machen. Voraussetzung hierfür ist eine zusätzliche Vereinbarung (zB eine Entlohnung für Zusatzdienste). Manche vergleichen die rechtliche Stellung des Beschäftigers gegenüber der überlassenen Arbeitskraft mit dem Verhältnis eines Arbeitnehmers und seinem

⁵² So *Adamovic*, Glosse zu OGH 24.09.2004, 8 ObA 96/04g, ZAS 2005/22, 135; idS auch *Schindler* in *ZellKomm*² § 3 AÜG Rz 12.

⁵³ Vgl *Tomandl*, *Arbeitskräfteüberlassung*² 25. Zum Austrittsrecht eingehend *Felten*, *Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt*, wbl 2007, 166.

⁵⁴ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 70.

⁵⁵ Vgl *Kietaibl*, *Arbeitsrecht I: Gestalter und Gestaltungsmittel*, 9. Auflage (2015) 43.

⁵⁶ Vgl OGH 10.10.1990, 9 ObA 602/90 ZAS 1991, 204 (*Andexlinger*); OGH 19.12.2007, 9 ObA 125/07h, SZ 2007/211 = *ecolex* 2008/169/458 = *ASoK* 2008, 402; OGH 07.02.2008, 9 ObA 2/08x, Arb 12.738; zuletzt OGH 17.02.2014, 4 Ob 16/14b; *Marhold/Friedrich*, *Arbeitsrecht*² 73; *Schindler* in *ZellKomm*² § 3 AÜG Rz 2. Insb der Dienstverschaffungsvertrag vermittelt keine vertragliche Beziehung zwischen dem Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskraft, schließt eine solche aber auch nicht aus, vgl dazu schon OGH 08.03.1960, 4 Ob 4/60, Arb 7210; OGH 23.06.1977, 6 Ob 607/77, Arb 9677; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 69, 80. Im europäischen Kontext wird das Verhältnis zwischen überlassener Arbeitskraft und Beschäftiger auch als „*Autoritäts-Abhängigkeitsverhältnis*“ bezeichnet, vgl Änderungsantrag 23 des Berichtes des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten, Berichterstatterin *Ieke van der Burg*, vom 23. Oktober 2002 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM(2002) 149 endg, Dok A5-0356/2002, 19.

⁵⁷ Vgl OGH 19.12.2007, 9 ObA 125/07h. Auch Doppelarbeitsverhältnisse sind grds möglich, vgl OGH 07.02.2008, 9 ObA 2/08x, Arb 12.738 = *ARD* 5887/2/2008. Ein AG-Wechsel setzt hingegen – sofern keine Sonderregelungen bestehen – nach allg rechtsgeschäftlichen Grundsätzen Dreiparteieinigung voraus. So schon *Kerschner*, *JBl* 1981, 394 und 401.

unmittelbaren betrieblichen Vorgesetzten (der nicht zugleich sein AG ist), denn auch dessen Position bestimmt sich ausschließlich nach den ihm übertragenen Befugnissen.⁵⁸

Wie eingangs dargestellt, wird die Arbeitskraft im Betrieb des Beschäftigers für dessen betriebseigene Aufgaben eingesetzt. Sie wird dabei organisatorisch in den Beschäftigerbetrieb eingegliedert und ist der Dienst- und Fachaufsicht des Beschäftigers unterstellt.⁵⁹ Voraussetzung hierfür ist, dass die Rechtsgrundlage des Beschäftigungsverhältnisses dem Beschäftiger zumindest eine diesen Anforderungen entsprechende Rechtsmacht vermittelt.⁶⁰ Darüber hinaus können dem Beschäftiger auf vertraglicher Basis noch weitere Rechte eingeräumt werden.

Für die Dauer der Überlassung treffen den Beschäftiger **ex lege** auch eine Reihe von **Arbeitgeberpflichten**.⁶¹ Ihm obliegt die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (§ 6 Abs 3 AÜG). Er gilt auch für die Dauer der Überlassung als AG iSd Arbeitnehmerschutzvorschriften, wobei sich seine Verantwortung nicht nur auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften erstreckt, sondern auch auf jene Fürsorgepflichten, die sich im Allgemeinen aus dem Arbeitsrecht ergeben.⁶² Der Beschäftiger hat insb den allgemeinen **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** zu beachten.⁶³ Als Rechtfertigungsgrund für eine Schlechterbehandlung reicht idR die Tatsache der Überlassung allein nicht aus.⁶⁴ Die Arbeitskraft ist dem Beschäftiger ihrerseits zur Einhaltung von Verhaltenspflichten, die – ähnlich der allgemeinen

⁵⁸ Vgl Müller, ZAS 1968, 80; Ders (in FS Schnorr 183) ohne weitere Ausführungen und noch zur Rechtslage vor der Gesetzwerdung des AÜG; Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung² 25.

⁵⁹ Vgl § 4 Abs 2 Z 3 AÜG; stRsp des OGH RIS-Justiz RS0050620 und RS0021289; OGH 08.02.1973, 2 Ob 117/72, SZ 46/15; OGH 10.10.1990, 9 ObA 602/90, DRdA 1991/21, 224 (Mazal); OGH 24.09.2008, 2 Ob 261/07g; OGH 17.02.2014, 4 Ob 16/14b; Mazal, Eine Arbeitnehmerin ist Aushilfskraft in mehreren Konzernunternehmen, DRdA 1989, 217.

⁶⁰ Vgl Mazal, Arbeitskräfteüberlassung 67. Er leitet diese Mindestvoraussetzungen aus den Begriffsbestimmungen der § 3 Abs 3 iVm § 4 Abs 2 AÜG ab.

⁶¹ ZB § 6 Abs 1 AÜG; § 9 Abs 2 ASchG, wonach den Beschäftiger für die Dauer der Überlassung als AG iS dieses Bundesgesetzes (ASchG, BGBl 1994/450 iDF BGBl I 2013/71) gilt. In dieser Zeit treffen daher die im ASchG geregelten Pflichten nicht den Überlasser, vgl ErläutRV 1590 BlgNR 18. GP 76.

⁶² Vgl § 6 AÜG; Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG 70.

⁶³ Vgl Mazal, Arbeitskräfteüberlassung 71.

⁶⁴ Vgl Mazal (Arbeitskräfteüberlassung 71), der einen sachlichen Zusammenhang mit der Überlassung fordert; idS auch Schindler (in ZellKomm² § 6 AÜG Rz 19), der daraus noch vor der Umsetzung der Leiharbeits-RL 2008/104/EG die Pflicht des Beschäftigers ableitete, Überlassenen Zugang zu jenen betrieblichen Sozialleistungen zu gewähren, die den Stammbeschäftigten ohne Rücksicht auf die Dauer der Beschäftigung offen stehen.

Treuepflicht eines AN – ihren Grund in der Einordnung in den Tätigkeitsbereich des Beschäftigers haben, verpflichtet.⁶⁵

Der Überlasser hat den Beschäftiger auf alle, für die Einhaltung des persönlichen Arbeitsschutzes, insb des Arbeitszeitschutzes und des besonderen Personenschutzes, maßgeblichen Umstände hinzuweisen (§ 6 Abs 2 AÜG).⁶⁶ Beim technischen Arbeitnehmerschutz ist der Beschäftiger zwar nicht allein-, jedoch **hauptverantwortlich**.⁶⁷ Den Überlasser trifft in diesem Zusammenhang lediglich die Pflicht die Überlassung unverzüglich zu beenden, wenn er weiß oder wissen muss, dass der Beschäftiger trotz Aufforderung die Arbeitnehmerschutz- oder Fürsorgepflicht nicht erfüllt (§ 6 Abs 4 AÜG).⁶⁸

4. Das Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftiger

Bei dem Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftiger handelt es sich um eine Beziehung zwischen zwei Gewerbetreibenden. Aufgrund der – mit dem Unternehmertum einhergehenden – unternehmerischen Freiheit besteht kein Schutzbedarf in dieser Rechtsbeziehung, weshalb das AÜG keine besonderen Vorschriften über die Ausgestaltung dieses Rechtsverhältnisses enthält. Für die Anwendung des AÜG ist damit unerheblich welcher Art das rechtliche Band ist.⁶⁹

In der Praxis schließen Überlasser und Beschäftiger idR einen Dienstverschaffungsvertrag.⁷⁰ Es handelt sich dabei um einen von der Rsp⁷¹ entwickelten

⁶⁵ Vgl *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 212.

⁶⁶ Eingehend dazu *Stadler*, Informationspflichten und Arbeitnehmerschutz in Bezug auf überlassene Arbeitskräfte, In *Raschauer/Resch*, Neuerungen 117ff.

⁶⁷ Vgl *Rauch*, Verpflichtungen des Überlassers gegenüber dem Beschäftiger (Gewährleistung, Arbeitnehmerschutz, Schäden an Betriebsmitteln), ASoK 2005, 104. Das ergibt sich daraus, dass der technische Arbeitnehmerschutz im Wesentlichen von der konkreten faktischen Beschäftigung abhängt. Nur dem Beschäftiger ist es möglich die Einhaltung der Vorgaben aufgrund des konkreten tatsächlichen Einsatzes zu beurteilen.

⁶⁸ Vgl auch OGH 24.04.2003, 8 ObA 217/02y.

⁶⁹ Vgl *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 59.

⁷⁰ Von der Rsp auch als „Arbeitskräfteüberlassungsvertrag“, „Arbeitnehmerüberlassungsvertrag“, „Überlassungsvertrag“ oder „Dienstnehmerüberlassungsvertrag“ bezeichnet, vgl OGH 12.04.1984, 8 Ob 576/83, Arb 10.351; OGH 14.05.1985, 5 Ob 531/85; OGH 16.05.1991, 6 Ob 1569/91; OGH 15.02.2000, 10 Ob 350/99i; OGH 12.06.2001, 5 Ob 141/01y; OGH 22.10.2001, 1 Ob 203/01m, ARD 5325/10/2002; OGH 13.02.2003, 8 ObA 203/02i, ARD 5408/8/2003; OGH 03.12.2003, 7 Ob 256/03b, *ecolex* 2005, 638; OGH 24.09.2008, 2 Ob 261/07g, DRdA 2010/15, 228 (*Geppert*). Mehr zum Dienstverschaffungsvertrag vgl auch *Krejci* in *Rummel*³ § 1151 Rz 131; *Schindler* in *ZellKomm*² § 3 AÜG Rz 2; OGH 12.04.1984, 8 Ob 576/83, Arb 10.351. Zu den in Frage kommenden Konstruktionsalternativen, wie zB der Vertragsbeitritt des Beschäftigers, die Abtretung von Ansprüchen samt Schuldübernahme, die

Vertragstyp, der nach den allgemeinen Bestimmungen des ABGB zu beurteilen ist.⁷² Im Rahmen des Dienstverschaffungsvertrages verspricht der Überlasser dem Beschäftiger die Leistung eines Dritten (§ 880a ABGB).⁷³

Gegenstand des Vertrages ist damit die Zurverfügungstellung zumindest durchschnittlich qualifizierter, arbeitsbereiter Arbeitskräfte.⁷⁴ Ziel ist es, dem Beschäftiger den Einsatz der Überlassenen seinem Betriebszweck entsprechend zu ermöglichen. Aus diesem Grund wird im Dienstverschaffungsvertrag auch meist der Umfang des übertragenen Weisungsrechts bestimmt. Der Beschäftiger hat gegenüber der überlassenen Arbeitskraft keinen selbstständigen Anspruch auf die Erbringung der Arbeitsleistung im Betrieb. Der Erfüllungsanspruch besteht nur gegenüber dem Überlasser.⁷⁵ Der Überlasser erfüllt seine Leistungspflicht mit Arbeitsantritt der überlassenen Arbeitskraft im Beschäftigerbetrieb.⁷⁶ Er haftet nach stRsp⁷⁷ für deren durchschnittliche – oder speziell ausbedungene⁷⁸ – berufliche und fachliche Qualifikation und Arbeitsbereitschaft, nicht aber für fehlerhafte Arbeitsleistungen. Im Falle einer unterdurchschnittlichen Qualifikation kann der Beschäftiger primär Austausch (§ 932 Abs 1 ABGB⁷⁹) verlangen.⁸⁰ Kann der

Vertragsübernahme oder das Doppelarbeitsverhältnis, eingehend dazu *Krejci in Krejci*, Bau-Arge 124ff; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 61ff.

⁷¹ Vgl OGH 18.03.1958, 4 Ob 153/57, SZ 31/45; OGH 28.07.1982, 7 Ob 723/81, SZ 55/115; OGH 16.05.1991, 6 Ob 1569/91: „*Ein solcher* (Anm: Arbeitskräfteüberlassungsvertrag) *im Wirtschaftsleben schon seit Jahrzehnten bekannter Vertrag wird zwar vom Gesetzgeber – nicht zuletzt durch das inzwischen 1988 erlassene AÜG – als Vertragstyp vorausgesetzt, fand aber bisher noch keine zivilrechtliche Ausnormung*“; OGH 22.04.1999, 6 Ob 46/99d; OGH 12.06.2001, 5 Ob 141/01y; sowie zuletzt OGH 30.08.2011, 8 ObA 54/11s, ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*).

⁷² Vgl dazu *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 23; so schon OGH 20.02.1952, 1 Ob 125/52, SZ 25/44.

⁷³ Vgl. OGH 18.03.1958, 4 Ob 153/57, SZ 31/45.

⁷⁴ Vgl OGH 08.09.1983, 7 Ob 643/83, SZ 56/129; OGH 12.04.1984, 8 Ob 576/83, Arb 10.351; OGH 14.05.1985, 5 Ob 531/85; OGH 16.05.1991, 6 Ob 1569/91; OGH 22.10.2001, 1 Ob 203/01m, ARD 5325/10/2002; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht² 72f; *Rauch*, ASoK 2005, 103.

⁷⁵ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 69; ebenso *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union (2001) 28. Da sich der Inhalt der Leistungspflicht der überlassenen Arbeitskraft nur aus dem Vertrag mit dem Überlasser ergibt, müssen sich die beim Beschäftiger zugewiesenen Tätigkeiten innerhalb dieses Rahmens bewegen.

⁷⁶ Vgl OGH 24.09.2008, 2 Ob 261/07g, DRdA 2010/15, 228 (*Geppert*); *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 69.

⁷⁷ Erstmals OGH 28.07.1982, 7 Ob 723/81, SZ 55/115; OGH 26.03.1997, 9 ObA 88/97z, DRdA 1998/16, 183 (*Hoyer*); OGH 22.04.1999, 6 Ob 46/99d (*nur zum Entgeltanspruch*); OGH 15.02.2000, 10 Ob 350/99i (*nur zum Entgeltanspruch*); OGH 12.06.2001, 5 Ob 141/01y; OGH 22.10.2001, 1 Ob 203/01m, ARD 5325/10/2002 (*nur zum Haftungsmaßstab*); OGH 03.12.2003, 7 Ob 256/03b, ARD 5491/6/2004; OGH 06.04.2005, 9 ObA 80/04m, ZAS 2005, 269 (*Schmaranzer*); OGH 13.10.2010, 3 Ob 145/10k, ARD 6139/8/2011; zuletzt OGH 30.08.2011, 8 ObA 54/11s, ZAS 2013/30, 189 (*Körber-Risak*).

⁷⁸ So OGH 16.05.1991, 6 Ob 1569/91.

⁷⁹ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (ABGB), JGS Nr 1811/946 idF BGBl I Nr 2015/87.

⁸⁰ Näheres vgl *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung und Gewährleistung, *ecolex* 2004, 385.

Vertragszweck (dennoch) nicht erfüllt werden, so hat der Beschäftigte das Recht vom Vertrag (§§ 917ff ABGB) zurückzutreten.⁸¹

3. Kapitel: Abgrenzungsfragen

1. Einleitung

Bei der Beschäftigung mit dem Rechtsinstitut der Arbeitskräfteüberlassung stößt man unweigerlich auf Abgrenzungsfragen zu Konstrukten, die sich ebenfalls durch Dritt- bzw Dreiecksbeziehungen auszeichnen. Von praktischer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang insb die Abgrenzung zur Werkvertragserfüllung durch Gehilfen, zum mittelbaren Arbeitsverhältnis und der Arbeitsvermittlung. Eine eingehende Untersuchung aller sich ergebenden Abgrenzungsfragen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und muss daher einer eigenen Untersuchung vorbehalten werden. Folgend können daher nur einige grundlegende Aspekte zur besseren Orientierung erörtert werden.

2. Werkvertragserfüllung durch Gehilfen

Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung durch Gehilfen (§ 1313a ABGB) ähneln einander wirtschaftlich. In beiden Fällen erbringen Arbeitskräfte Dienstleistungen für eine Person, mit der sie keinen Vertrag geschlossen haben. Schwierige Abgrenzungsfragen ergeben sich in diesem Zusammenhang, wenn und weil Gehilfen im Zuge der Werkerstellung im Betrieb des Werkbestellers eingesetzt werden. Der Gesetzgeber hat sowohl Schwierigkeit als auch Bedeutung der Unterscheidung vorhergesehen und mit § 4 AÜG eine Bestimmung geschaffen, die den Anwendungsbereich des AÜG klar abgrenzen soll. Für die Beurteilung, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist danach nicht das äußere Erscheinungsbild, sondern der wahre wirtschaftliche Gehalt des Sachverhalts maßgebend (§ 4 Abs 1 AÜG). Schon bei Vorliegen eines der in § 4 Abs 2 AÜG genannten vier Merkmale liegt nach der gesetzlichen Vermutung Arbeitskräfteüberlassung vor. Obwohl mit § 4 AÜG der Versuch

⁸¹ Wenn der AN nicht iSd Vertrages eingesetzt werden kann, so schon in OGH 20.02.1952, 1 Ob 125/52, SZ 25/44; OGH 24.02.1988, 1 Ob 509/88, SZ 16/44; OGH 26.03.1997, 9 ObA 88/97z, DRdA 1998/16, 183 (Hoyer).

einer klaren Grenzziehung unternommen wurde, stellt diese Norm Rechtsprechung und Schrifttum im Detail immer wieder vor schwierige Abgrenzungsfragen.⁸²

3. Mittelbares Arbeitsverhältnis

Unter einem mittelbaren Arbeitsverhältnis versteht man ein zweistufiges Arbeitsverhältnis, an dem mindestens drei Personen beteiligt sind.⁸³ Es ist gegeben, wenn ein AN von einem Mittelsmann, der seinerseits selbst AN eines Dritten ist, beschäftigt wird. Dieser AN leistet vereinbarungsgemäß Arbeiten, deren Erfolg dem Dritten zugutekommt.⁸⁴ Der Mittelsmann ist gleichzeitig AN des Dritten und AG des anderen AN. Zwischen dem AN und dem Dritten bestehen keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen. Das mittelbare Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von der Überlassung von AN dadurch, dass der Mittelsmann (Überlasser) im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung nicht Arbeitnehmer des Dritten (Beschäftigers) ist.⁸⁵

4. Arbeitsvermittlung

Die wirtschaftliche Funktion der Arbeitsvermittlung entspricht jener der Arbeitskräfteüberlassung.⁸⁶ Unter Arbeitsvermittlung versteht der Gesetzgeber jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen.⁸⁷ Der Arbeitsvermittler stellt somit den Kontakt her, ohne dass damit die Verpflichtung des Arbeitssuchenden verbunden wäre bei dem potentiellen AG zu arbeiten. Das unterscheidet die Arbeitsvermittlung von der Arbeitskräfteüberlassung, bei der – wie bereits ausgeführt – zwischen dem Überlasser und

⁸² Eingehend *Andexlinger*, Arbeitskräfteüberlassung im Wege eines Werkvertrages, *ecolex* 1997, 111; *Ders.*, Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung? *RdW* 1988, 391; kürzlich *Hütter*, Vom Vernebeln, einer Falle und der versuchten Quadratur des Kreises: Ein neuer Anlauf zum Verständnis des § 4 Abs 2 Z 1 AÜG, *BGBI* 1988/196, *ecolex* 2015/7, 591; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung, In *Bernat/Böhler/Weilinger* (Hrsg), *Zum Recht der Wirtschaft, Festschrift für Heinz Krejci zum 60. Geburtstag*, Band I (2001) 1589ff; *Rebhahn/Schörghofer*, *wbl* 2012, 372; *Schörghofer*, *Grenzfälle* 173ff; *VwGH* 22.10.1996, 94/08/0178, *ecolex* 1997, 116.

⁸³ Eingehend *W. Schwarz*, Zur Rechtsnatur des „mittelbaren“ Arbeitsverhältnisses, *DRdA* 1953/7, 21ff.

⁸⁴ Statt vieler *RIS-Justiz* RS0104261.

⁸⁵ Vgl *Kietaibl*, *Arbeitsrecht* I 42.

⁸⁶ Vgl *ErläutRV* 450 *BlgNR* 17. *GP* 12.

⁸⁷ Vgl § 2 Abs 1 *AMFG*, *BGBI* 1969/31 idF *BGBI* I 2013/71.

der überlassenen Arbeitskraft vertraglich die Verpflichtung zur Arbeitsleistung im Betrieb des Beschäftigers vereinbart wird.

4. Kapitel: Arbeitskräfteüberlassung in Zahlen

Wer ein fundiertes Bild der Arbeitskräfteüberlassung gewinnen will, kommt nicht umhin sich empirisch zu informieren. Wesentliche Informationsquelle in Österreich ist die jährlich vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz veröffentlichte Statistik Arbeitskräfteüberlassung (§ 13 Abs 7 AÜG). Jeder Überlasser übermittelt hierfür (jährlich mit Stichtag Ende Juli) einem vom Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz beauftragten Dienstleister Daten ua über die Anzahl der überlassenen Arbeitskräfte, der Beschäftigter sowie über die Dauer der Überlassungen (§ 13 Abs 4 AÜG). Die folgenden Zahlen basieren – soweit nicht anders angegeben – auf dem statistischen Bericht des Jahres 2015.⁸⁸ Aufgrund einer Änderung der Erhebungsmethode sind die Daten seit dem Jahr 2014 nur beschränkt mit jenen der Vorjahre vergleichbar.⁸⁹

Im Erhebungszeitraum (1. Juli 2014 bis 30. Juni 2015) wurden im Jahresdurchschnitt 62.555 Arbeitskräfte im Inland von 1.089 Arbeitskräfteüberlassern, die das Gewerbe aktiv ausüben, überlassen. 67% der im Inland überlassenen Arbeitskräfte besaßen die österreichische Staatsbürgerschaft. Der Anteil der Arbeiter lag bei 75% und der Männeranteil bei 75%. Durchschnittlich wurden die Arbeitskräfte 80 Tage überlassen, wobei aber 65% aller Überlassungen maximal einen Monat dauerten.⁹⁰ Diese Daten lassen

⁸⁸ Vgl. *BMASK*, Statistik Arbeitskräfteüberlassung 2015. Aktuelle statistische Daten zur Verbreitung und Struktur der Arbeitskräfteüberlassung in Deutschland sind bei *Krause* (Flexibler Personaleinsatz – Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge zwischen Markt und Regulierung, ZfA 4/2014, 355ff) nachzulesen.

⁸⁹ Nunmehr werden die Überlasserbetriebe zum einen genauer abgegrenzt (ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 18) und es erfolgt eine Vollerhebung über den gesamten Erhebungszeitraum (12 Monate vom 1. Juli bis zum 30. Juni des Folgejahres). Zuvor wurde lediglich eine Stichtagserhebung durchgeführt, was dazu führte, dass nur jene überlassenen Arbeitskräfte erfasst wurden, die am Stichtag (31. Juli) eine unselbständige Beschäftigung bei einem Beschäftigter ausübten. Hierdurch schienen zum einen überlassene Arbeitskräfte in Stehzeiten und arbeitnehmerähnliche Personen in der Statistik nicht auf. Zum anderen wurden jene Arbeitskräfte, die am Stichtag wegen Krankheit, Urlaub udgl nicht an einen Beschäftigter überlassen wurden nicht erfasst, wodurch saisonbedingte Verzerrungen nicht ausgeschlossen werden konnten. Die Sommermonate (Juli bis September) zählen zu den beschäftigungs- und umsatzstärksten der Arbeitskräfteüberlassungsbranche, vgl. dazu *Springer*, Der geliebte Erfolg: Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht (2002) 48.

⁹⁰ Nach Daten von *Ciett* (Economic Report 2015, 62) dauerten 81% aller Überlassungen in Österreich länger als ein Monat, 61% sogar über drei Monate. Im Vergleich dazu dauerten in Deutschland sogar 98% aller Überlassungen länger als einen Monat, 89% über drei Monate. Andere Zahlen für Deutschland veröffentlichte unlängst das *BfA* (Statistik zur Arbeitnehmerüberlassung 2015, 21) wonach nur 51,9% aller Überlassungen länger als drei Monate dauern.

den Schluss zu, dass unter den verbleibenden 35% aller Überlassungen ein nicht unbeachtlicher Anteil längerdauernder Überlassungen steckt. Die meisten Arbeitskräfte wurden in die Sparten Industrie, Handwerk und Gewerbe (74%) überlassen.

Noch 2013 dauerte eine Überlassung bei 55% der Arbeiter weniger als sechs Monate, wohingegen 55% der Angestellten über 12 Monate überlassen wurden.⁹¹ Die meisten Überlassungen fanden 2013 in Oberösterreich (29,6%), gefolgt von Wien (25,3%) und der Steiermark (17,3%) statt.⁹² Überlassungsfirmen zählen mittlerweile zu den wichtigsten Firmenkunden des Arbeitsmarktservice Österreich (AMS).⁹³

Diese Zahlen dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Anteil der Arbeitskräfteüberlassung in Relation zur Gesamtheit der erwerbstätigen Bevölkerung Österreichs noch immer recht gering ist (2014: 2,3%)⁹⁴, jedoch deutlich über dem EU-Schnitt (2013: 1,7%) liegt.⁹⁵

Nachstehende Grafik zeigt die prozentuelle Entwicklung der Anzahl der in Österreich überlassenen Arbeitskräfte gemessen an der Gesamtheit der erwerbstätigen Bevölkerung in Österreich in den Jahren 1998 bis 2014.

⁹¹ Vgl *BMASK*, Sozialbericht 2013-2014, 60.

⁹² Vgl *BMASK*, Sozialbericht 2013-2014, 59f. Ein Grund hierfür ist, dass in OÖ und der Steiermark die ehemalige verstaatlichte Industrie noch eine bedeutende Rolle spielt, vgl auch *Wroblewski*, Leiharbeit in Österreich: Übergangslösung oder Sackgasse? (2001) 21.

⁹³ 23,3% der Stellen wurden von diesen Kunden gemeldet, vgl *BMASK*, Sozialbericht 2013-2014, 60. Nach Angabe des *AMS* (Geschäftsbericht 2010, 18) waren 2010 fünf ihrer zehn größten Kunden Überlassungsunternehmen.

⁹⁴ Vgl *AMS*, Geschäftsbericht 2014, 10.

⁹⁵ Vgl *Ciett*, Economic Report 2015, 27.

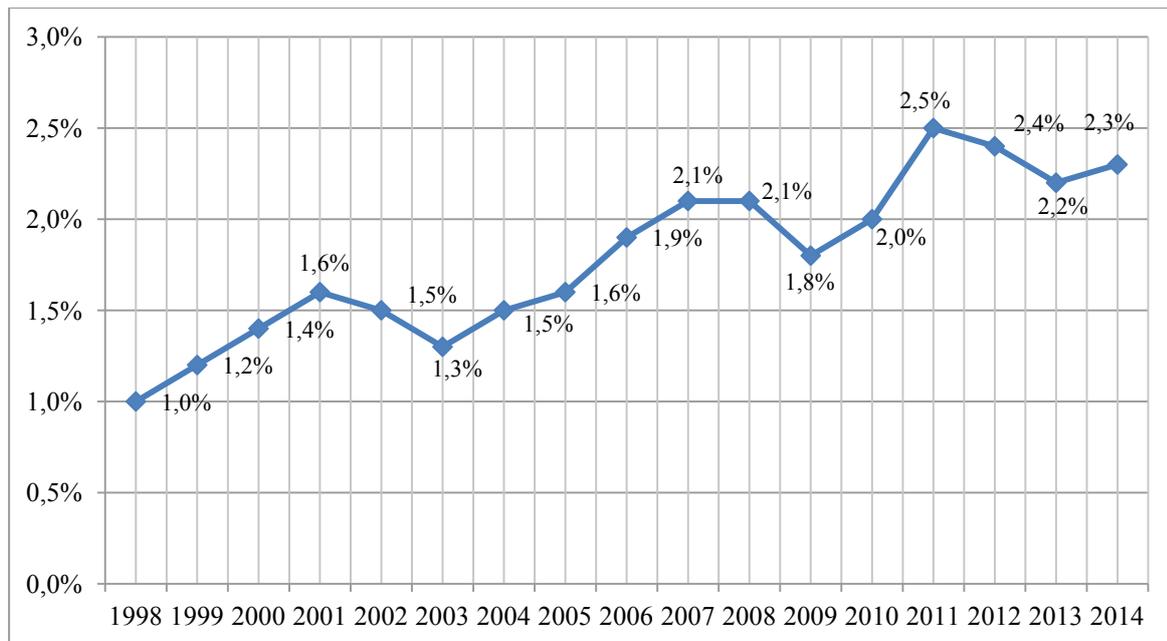


Diagramm 1: Prozentuelle Entwicklung der Anzahl der in Österreich überlassenen Arbeitskräfte gemessen an der Gesamtheit der erwerbstätigen Bevölkerung in Österreich in den Jahren 1998 bis 2014. Quelle: Eigene Darstellung auf Basis der Geschäftsberichte des AMS von 2008 bis 2014 und der vom BMASK jährlich erstellten Statistik Arbeitskräfteüberlassung.⁹⁶

Aus obiger Grafik wird ersichtlich, dass die Arbeitskräfteüberlassung in den letzten 16 Jahren auf niedrigem Niveau vergleichsweise starke Zuwachsraten verzeichnet hat. Gut erkennbar ist, dass überlassene Arbeitskräfte als Erste von einem Konjunkturaufschwung profitieren, bei einem Abschwung aber auch als Erste ihren Arbeitsplatz (wieder) verlieren.⁹⁷ Der Einbruch der Werte zu Beginn der Wirtschaftskrise im Jahr 2009 veranschaulicht diesen Umstand besonders deutlich.⁹⁸ Der Rückgang um das Jahr 2001/02 ist hingegen nicht auf eine konjunkturelle Schwankung, sondern auf die Marktberreinigung

⁹⁶ Vgl. AMS, Geschäftsberichte 2008 bis 2014. Detaillierte Quellen- und Seitenangaben finden sich aus Platzgründen im Quellenverzeichnis. Angaben zu den Beschäftigungszahlen überlassener Arbeitskräfte fehlen in den Geschäftsberichten für die Jahre 2007, 2006 und darunter, weshalb hier auf die Zahlen der Statistik Arbeitskräfteüberlassung des BMASK zurückgegriffen wurde. Die Zahlen beider Statistiken decken sich bis auf den Wert des Jahres 2011. Hier betrug der Anteil überlassener Arbeitskräfte laut Geschäftsbericht des AMS 2,5%, das BMASK wies hingegen einen Anteil von 2,3% aus.

⁹⁷ So schon zutr. *Riesenfelder/Wetzel, Leiharbeit in Österreich* (2010) 6, 8. Auch nach Angaben des AMS (Geschäftsbericht 2012, 10) war die Zunahme der Arbeitslosigkeit im Jahr 2012 zu „einem großen Teil auf die Arbeitskräfteüberlassung“ zurückzuführen und auch im Jahr 2009 (AMS, Geschäftsbericht 2009, 5) war der Rückgang des Anteils überlassener Arbeitskräfte „darauf zurückzuführen, dass diese Unternehmen (Anm: Überlasserfirmen) zu einem hohen Teil in die Industrie überlassen“, welche von der Krise besonders stark betroffen war.

⁹⁸ Vgl. *Riesenfelder/Wetzel, Leiharbeit* 14.

im Zuge der Einführung des KollIV für die Arbeitskräfteüberlassung am 1. März 2002 zurückzuführen.⁹⁹

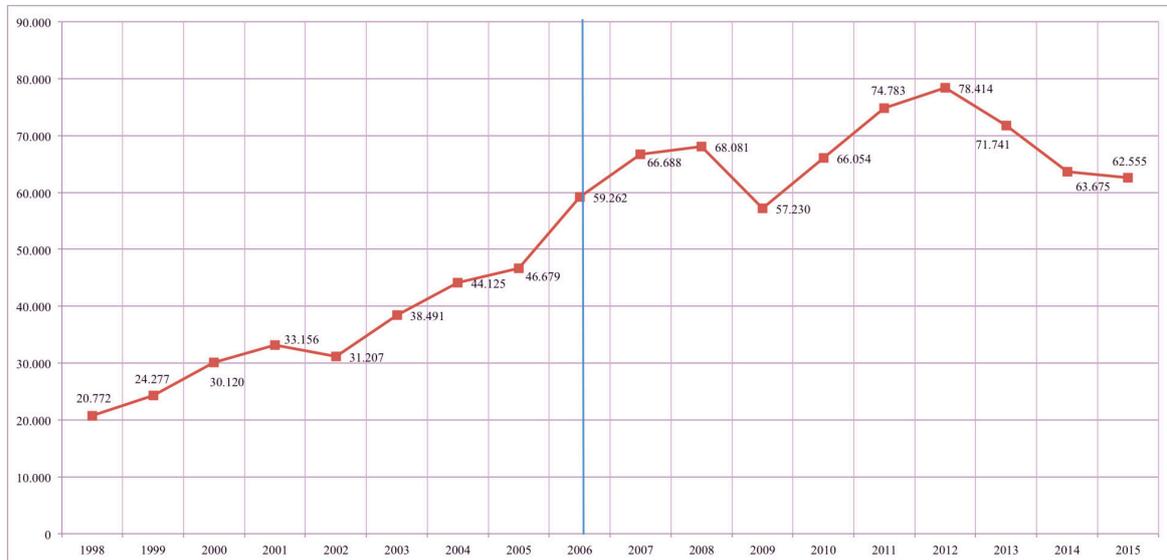


Diagramm 2: Entwicklung der Anzahl der in Österreich überlassenen Arbeitskräfte in den Jahren 1998 bis 2015 in absoluten Zahlen. Quelle: Eigene Darstellung auf Basis der Statistik Arbeitskräfteüberlassung des *BMASK*.¹⁰⁰

In absoluten Zahlen zeigt sich ein etwas anderes Bild der Entwicklung der Arbeitskräfteüberlassung in Österreich. Im Jahr 1998 waren noch 20.772 Personen¹⁰¹ als überlassene Arbeitskräfte tätig. Diese Zahl hat sich in der Zwischenzeit mehr als verdreifacht. Im Jahr 2015 waren bereits 62.555 Personen als überlassene Arbeitskräfte tätig. Anders als bei der vorgangegangenen Darstellung der prozentuellen Entwicklung zeigt sich in absoluten Zahlen ein recht kontinuierlicher Anstieg der Werte bis zum Jahr 2008, dem ein krisenbedingter Einbruch im Jahr 2009 folgte. In den darauffolgenden Jahren erholten sich die Werte rasch wieder, um ihren vorläufigen Höchststand im Jahr 2012 mit 78.414 überlassenen Personen zu erreichen. In den Jahren 2013 und 2014 waren die Zahlen im Vergleich wieder spürbar rückläufig. Der aktuelle Wert des Jahres 2015 setzt die negative Entwicklung der vergangenen zwei Jahre zwar fort, der

⁹⁹ Vgl. *Riesenfelder/Wetzel*, Leiharbeit 12.

¹⁰⁰ Die Trennlinien kennzeichnen Änderungen in der Erhebungsmethode der Statistik. 2006 änderte sich die Bezugsgröße (seit 2006 unselbstständig Beschäftigte, davor Jahresdurchschnitt). 2014 wurde – wie bereits ausgeführt – auf Vollerhebung umgestellt (bis 2013 Stichtagserhebung). Folglich sind die dargestellten Ergebnisse jeweils nur beschränkt mit jenen der Vorjahre vergleichbar.

¹⁰¹ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 180 mwN.

Rückgang ist aber im Vergleich zum Vorjahr um einiges milder, was aus heutiger Sicht eine baldige Erholung der Branche erwarten lässt.

5. Kapitel: Entwicklung des rechtlichen Rahmens

1. Einleitung

Die Polarisierung unterschiedlicher Interessen tritt in keinem anderen Bereich des Arbeitsrechts stärker zu Tage als bei dieser Form des flexiblen Personaleinsatzes.¹⁰² Um einen objektiven Zugang zu diesem Thema zu finden, ist es daher notwendig, die lange und konfliktbehaftete Geschichte dieses Rechtsinstituts zu kennen. In der Folge wird daher zuerst die Gesetzwerdung des AÜG in Österreich nachgezeichnet. Im Anschluss daran wird die Entwicklung auf europäischer Ebene beschrieben, deren vorläufigen Höhepunkt die am 19. Dezember 2008 verabschiedete LeiharbeitsRL 2008/104/EG bildet.

2. Entwicklung in Österreich

Als Arbeitskräfteüberlassung in Österreich erstmals in Erscheinung trat, wurde mitunter die rechtliche Zulässigkeit dieser Beschäftigungsform bezweifelt und von „*moderne(m) Sklavenhandel*“¹⁰³ gesprochen. Sie wurde als Versuch von Unternehmen betrachtet, die entwickelten arbeits- und sozialrechtlichen Standards wieder zurück in Richtung unbeschränkter Verfügbarkeit über die Arbeitskraft von Arbeitnehmern zu verändern.¹⁰⁴ Aus Beschäftigersicht hingegen waren atypische Beschäftigungsformen, zu denen auch die Arbeitskräfteüberlassung zählt, „*technisch-arbeitsorganisatorisch geradezu die ideale Ergänzung der neuen und flexiblen Produktionskonzepte*“¹⁰⁵, denn für den Beschäftiger wurde menschliche Arbeit dadurch wie ein sonstiger Produktionsfaktor planbar.¹⁰⁶ Kehrseite dieser Entwicklung war die Benachteiligung des Arbeitnehmers durch das Auseinanderfallen der Arbeitgeberfunktionen, das Unterlaufen allgemeingültiger Entgelt- und Arbeitsbedingungen und die Zersplitterung der Betriebsbelegschaft.¹⁰⁷

¹⁰² Vgl. B. Schwarz in Sacherer/Schwarz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 2. Auflage (2006) 12.

¹⁰³ Müller, ZAS 1968, 78.

¹⁰⁴ Vgl. Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG 27.

¹⁰⁵ Vgl. Firlei, DRdA 1987, 279.

¹⁰⁶ Vgl. Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG 28.

¹⁰⁷ Vgl. Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG 32.

Als Reaktion auf diese Missstände wurde verschiedentlich in der Judikatur die Ansicht vertreten, gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung wäre sittenwidrig und daher nichtig.¹⁰⁸ Argumentiert wurde, der Arbeitnehmer würde – entgegen § 16 ABGB – im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung zum Objekt degradiert. Der Gesetzgeber reagierte erstmals im Jahr 1969 mit § 9 Abs 4 iVm Abs 5 AMFG (BGBl Nr 1969/31) auf das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung. Diese wurde der verbotenen Arbeitsvermittlung gleichgestellt, wenn dem Überlasser zwar dienstgeberähnliche Befugnisse zukamen, er aber nicht die entsprechenden Pflichten (insb nicht das wirtschaftliche Wagnis), auf längere Zeit und unabhängig davon übernahm, ob eine Beschäftigung nachgewiesen werden konnte.¹⁰⁹ Das wirtschaftliche Wagnis bestand va in der Weiterzahlung des Entgeltes während Stehzeiten.¹¹⁰ Der Überlasser konnte § 1155 ABGB nicht rechtswirksam abbedingen. Tat er es dennoch, lag unerlaubte Arbeitsvermittlung vor.¹¹¹

Im Jahr 1975 beschloss der Gesetzgeber mit § 4 Abs 3 Z 1 AuslBG¹¹² eine teilweise Beschränkung der Tätigkeit von Überlassungsunternehmen im Bezug auf Personen aus dem Ausland. Eine Beschäftigungsbewilligung durfte danach nur erteilt werden, wenn der Arbeitgeber den Ausländer auf einem Arbeitsplatz *in seinem Betrieb* beschäftigt, „*wobei eine Zurverfügungstellung des Ausländers an Dritte (...) nicht als Beschäftigung im eigenen Betrieb*“ galt. Einem Überlasser konnte daher keine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden, da er keinen Arbeitsplatz in seinem Betrieb zu besetzen hatte. Hintergrund war, dass in einem solchen Fall die Kontrolle der Verwendung des Ausländers nicht möglich war.¹¹³

Da diese Vorschriften die weitere Ausbreitung der Arbeitskräfteüberlassung nicht verhindern konnten, wurde im Rahmen der ÖGB-Bundeskongresse 1975, 1979 und 1983

¹⁰⁸ Vgl ArbG Wien 12.10.1966, 3 Cr 211/66; ArbG Wien 19.08.1966, 3 Cr 185/66 zit nach *Geppert*, Das Leiharbeitsverhältnis in Theorie und Praxis, DRdA 1968, 128 (insb FN 20).

¹⁰⁹ Diese Bestimmung sollte der Umgehung des AMFG durch „*die in jüngster Zeit aufgetretene Erscheinung der gewerbsmäßig ausgeübten ‚Zurverfügungstellung von Arbeitskräften‘*“ entgegenwirken, vgl ErläutRV 983 BlgNr 11. GP 19. Indem man diese Tätigkeit zur Vermittlungstätigkeit erklärt, sollte dieser „*Auswucherscheinung*“ gegengesteuert werden. Eingehend dazu *Wachter*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, ZAS 1974/5, 163.

¹¹⁰ Vgl OGH 27.01.1987, 14 Ob 224/86, DRdA 1987, 224 = RdW 1987/237 = infas 1987, A 51.

¹¹¹ Vgl OGH 27.01.1987, 14 Ob 224/86; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 84; *Schnorr*, Arbeitnehmerüberlassung 16.

¹¹² Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz), BGBl Nr 1975/218.

¹¹³ Vgl ErläutRV 1451 BlgNR 13. GP 23. Allgemein verweist die ErläutRV (S. 23) aber auch darauf, dass im Rahmen des AuslBG ähnliche Vorbehalte gegen die Arbeitskräfteüberlassung vorlagen wie sie der Gesetzgeber im AMFG idF BGBl Nr 1969/31 zum Ausdruck brachte, indem er die Arbeitskräfteüberlassung nur bedingt erlaubte.

sowie im Rahmen von Arbeiterkammertagen mehrfach ein deutlicheres Verbot gefordert.¹¹⁴ Der Gesetzgeber reagierte auf diese Forderungen indem er 1977 einen Entwurf zur Begutachtung aussandte, der ein grundsätzliches Verbot der Arbeitskräfteüberlassung vorsah.¹¹⁵ Dieser fand im Begutachtungsverfahren wenig Zustimmung¹¹⁶ und scheiterte schließlich an dem Widerstand der Arbeitgebervertretungen.¹¹⁷ Gegen den Entwurf bestanden vor allem verfassungsrechtliche Bedenken. In dem grundsätzlichen Verbot der Arbeitskräfteüberlassung wurde ein Eingriff in das Grundrecht der Erwerbsfreiheit gesehen.¹¹⁸ Aus demselben Grund verwarf schon das Bundesverfassungsgericht¹¹⁹ im Jahr 1967 das damals in der Bundesrepublik Deutschland bestehende Verbot der Arbeitnehmerüberlassung. Als Reaktion darauf trat in unserem Nachbarland bereits 1972 das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz¹²⁰ in Kraft, das die Überlassung von Arbeitnehmern grundsätzlich erlaubte.

Neben diesen verfassungsrechtlichen Bedenken sprachen in Österreich zum damaligen Zeitpunkt auch aktuelle Arbeitsmarktdaten für ein politisches Umdenken. Im Jahr 1983 bestanden fast 80.000 Leiharbeitsverhältnisse, dh ca drei Prozent aller Arbeitsverhältnisse in Österreich fielen in die Kategorie Arbeitskräfteüberlassung.¹²¹ Da in diesem Bereich ein relativ hoher Prozentsatz ungemeldeter Überlassungen bestand, lag die Dunkelziffer vermutlich um einiges höher.¹²²

Die Arbeitnehmervertretungen passten in der Folge ihre Forderungen der geänderten Situation an.¹²³ Auch der geistige Vater des späteren AÜG, *Geppert*¹²⁴, machte in dieser Zeit den Vorschlag Arbeitskräfteüberlassung grundsätzlich zu verbieten jedoch zahlreiche

¹¹⁴ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 29; *Wroblewski*, Leiharbeit 5.

¹¹⁵ Vgl ErläutRV 450 BgNR 17. GP 14 mHa auf den Entwurf (Zl 34.401/17-III/2/77).

¹¹⁶ Vgl *Geppert* in FS *W. Schwarz* 241.

¹¹⁷ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 29.

¹¹⁸ Vgl dazu *Geppert*, DRdA 1978, 205f.

¹¹⁹ In der Nachkriegszeit war die Arbeitnehmerüberlassung in der Bundesrepublik Deutschland zunächst verboten. Nachdem das BVerfG 1967 (dtBVerfGE 21, 261 mit dem Argument, dass das Verbot gegen die Berufsfreiheit der Verleiher gem Art 12 Abs 1 dtGG verstößt) das Verbot als verfassungswidrig verwarf, wurde 1972 das dtAÜG erlassen, vgl dazu eingehend *Krause*, Arbeit in der Holzklasse: Gesetzliche und kollektivvertragliche Rahmung der Leiharbeit, KJ 2/2013, 129 mwN.

¹²⁰ Erlassen am 07.08.1972, in Kraft getreten am 11.10.1972 (dtBGBI I 1393). Eingehend zur geschichtlichen Entwicklung in Deutschland *Krause*, ZfA 4/2014, 365ff.

¹²¹ Laut einer Betriebsbefragung des Instituts für Empirische Sozialforschung, vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 30.

¹²² Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 30.

¹²³ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 31.

¹²⁴ Warum die Leiharbeit verboten werden muss, ArbW 1982/6, 38 zit nach *Geppert* in FS *W. Schwarz* 241.

Ausnahmen vorzusehen. An diesen geänderten Vorzeichen orientierte sich auch der Gesetzgeber. Ein neuer Entwurf aus dem Jahr 1982 sah ebenfalls noch ein umfassendes Verbot der Arbeitskräfteüberlassung vor, ließ aber bereits Ausnahmen in sozial unbedenklichen und wirtschaftlich notwendigen Fällen zu.¹²⁵ Letztlich blieb aber auch diesem Entwurf die Zustimmung versagt.

Um noch eine tragbare Lösung zu erzielen, musste der Gesetzgeber schließlich einen radikalen Kurswechsel vornehmen. Der nächste Begutachtungsentwurf aus dem Jahr 1985 sah – anders als noch seine Vorgänger – kein grundsätzliches Verbot vor, sondern versuchte die Probleme primär mit arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zum Schutz der überlassenen Arbeitskräfte und einem strengen Konzessionierungsverfahrens für gewerbliche Arbeitskräfteüberlasser zu lösen. Dieser Begutachtungsentwurf wurde dem Parlament am 1. Juli 1986 als Regierungsvorlage¹²⁶ zugeleitet, jedoch wegen des vorzeitigen Endes der Legislaturperiode nicht weiter behandelt.¹²⁷

Diese nicht umgesetzte Regierungsvorlage¹²⁸ sah die Einführung eines § 39a in das Arbeitsverfassungsgesetz vor. Dieser sollte die „betriebsverfassungsrechtliche (...) Absicherung der Rechte der überlassenen Arbeitskräfte“ gewährleisten.¹²⁹ Hierzu normierte § 39a detaillierte Mitwirkungsrechte des Beschäftigterbetriebsrates. Diesem kamen nach der damaligen Konzeption für im Betrieb beschäftigte überlassene Arbeitnehmer gem § 36 ArbVG bestimmte taxativ aufgezählte Befugnisse¹³⁰ gegenüber dem Überlasser zu. Diese Kreuzzuständigkeiten setzten voraus, dass ausschließlich Rechte und Pflichten im Beschäftigterbetrieb betroffen sind, standen dem Beschäftigter-BR aber ansonsten unbeschadet der Interessenvertretung gegenüber dem Beschäftigter zu. Existierten im Überlasserbetrieb funktionsfähige Organe der Arbeitnehmerschaft so ruhten

¹²⁵ Vgl ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 14.

¹²⁶ Vgl Nicht umgesetzte RegV 1046 BlgNR 16. GP.

¹²⁷ Vgl ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 14.

¹²⁸ Nicht umgesetzte RegV 1046 BlgNR 16. GP. Diese fußte – ebenso wie die letztlich umgesetzte RegV (450 BlgNR 17. GP) – auf zwei vom Bundesministerium für soziale Verwaltung in Auftrag gegebenen Studien. Zum einen *Schnorr*, Arbeitnehmerüberlassung (1979) und zum anderen *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld (1977).

¹²⁹ Nicht umgesetzte RegV 1046 BlgNR 16. GP 21. Entgeltfragen im Zusammenhang mit der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung überlassener AN wurden aber auch in dieser RegV nicht angesprochen.

¹³⁰ Die Aufzählung umfasste die Einbehaltung und Abfuhr der Betriebsratsumlage an den Betriebsratsfond des Beschäftigters (§ 73 Abs 3), die Überwachung der Einhaltung der Rechtsvorschriften (§ 89), Interventionen (§ 90), das Zustimmungsrecht zu Maßnahmen (§ 96 Z 1 und 4 und § 100), den Abschluss von Betriebsvereinbarungen (§ 97 Abs 1 Z 1, 3 und 6), die Mitwirkung bei Versetzungen (§ 101) und bei der Verhängung von Disziplinarmaßnahmen (§ 102) sowie Informations-, Stellungnahme- und Anfechtungsrechte bei Kündigungen und Entlassungen (§§ 105, 106).

die Befugnisse des Beschäftiger-BR idR zur Gänze¹³¹, außer die Maßnahmen des Überlassers wurden ausschließlich im Beschäftigerbetrieb wirksam¹³². Der Beschäftiger-BR war nach diesem Entwurf weiters mit der Einbehaltung und Abfuhr der Betriebsratsumlage an den Betriebsratsfond im Beschäftigerbetrieb betraut. Der Betriebsvereinbarungstatbestand über die Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften – wie er letztlich durch das BGBl 1988/196 eingeführt wurde und noch heute unverändert in Geltung steht – enthielt in dieser RegV noch den Zusatz „*einschließlich der Festlegung von Mitwirkungsrechten des Betriebsrates bei der regelmäßigen betrieblichen Beschäftigung solcher Personen*“. Das Informationsrecht des Betriebsrates im Zusammenhang mit der Aufnahme der Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften war auch schon in dieser nicht umgesetzten Regierungsvorlage in leicht modifizierter Form¹³³ vorgesehen.

In das AÜG 1988 wurden nur die beiden zuletzt genannten Bestimmungen in leicht modifizierter Form übernommen. Alle anderen betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen für überlassene Arbeitnehmer entfielen. Teile der Lehre werteten insb die Streichung der betriebsübergreifenden Mitwirkungsrechte des Beschäftiger-BR positiv.¹³⁴ Diese hätten den Grundsatz, dass die Kompetenz eines Betriebsrates die Betriebsgrenzen nicht überschreitet, durchbrochen. Eine Kreuzzuständigkeit wäre aus der demokratischen Legitimation des BR heraus nicht mehr zu rechtfertigen.

Auf Basis obiger Regierungsvorlage wurde nach Gesprächen der Sozialpartner ein nach eigenen Angaben „*tragfähiger Kompromiss zwischen den maßgeblichen Interessengruppen gefunden*“¹³⁵. Dieser Entwurf sah erneut strenge arbeits- und

¹³¹ In Bezug auf die Überwachung der Einhaltung von Rechtsvorschriften (§ 89), von Interventionen (§ 90), dem Zustimmungsrecht zu Maßnahmen (§ 96 Z 1 und 4 und § 100), bei der Verhängung von Disziplinarmaßnahmen (§ 102) sowie Informations-, Stellungnahme- und Anfechtungsrechte bei Kündigungen und Entlassungen (§§ 105, 106). In einem solchen Fall normierte § 39a Abs 3 das Recht der Betriebsräte zur gegenseitigen Information in diesen Angelegenheiten.

¹³² Dies betrifft den Abschluss von BVen (§ 97 Abs 1 Z 1, 3 und 6) und die Mitwirkung bei Versetzungen (§ 101 ArbVG).

¹³³ Vorgesehen war auch ein Informationsrecht bei der Beendigung der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte. Anstelle der Mitteilungspflicht des BI, welche Vereinbarung hinsichtlich des zeitlichen Arbeitseinsatzes der überlassenen Arbeitskräfte und der Vergütung für die Überlassung mit dem Überlasser getroffen wurde, war ein Einsichtsrecht des BR in die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Grundlagen dieser Beschäftigung vorgesehen.

¹³⁴ Vgl *Mazal*, RdW 1987, 377.

¹³⁵ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 15. Der Entwurf fußte zum einen auf einer vergleichenden Studie der *Europäischen Gemeinschaften/Kommission* (Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, Heft 25, 1976). Zum anderen auf zwei vom Bundesministerium für soziale Verwaltung in Auftrag gegebenen Studien (*Schnorr*, Arbeitnehmerüberlassung [1979]; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung [1977]). Darüber hinaus wurde auch die von der Allgemeinen Fachgruppe des Gewerbes der Wiener Handelskammer in Auftrag

sozialrechtliche Vorschriften zugunsten der überlassenen Arbeitskräfte sowie Anzeige- und Bewilligungspflichten für Überlasser vor. Der Ministerialentwurf wurde im Juni 1986 dem Parlament als Regierungsvorlage zugeleitet, dort allerdings nicht weiter behandelt, da es zu vorgezogenen Neuwahlen kam.¹³⁶ Die neue Regierung nahm die Sozialpartnerverhandlungen zum Entwurf im Jahr 1987 wieder auf. Diese brachten aber nur noch in Detailpunkten Veränderungen.¹³⁷ Dem Parlament wurde die nur leicht modifizierte Regierungsvorlage zugeleitet, welche dort unverändert beschlossen wurde und am 1. Juli 1988 als Arbeitskräfteüberlassungsgesetz in Kraft trat.¹³⁸

Der Gesetzgeber entschied sich somit für die Regulierung der Arbeitskräfteüberlassung mit Schutzvorschriften zugunsten der überlassenen Arbeitskräfte¹³⁹ und gegen ein generelles Verbot, wenn auch nur in bestimmten Branchen und/oder Sektoren. Damit erkannte er die Arbeitskräfteüberlassung nach langem Ringen letztlich als eine gesellschaftspolitisch und wirtschaftlich akzeptable Einrichtung an.¹⁴⁰ Vor Inkrafttreten des AÜG zeigten sich sozial unerwünschte Auswirkungen der Arbeitskräfteüberlassung insb in der „*Gefahr der Verdrängung von Stammarbeitern aus Kostengründen durch vielfach billigere überlassene Arbeitskräfte besonders in Betrieben mit hohen betrieblichen Sozialleistungen*“¹⁴¹. Die Erfolgsaussichten diesen und anderen Missständen mithilfe des AÜG Einhalt zu gebieten, wurden vom Schrifttum unterschiedlich bewertet. Für manche stellte das AÜG ein Gesetz mit

gegebene Studie von *Clemez/Grünwald/Mikinovic*, Ökonomische und soziale Aspekte der Personalbereitstellung (1986) bei den Überlegungen zur Neuregelung und der Ausarbeitung der Erläuterungen berücksichtigt. Diesem Entwurf stimmten sowohl der Österreichische Gewerkschaftsbund wie auch der Arbeiterkammertag zu, vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 31 mwN.

¹³⁶ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 31.

¹³⁷ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 31.

¹³⁸ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 31. Die Regulierung der Arbeitskräfteüberlassung dauerte in anderen Ländern der EU noch länger. Arbeitskräfteüberlassung wurde in Spanien erst 1994, in Italien 1997, in Griechenland erst 2001 zugelassen, vgl *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der Richtlinie 91/383/EWG zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, SEK(2004) 635, 7f; *Clauwaert*, Survey of Legislation on Temporary Agency Work (2000) 58, 82.

¹³⁹ Die „*weitgehend rechtlose, billige ‚Leiharbeitskraft‘* (...) [sollte] *der Vergangenheit angehören*“, so die ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 13

¹⁴⁰ Vgl *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989) 12; ebenso OGH 18.04.2007, 8 ObA 108/06z, ZAS 2008/120, 77 (abl *Gerlach*) = RdW 2008/556, 592 (abl *Körber-Risak*).

¹⁴¹ Vgl ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 12.

„Kompromisscharakter, Rechtslücken und Formulierungsschwächen“¹⁴² dar. Für andere war es ein „erste(r) Versuch, die ‚Flucht aus dem Arbeitsrecht‘ einzudämmen und/oder in geordnete Bahnen zu lenken“¹⁴³.

Nach den Materialien besaßen die überlassenen Arbeitskräfte vor Inkrafttreten des AÜG „keinen ausreichenden Schutz durch die Betriebsverfassung im Beschäftigertbetrieb und meist auch keinen betriebsverfassungsrechtlichen Kündigungsschutz im Überlasserbetrieb, in dem wegen der Art der Tätigkeit der überlassenen Arbeitskräfte kaum je ein Betriebsrat errichtet ist“¹⁴⁴. Diese Formulierung wurde unverändert aus der nicht umgesetzten Regierungsvorlage 1986 übernommen. Die darin noch vorgesehenen betriebsverfassungsrechtlichen Normen wurden nicht ins AÜG 1988 und die damit verbundene Novelle des ArbVG übernommen. Es fehlen insb die ursprünglich vorgesehenen Kreuzzuständigkeiten des Beschäftigter-BR gegenüber dem Überlasser und die Klärung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der überlassene Arbeitnehmer der Belegschaft des Beschäftigertbetriebes angehört. Der Gesetzgeber hat lediglich einzelne Mitbestimmungsrechte des Beschäftigter-BR gegenüber dem Betriebsinhaber des Beschäftigertbetriebes im ArbVG verankert (§ 99 Abs 5, § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG). Teile des Schrifttums gehen davon aus, dass für den Gesetzgeber kein weiterer Regelungsbedarf im ArbVG bestand.¹⁴⁵ Da er „sehenden Auges keine Regelung getroffen“¹⁴⁶ hat, sollte das AÜG generell keine Auswirkungen auf die Zuständigkeit des Beschäftigertbetriebsrats haben. Ob das gesetzgeberische Vorgehen tatsächlich so zu bewerten ist und welche Konsequenzen sich konkret aus der fehlenden gesetzlichen Klarstellung für den Bereich der Betriebsverfassung ergeben, soll im Rahmen dieser Arbeit untersucht werden.

¹⁴² Geppert in FS W. Schwarz 242; Geppert, DRdA 2011, 508; idS wohl auch Firlei (DRdA 1987, 285) weshalb man aber seiner Ansicht nach im Rahmen des AÜG bei der Annahme einer analogiefähigen Lücke Vorsicht walten lassen muss.

¹⁴³ B. Schwarz, Ausgewählte Rechtsfragen aus dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, DRdA 1988, 428.

¹⁴⁴ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 13.

¹⁴⁵ Vgl Tomandl, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2011/41, 248; Friedrich, Mitbestimmung bei der Arbeitskräfteüberlassung bei personellen Maßnahmen: Zur Zuständigkeit des Betriebsrats des Beschäftigertbetriebes für überlassene Arbeitskräfte bei Versetzungen, ASoK 2007, 220.

¹⁴⁶ Friedrich, ASoK 2007, 220.

3. Entwicklung auf europäischer Ebene

Die Bemühungen auf europäischer Ebene einen einheitlichen rechtlichen Rahmen für die – in der Terminologie des europäischen Gesetzgebers – „*Leiharbeit*“ zu schaffen gehen bis in die späten 1970er Jahre zurück.¹⁴⁷ Bereits in einer EntschlieÙung vom 18. Dezember 1979 über die Anpassung der Arbeitszeit stellte der Rat der Europäischen Gemeinschaften fest, dass „*die Zeitarbeit in den meisten Mitgliedstaaten in den letzten Jahren bemerkenswert zugenommen hat*“ und regte eine Gemeinschaftsaktion an „*um einerseits die Zeitarbeit zu überwachen und andererseits den sozialen Schutz der Zeitarbeitnehmer zu gewährleisten*“¹⁴⁸. Anders als auf nationaler Ebene – in Österreich forderte man zu dieser Zeit noch ein generelles Verbot – bemühte man sich auf europäischer Ebene somit von Anfang an um eine Regulierung der Arbeitskräfteüberlassung mit Schutzgesetzen zugunsten der überlassenen Arbeitskräfte.

Aufgrund obiger EntschlieÙung stellte das Europäische Parlament im Jahr 1981 fest, dass sich die Zeitarbeit „*in beunruhigendem Ausmaß entwickelt*“ hat und dass „*Unternehmen davon abgehalten werden [sollen], auf Zeitarbeit zurückzugreifen, um tarifvertragliche oder rechtliche Vorschriften im Bereich des Arbeitsschutzes zu umgehen*“¹⁴⁹. Es forderte die Kommission auf, dem Rat Vorschläge für eine Definition der Leiharbeit und für Leitlinien zu unterbreiten, die den bisherigen Missbrauch der Leiharbeit unterbinden.¹⁵⁰ Die Kommission erarbeitete daraufhin zwei Richtlinienvorschläge zur Regelung der Leiharbeit.¹⁵¹ Weder der Vorschlag aus dem Jahr 1982, noch der geänderte Vorschlag aus dem Jahr 1984 wurden vom Rat angenommen. Erst fünf Jahre später wurde das Thema Leiharbeit erneut aufgegriffen. Die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer und das nachfolgende Aktionsprogramm zur Gemeinschaftscharta unterstrichen 1989 die Notwendigkeit, die Lebens- und

¹⁴⁷ Vgl. *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 67; vgl. ebenso EntschlieÙung des Rates vom 18. Dezember 1979 über die Anpassung der Arbeitszeit, AB I EG C 1980/2, 1.

¹⁴⁸ Vgl. Abschnitt A Pkt 5, AB I EG C 1980/2, 2f.

¹⁴⁹ EntschlieÙung vom 17. September 1981 zur Beschäftigung und zur Neugestaltung der Arbeitszeit, AB I EG C 1981/260, 54 (insb 60).

¹⁵⁰ Vgl. AB I EG C 1981/260, 60.

¹⁵¹ Vgl. Vorschlag einer Richtlinie des Rates vom 7. Mai 1982 zur Regelung der Zeitarbeit, AB I C 1982/128, 2, KOM(82) 155 endg und mit Änderungen vgl. Änderungen des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates vom 6. April 1984 zur Regelung der Zeitarbeit und der befristeten Arbeitsverträge, AB I C 1984/133, 1, KOM(84) 159 endg.

Arbeitsbedingungen sowohl bei unbefristeten als auch befristeten Arbeitsverträgen, Teilzeitarbeit, Saisonarbeit und auch Leiharbeit zu verbessern.¹⁵²

Bis Ende der 1980er Jahre scheiterten somit alle Versuche die Leiharbeit auf europäischer Ebene zu regulieren. Erste kleinere Erfolge konnten erst in den 1990ern verzeichnet werden. 1991 wurde die Richtlinie zu Sicherheit und Gesundheitsschutz von Arbeitnehmern mit befristeten Arbeitsverhältnissen und Leiharbeitnehmern verabschiedet.¹⁵³ Österreich setzte die dort angeordnete Unterrichtung, Unterweisung und ärztliche Überwachung von überlassenen Arbeitskräften in § 9 ASchG um. Fünf Jahre später befasste sich auch die Entsende-Richtlinie¹⁵⁴ mit dem Thema Leiharbeit. Zweck dieser Richtlinie ist die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und Sozialdumping. Sie gilt auch für grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung. Eine eigene Richtlinie zur Regulierung der Leiharbeit stand aber zu diesem Zeitpunkt noch aus.

Anlässlich der Rahmenvereinbarung vom 18. März 1999 über befristete Arbeitsverträge bekundeten die Europäischen Sozialpartner ihre Absicht eine ähnliche Vereinbarung über Leiharbeit abschließen zu wollen,¹⁵⁵ die Verhandlungen endeten aber am 21. Mai 2001 ergebnislos.¹⁵⁶ Die Kommission erstatte am 21. März 2002 erneut einen Vorschlag für eine Richtlinie über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern.¹⁵⁷ Trotz intensiver Bemühungen der damals beteiligten Präsidenschaften blieben auch diese Verhandlungen erfolglos.¹⁵⁸ Das Scheitern war darauf zurückzuführen, dass über den Begriff des „vergleichbaren Arbeitnehmers“ kein Einvernehmen erzielt werden konnte.¹⁵⁹

¹⁵² Vgl. Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. Dezember 1989, KOM(89) 248 endg.

¹⁵³ RL 91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristeten Arbeitsverhältnissen und Leiharbeitnehmern, ABl L 1991/206, 19.

¹⁵⁴ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 1997/18, 1.

¹⁵⁵ Vgl. ErwGr 5 Leiharbeits-RL 2008/104/EG; Präambel der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ABl L 1999/175, 45. Die europäischen Sozialpartner bestehen aus der Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas (UNICE) – seit Januar 2007 BUSINESSEUROPE –, dem Europäischen Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft (CEEP) und dem Europäischen Gewerkschaftsbund (EGB).

¹⁵⁶ Vgl. ErwGr 7 Leiharbeits-RL 2008/104/EG.

¹⁵⁷ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. März 2002 über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, ABl C 2002/203, E/01, KOM(2002) 149 endg.

¹⁵⁸ Vgl. dazu *Gagawczuk*, Europäisches Arbeitsrecht am Scheideweg, *juridikum* 3/2007, 144; *Ders.*, Grünbuch Arbeitsrecht, DRdA 2007, 256.

¹⁵⁹ Vgl. dazu *Fischl/Standeker*, Europarechtlicher Durchbruch bei der Leiharbeitsrichtlinie steht bevor! ASoK 2008, 336; *Gagawczuk*, Leiharbeitsrichtlinie – wiederholter Anlauf gescheitert? DRdA 2003, 597; ebenso *Hamann*, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der

Eine politische Einigung konnte schlussendlich im Rahmen der Tagung des Rates für Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz am 9. und 10. Juni 2008 erzielt werden.¹⁶⁰ Der strittige Begriff des „vergleichbaren Arbeitnehmers“ wurde im geänderten Vorschlag der Kommission durch eine „hypothetische arbeitsplatzbezogene Betrachtungsweise“ ersetzt.¹⁶¹ Am 19. Dezember 2008 konnte schließlich in Verfolgung des „Flexicurity“-Prinzips¹⁶² die Leiharbeits-RL 2008/104/EG verabschiedet werden.¹⁶³

Die Richtlinie war bis zum 5. Dezember 2011 in nationales Recht umzusetzen.¹⁶⁴ In Österreich erfolgte die Umsetzung erst mit erheblicher Verspätung am 1. Jänner 2013.¹⁶⁵ Grund hierfür waren schwierige Sozialpartnerverhandlungen.¹⁶⁶ Erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist legte das *BMASK* einen ersten Entwurf für die Umsetzung der Richtlinie vor.¹⁶⁷ Dieser wurde aber sowohl von den Interessenvertretungen der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer überwiegend abgelehnt.¹⁶⁸ Erst am 4. September 2012 konnte eine Regierungsvorlage zur Novelle im Nationalrat eingebracht werden, welche am 16. Oktober 2012 angenommen wurde. Neben der Novellierung des AÜG und der damit im Zusammenhang stehenden Gesetze wurden über die Umsetzung der Leiharbeits-RL hinausgehende Maßnahmen zur Verbesserung der Lage überlassener Arbeitskräfte

Arbeitnehmerüberlassung, *EuZA* 2/2009, 290 mwN; *Hießl*, Leiharbeit in Europa – aktuelle Fragestellungen, *ZESAR* 11-12/11, 477.

¹⁶⁰ Vgl *Rat der Europäischen Union*, Mitteilung an die Presse über die 2875. Tagung des Rates für Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz, C/08/166, 11f.

¹⁶¹ Vgl Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2002 über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM(2002) 701 endg; *Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG: Einige zentrale Änderungen und Lücken, *ZAS* 2012/61, 341 mHa *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011) 514ff.

¹⁶² Das „Flexicurity“-Prinzip konnte sich niemals vom Verdacht befreien, dass es in Wahrheit weniger um „security“ als vielmehr um mehr „flexibility“ geht, vgl dazu mwN *Deinert*, Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften: Herausforderungen für das Arbeitsrecht durch Reduzierung von Stammbeschaften, *RdA* 2014, 66.

¹⁶³ RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, *ABl L* 2008/327, 9.

¹⁶⁴ Vgl Art 11 Leiharbeits-RL.

¹⁶⁵ Von der Lehre wurde die ausbleibende Umsetzung aufgrund der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit gerügt, vgl *Mazal*, AÜG – Gleichstellungsgebot: Rechtsunsicherheit und kaufmännische Sorgfalt, *ecolex* 2012, 456. In Deutschland erfolgte die Reform des dtAÜG im Zuge des „Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ vom 23. Dezember 2002 (dtBGBl I 2002, 4607) schon mit Blick auf den Richtlinienvorschlag 2002 (KOM[2002] 149 endg), dem die letztlich verabschiedete Leiharbeits-RL 2008/104/EG in weiten Teilen entspricht, vgl dazu *Hamann*, *EuZA* 2/2009, 296.

¹⁶⁶ Vgl dazu etwa die Wortmeldung *BM Hundstorfer* StenProt 173. Sess 24. GP 166.

¹⁶⁷ Vgl Ministerialentwurf 366/ME 24. GP.

¹⁶⁸ Stellungnahmen abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00366/ zuletzt abgerufen am 29. Februar 2016.

getroffen, insb wurde ein Sozial- und Weiterbildungsfonds eingerichtet.¹⁶⁹ Durch die Umsetzung der Leiharbeits-RL wurden aber auch neue Rechtsfragen aufgeworfen, die Schrifttum und Rechtsprechung seither beschäftigen. Jene strittigen Problembereiche, die einen engen Zusammenhang mit der Betriebsverfassung aufweisen, werden im fünften Teil dieser Arbeit untersucht. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die relevanten Fragestellungen gegeben werden.

Zentrale Bestimmung der Leiharbeits-RL ist der in Art 5 vorgesehene Grundsatz der Gleichbehandlung. Danach sollen die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer der Überlassung mindestens denjenigen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie von dem entleihenden Unternehmen für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären („*hypothetische arbeitsplatzbezogene Betrachtungsweise*“).¹⁷⁰ Diese Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen können dabei in Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschriften „*und/oder sonstigen Bestimmungen allgemeiner Art*“ festgelegt sein. Da der österr Gesetzgeber diese Formulierung wortgleich übernommen hat (§ 10 Abs 1 AÜG) ist seither umstritten, was darunter zu verstehen ist. Die Brisanz dieses Problems wird in der Praxis aber dadurch entschärft, dass der europäische Gesetzgeber durch die Normierung von Öffnungsklauseln (Art 5 Abs 2 bis 5 Leiharbeits-RL) den Mitgliedsstaaten gestattete vom Grundsatz der Gleichbehandlung abzuweichen. In diesem Zusammenhang ist fragwürdig, ob Österreich die Voraussetzungen der gewählten Öffnungsklausel (Art 5 Abs 3) erfüllt. Ein weiterer offener Punkt betrifft den von Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL gewährten unmittelbaren Anspruch der Leiharbeitnehmer gegenüber dem Entleiher auf Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten zu den gleichen Bedingungen wie unmittelbar beschäftigte Arbeitnehmer. Dieser Anspruch wurde in § 10 Abs 6 AÜG umgesetzt und stellt den Rechtsanwender seither vor schwierige Anwendungsfragen. Was die betriebsverfassungsrechtliche Stellung überlassener Arbeitnehmer betrifft sieht Art 7 Abs 1 Leiharbeits-RL vor, dass Leiharbeitnehmer zumindest bei Berechnung der Schwellenwerte für die Errichtung der Arbeitnehmervertretung im Leiharbeitsunternehmen zu berücksichtigen sind. Der europäische Gesetzgeber gewährt den Mitgliedsstaaten aber ein Wahlrecht (Art 7 Abs 2 und Abs 3) diese Einbeziehung alternativ nur beim Entleiher vorzusehen oder auch in

¹⁶⁹ Vgl Parlamentskorrespondenz Nr 785 vom 16. Oktober 2012; *Schindler*, Europarechtliche Grundlagen der AÜG-Novelle 2012 und ihre grundsätzliche Umsetzung in Österreich, In *Raschauer/Resch*, Neuerungen 30.

¹⁷⁰ Vgl ErwGr 14 Leiharbeits-RL 2008/104/EG.

beiden Unternehmen. Da aus Sicht des österr Gesetzgebers in diesem Punkt kein Regelungsbedarf bestand, wurden in Hinblick auf Art 7 Leiharbeits-RL keine Änderungen im ArbVG vorgenommen. Gem Art 4 Leiharbeits-RL sind zudem Verbote und Einschränkungen der Leiharbeit nur aus bestimmten Gründen des Allgemeininteresses möglich.¹⁷¹

6. Kapitel: Zwecke und Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung

1. Allgemeines

Das AÜG zählt in seinem § 2 die mit diesem Gesetz verfolgten Zwecke explizit auf. Diese programmatische Bestimmung dient zur Interpretation einzelner Gesetzesbestimmungen nach ihrem Sinn.¹⁷² Die Arbeitskräfteüberlassung erfüllt in der Praxis aber auch Funktionen, die sich nicht immer mit den in § 2 AÜG ausdrücklich genannten Zwecken decken. Im folgenden Kapitel werden daher in einem ersten Schritt die Zwecke des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes untersucht. Diese Ausführungen dienen als Basis für die Beantwortung der sich im Rahmen dieser Untersuchung stellenden Auslegungsfragen.¹⁷³ Im Anschluss daran werden die wichtigsten Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung mit Fokus auf die Sicht der Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskräfte dargestellt. Da der Arbeitskräfteüberlassung ein Struktur- und Funktionswandel attestiert wird,¹⁷⁴ ist auf diesen im Speziellen einzugehen.

2. Zwecke des AÜG

Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz verfolgt gemäß § 2 AÜG drei Zwecke. Dazu zählt der „*Schutz der überlassenen Arbeitskraft*“ insb in arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten (§ 2 Abs 1 Z 1 AÜG). Weiters die „*Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen*“ (§ 2 Abs 1 Z 2 AÜG)

¹⁷¹ Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang der Antrag der Grünen, die im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL noch die Einführung einer „*Leiharbeitsquote*“ von 10% in Unternehmen und eine Begrenzung der Einsatzdauer forderten, vgl Parlamentskorrespondenz Nr 785 vom 16. Oktober 2012; so auch StenProt 173. Sess 24. GP 166.

¹⁷² Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 59.

¹⁷³ Nach *Schindler* (ZellKomm² § 2 AÜG Rz 9) sind die sozialpolitischen Zwecke des AÜG bei durch die Aufspaltung der AG-Pflichten verursachten Problemen, wie zB der BR-Zuständigkeit bei verschlechternden Versetzungen zu beachten.

¹⁷⁴ Vgl *Geppert*, DRdA 2011, 510f.

sowie drittens die Verhinderung von Beeinträchtigungen der Lohn- und Arbeitsbedingungen und die Gefährdung der Arbeitsplätze der „Arbeitnehmer im Beschäftigungsbetrieb“ (§ 2 Abs 3 AÜG). Nach den Materialien kommt dem Zweck des Schutzes der überlassenen Arbeitskraft „absoluter Vorrang“¹⁷⁵ zu. Die Ansichten des Schrifttums hinsichtlich der Rangfolge der Zwecke sind geteilt. Ein Teil der Lehre geht – wie die Materialien – davon aus, dass dem Schutz der überlassenen Arbeitskraft absoluter Vorrang zukommt.¹⁷⁶ Andere sehen im Schutz der Arbeitnehmer im Beschäftigerbetrieb das Hauptanliegen des Gesetzgebers.¹⁷⁷ Von manchen wird aber auch die Gleichrangigkeit der Zwecke vertreten.¹⁷⁸

Der Zweck des **Schutzes der überlassenen Arbeitskräfte** ist nicht nur individuell, sondern auch kollektiv zu verstehen.¹⁷⁹ Danach soll die Gruppe der überlassenen Arbeitskräfte insgesamt durch die Bestimmungen des AÜG an ein Niveau herangeführt werden, das für Arbeitnehmer im Allgemeinen von der Rechtsordnung gewünscht wird. Insbesondere schützt das AÜG in seiner Gesamtheit das Interesse der Überlassenen in ein zweipersonales Arbeitsverhältnis zu wechseln, also Stammarbeitnehmer des Beschäftigers zu werden.¹⁸⁰ Durch den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte wird indirekt auch der Schutz der „**Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes**“ hinsichtlich der Lohn- und Arbeitsbedingungen (§ 2 Abs 3 AÜG) erreicht. Arbeitskräfteüberlassung wurde vor der Schaffung des AÜG in erster Linie zur Senkung direkter Personalkosten durch niedrigere Entgelte sowie die Einsparung sonstiger Vergütungsbestandteile (Sonderzahlungen, betriebliche Altersvorsorge udgl) genutzt.¹⁸¹ Insbesondere der damaligen verstaatlichten Industrie dienten „*jahrelange Überlassungen als Instrument der verdeckten*

¹⁷⁵ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 13.

¹⁷⁶ Vgl Friedrich, ASoK 2007, 220; Geppert in FS W. Schwarz 242.

¹⁷⁷ Vgl B. Schwarz (Arbeitnehmerähnliche Personen und überlassene Arbeitskräfte in der Arbeitsverfassung, In FS W. Schwarz 317f) va in Hinblick auf die ins ArbVG eingefügten Mitwirkungsrechte.

¹⁷⁸ Vgl Körber-Risak, Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung: Erzwingbare Quoten und Kontrahierungszwänge? RdW 2008/556, 593; so auch Schindler (in ZellKomm² § 2 AÜG Rz 5), wobei für ihn allerdings „die Sorge um das Wohl der Stammebelegschaften zweifellos das treibende Motiv“ für die Schaffung des AÜG war; Schratlbauer, Arbeitskräfteüberlassung: Chance oder Risiko für Problemgruppen des Arbeitsmarktes? (2015) 41.

¹⁷⁹ Vgl Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG 60.

¹⁸⁰ So zutr Schörghofer, Grenzfälle 23. Er stützt sich dabei auf § 12 Abs 4 AÜG (Informationspflicht hinsichtlich freier Arbeitsplätze beim Beschäftiger) sowie auf die Rsp des OGH zu § 8 Abs 2 AÜG und § 11 Abs 2 Z 6 AÜG, wonach die Vereinbarung von Vermittlungsprovisionen und Konventionalstrafen im Dienstverschaffungsvertrag unzulässig ist, vgl dazu OGH 30.07.2012, 9 Ob 19/12b, ARD 6261/3/2012 = ZAS 2013/5, 31 (zust Gleißner).

¹⁸¹ Vgl Krause, KJ 2/2013, 120.

Redimensionierung innerbetrieblicher Arbeitsbedingungen“.¹⁸² Seit Inkrafttreten des AÜG 1988 und verstärkt durch die Leiharbeits-RL und deren Umsetzung sollen nach der Intention des Gesetzgebers die Entgelt- und Arbeitsbedingungen der Überlassenen im Wesentlichen jenen der Stammarbeitnehmer angeglichen werden (§ 10 AÜG). Durch eine Verteuerung des Dienstverschaffungsvertrags reicht der Überlasser die hierdurch entstehenden Kosten an die Beschäftiger weiter, was für diese eine Nutzung von Arbeitskräfteüberlassung – außer zur Deckung kurzfristigen Personalmangels – wirtschaftlich unattraktiv macht.¹⁸³ Diese Intention kommt auch in den Materialien zum Ausdruck, wonach die „*Gefahr der Verdrängung von Stammarbeitern aus Kostengründen durch vielfach billigere überlassene Arbeitskräfte besonders in Betrieben mit hohen betrieblichen Sozialleistungen*“¹⁸⁴ besteht. Die Angleichung der Entgelt- und Arbeitsbedingungen stärkt damit letztlich auch die ursprüngliche Funktion der Arbeitskräfteüberlassung, die Deckung kurzfristigen Personalmangels.¹⁸⁵ Damit wird auch dem vom Schrifttum attestierten und später noch darzustellenden Funktionswandel entgegengewirkt. Darüber hinaus dienen dem Schutz der Stammebelegschaft vor „*unlauterer*“ Konkurrenz durch überlassene Arbeitskräfte und vor der Gefährdung ihrer Lohn- und Arbeitsbedingungen auch die ins ArbVG eingefügten Bestimmungen zur Arbeitskräfteüberlassung (§ 99 Abs 5, § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG).¹⁸⁶ So räumt zB § 99 Abs 5 ArbVG dem Beschäftiger-BR das Recht ein, zu erfahren, welches Entgelt der Beschäftiger dem Überlasser zahlt, wodurch der Beschäftiger-BR befähigt wird, die wirtschaftliche Attraktivität der Überlassung und damit auch ihre Gefährlichkeit für die Stammebelegschaft zu beurteilen.¹⁸⁷ Aus Gesagtem ergibt sich somit, dass Überlassene

¹⁸² Vgl *Mazal*, Zur Regelungskompetenz in § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG, In *Körper-Risak/Wolf* (Hrsg), Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle: Entscheidungspraxis und Befugnisse, 2. Auflage (2016) 191; *Novak*, Unternehmensentwicklung und Zeitarbeit – Erfahrungen und Hintergründe, In *Flenreiss* (Hrsg), Sicher. Flexibel. Zeitarbeit in Österreich: Erfahrungen, Positionen, Perspektiven (2004) 48f. Aufgrund dieser ursprünglichen Funktion wurde bei der Gesetzgebung des AÜG weder ein Anspruch auf Übernahme in ein Dauerarbeitsverhältnis beim Beschäftiger noch Ansprüche auf überkollektivvertragliche innerbetriebliche Arbeitsbedingungen im Fall von langfristigen Überlassungen vorgesehen, vgl *Mazal*, Zeitarbeit in Österreich: Arbeitsrechtliche Aspekte, In *Flenreiss*, Zeitarbeit in Österreich 74.

¹⁸³ So schon für Deutschland *Krause*, ZfA 4/2014, 382; idS für Österreich *Schörghofer*, Grenzfälle 24. Aufgrund der mit der Umsetzung der Leiharbeits-RL verbundenen Verteuerung wurde eine Flucht in angrenzende Rechtsinstitute (zB Werkverträge) befürchtet, vgl *Schörghofer*, ZAS 2012/61, 344; *Burz*, Die Tücken des (neuen) AÜG: "Fairness" oder "verbrannte Erde" im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung? *ecolex* 2012, 1096.

¹⁸⁴ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 12.

¹⁸⁵ So auch *Mazal* in *Flenreiss*, Zeitarbeit in Österreich 74; *Schindler* in *ZellKomm*² § 2 AÜG Rz 6; *Schörghofer*, Grenzfälle 24.

¹⁸⁶ So zutr *B. Schwarz* in *FS W. Schwarz* 317.

¹⁸⁷ Vgl *Schörghofer*, Grenzfälle 25.

nach der Intention des Gesetzgebers keine billige „Schmutzkonzurrenz“¹⁸⁸ für die Stammebelegschaft sein sollen. Vielmehr soll ihre Flexibilität zur Deckung kurzfristigen Personalbedarfs als notwendige Ergänzung eines funktionierenden Wirtschaftsstandorts und Arbeitsmarktes angemessen und fair entgolten werden.

§ 2 Abs 1 Z 2 AÜG trifft keine Aussage darüber welche „**arbeitsmarktpolitisch nachteiligen Entwicklungen**“ der Gesetzgeber befürchtet. *Schörghofer*¹⁸⁹ will diese unter Bezugnahme der Verordnungskompetenz des § 15 AÜG bestimmen. Mit dieser Verordnungskompetenz wollte der Gesetzgeber sich die Möglichkeit offen halten, auf künftige, zum Zeitpunkt der Erlassung des AÜG noch nicht absehbare, nachteilige arbeitsmarktpolitische Entwicklungen adäquat reagieren zu können.¹⁹⁰ Nach *Schörghofer* stellen daher sowohl eine zu lange Überlassungsdauer als auch ein zu hoher Anteil an überlassenen Arbeitskräften ein Risiko für den Arbeitsmarkt dar. Auch für *Schindler*¹⁹¹ stellt ein zu hoher Anteil überlassener Arbeitskräfte eine arbeitsmarktpolitisch nachteilige Entwicklung dar. Nach seiner Ansicht ließe sich eine solche im Wesentlichen durch die Beschränkung des Anteils überlassener Arbeitskräfte in einzelnen Betrieben (§ 97 Abs 1 Z 1a ArbVG) oder Branchen (§ 15 AÜG) vermeiden. Derselben arbeitsmarktpolitischen Zielsetzung dienen auch die Restriktionen im Hinblick auf die Überlassung von Arbeitskräften aus dem Ausland nach Österreich (§ 16 AÜG).

Die drei genannten Zielsetzungen des § 2 AÜG sind als Leitlinien für die Interpretation heranzuziehen. Grundsätzlich ist im Rahmen der Auslegung daher jener Variante der Vorzug zu geben, die allen drei Zwecken (Schutz der überlassenen Arbeitskraft, Schutz vor nachteiligen Auswirkungen auf die Stammebelegschaft des Beschäftigterbetriebes sowie Schutz vor nachteiligen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt) am ehesten entspricht. Natürlich sind Konstellationen denkbar, in denen die unterschiedlichen Zielsetzungen zu unterschiedlichen – im Extremfall sogar zu sich widersprechenden – Ergebnissen führen können. Hier stellt sich die Frage, welcher Auslegungsvariante und damit welchem Ziel der Vorzug zu geben ist. Dem Gesetz lässt sich keine Rangfolge im Hinblick auf die unterschiedlichen Ziele entnehmen. Insbesondere deutet die Rangfolge der Nennung nicht auf die Relevanz im Rahmen der Auslegung hin.

¹⁸⁸ *Schindler* in ZellKomm² § 2 AÜG Rz 6.

¹⁸⁹ Grenzfälle 27. Diese Ermächtigung wurde in den Erläuterungen zum Ministerialentwurf der Novelle 2012 (366/ME 24. GP 5) als „*totes Recht*“ bezeichnet. Bis zum heutigen Tag wurde auf Grundlage von § 15 AÜG noch keine VO erlassen, vgl *Schindler* in ZellKomm² § 15 AÜG Rz 1.

¹⁹⁰ Vgl ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 21.

¹⁹¹ Vgl *Schindler* in ZellKomm² § 2 AÜG Rz 8.

Welche der im Gesetz genannten Zielsetzungen im Vordergrund steht, ist daher im Einzelfall nach Gehalt und vorrangigem Schutzzweck der in Frage stehenden Bestimmung zu entscheiden, wobei aber jener Variante der Vorzug zu geben ist, im Rahmen derer auch die beiden anderen in § 2 AÜG genannten Ziele bestmöglich berücksichtigt werden.¹⁹²

3. Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung

3.1. Einleitung

Sucht man im AÜG nach einem Hinweis auf die Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung so tut man dies vergebens. Wie bereits gezeigt werden konnte, unterstellt das Gesetz dieser Beschäftigungsform vielmehr gewisse Risiken. Es geht davon aus, dass die überlassenen Arbeitskräfte, die Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebs und der Arbeitsmarkt geschützt werden müssen. In der Folge werden daher die wichtigsten Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung aus Sicht der Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskräfte näher untersucht.

3.2. ...aus Sicht der Beschäftiger

Aus Sicht der Beschäftiger befriedigt Arbeitskräfteüberlassung in erster Linie das Bedürfnis nach einem flexiblen Einsatz von Personal.¹⁹³ Ursprünglich war damit gemeint, dass durch den Einsatz überlassener Arbeitskräfte kurzfristiger Personalmangel (**Ad-Hoc-Einsatz**) in Unternehmen gedeckt werden kann, zB bei Auftragsspitzen, Krankheit oder bei Elternteilzeit.¹⁹⁴ In der Folge ging es um die Bewältigung von zeitlich begrenzten Schwankungen des Auftragsvolumens (**Flexibilitätspuffer**).¹⁹⁵ In der Zwischenzeit kam es zu einem weiteren Struktur- und Funktionswandel. Arbeitskräfteüberlassung wird heutzutage als strategisches Mittel der Personalpolitik eingesetzt, um die Unsicherheit über

¹⁹² IdS schon zutr *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 41.

¹⁹³ ErwGr 11 Leiharbeits-RL 2008/104/EG, ABI L 2008/327, 10.

¹⁹⁴ Vgl *Geppert*, DRdA 2011, 507; *Grillberger*, Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, wbl 1988, 313; *Kerschner*, JBl 1981, 393; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 134; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung – Ein arbeitsmarktpolitisches Erfolgskonzept? *juridikum* 2/2003, 91; für Deutschland *Krause*, KJ 2/2013, 121. Im öffentlichen Sektor wurde Arbeitskräfteüberlassung ua im Zuge der EU-Präsidentschaft Österreichs im 2. Halbjahr 1998 zur Spitzenabdeckung eingesetzt, vgl *Flenreiss*, Die goldenen 90er Jahre, In *Flenreiss*, Zeitarbeit in Österreich 65; *Wroblewski*, Leiharbeit 7.

¹⁹⁵ Vgl *Krause*, KJ 2/2013, 121. IdS auch *Burz*, Stellungnahme der IV, 18/SN-366/ME 24. GP 1; *Nürnbergger*, Die Entwicklung der Zeitarbeit in Österreich aus Sicht der Gewerkschaft Metall-Textil, In *Flenreiss*, Zeitarbeit in Österreich 38.

die künftige Entwicklung des Arbeitskräftebedarfs als Folge volatiler werdender Absatzmärkte auf die Beschäftigten zu verlagern (**strategische Nutzung**).¹⁹⁶ Diese Entwicklung wurde besonders durch die Wirtschaftskrise begünstigt, was sich an der raschen Erholung der Überlassungsbranche nach dem Ende der Krise zeigt.¹⁹⁷ Arbeitskräfteüberlassung wird damit seither zur Ausdehnung des "Just-in-time"-Gedankens auf die Arbeitswelt genutzt.¹⁹⁸ Beschäftiger können durch diese Vorgehensweise ihre Stammebelegschaft „*schlank*“ halten, Kosten im Zusammenhang mit Personalbeschaffung und -verwaltung sparen und zudem noch Arbeitnehmer über die gesetzliche Probezeit hinaus erproben.¹⁹⁹

Arbeitskräfteüberlassung erfüllt darüber hinaus noch andere Funktionen. Sie wird von Beschäftigern eingesetzt, um **Konzernvorgaben** zu erfüllen oder um „*Bilanzkosmetik*“ zu betreiben, indem Personal- in Sachaufwand verwandelt wird.²⁰⁰ In manchen Unternehmen ist die **Senkung des Headcounts** Voraussetzung für die Gewährung eines Managementbonus.²⁰¹ Im öffentlichen Bereich werden durch den Einsatz von Arbeitskräfteüberlassung Aufnahmestopps umgangen.²⁰² Die Ankündigung der verstärkten Inanspruchnahme von Arbeitskräfteüberlassung kann zudem von der

¹⁹⁶ Vgl. Geppert, DRdA 2011, 509: „Manche Betriebe (...) organisieren das Wachstum somit nicht mehr mit festangestellten Arbeitskräften, sondern mit Überlassungskräften“; Sacherer, Juridikum 2/2003, 91; so aber schon zum AÜG 1988 Ziniel (Aktuelle Gesetzesvorhaben: Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und Novelle zum Ausländerbeschäftigungsgesetz, DRdA 1988, 176). Für Deutschland Krause, KJ 2/2013, 121; Ders, ZfA 4/2014, 357.

¹⁹⁷ Dazu mehr im vierten Kapitel („Arbeitskräfteüberlassung in Zahlen“) des vorliegenden Teils der Arbeit; dazu auch Springer, Der geliehene Erfolg 17; Wroblewski, Leiharbeit 26. Für Deutschland Krause, KJ 2/2013, 121.

¹⁹⁸ Vgl. Springer, Der geliehene Erfolg 17, 31; Burger, Neues zum AÜG, In Wachter/Burger (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2013 (2013) 3f; Böhm, Cooptation in Theorie und Praxis, In Flenreiss, Zeitarbeit in Österreich 132f.

¹⁹⁹ Vgl. Sacherer, Juridikum 2/2003, 91.

²⁰⁰ Vgl. Resch, Teilhabe an Betriebspensionssystemen für überlassene Arbeitskräfte, In Raschauer/Resch, Neuerungen 99f; Schneller, Arbeitskräfteüberlassung: Mitbestimmung bei Versetzungen und anderen personellen Maßnahmen, eolex 2006, 1021; für Deutschland Krause, ZfA 4/2014, 360. Aus diesem Grund wurde im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL bereits eine Novelle des Unternehmensgesetzbuchs beantragt. Es sollte die Pflicht statuiert werden, überlassene Arbeitskräfte im Jahresabschluss auszuweisen. Der Antrag fand keine Mehrheit, vgl. Parlamentskorrespondenz Nr 785 vom 16.10.2012. Auch Arbeitnehmervertreter (Gagawczuk, Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer, 10/SN-366/ME 24. GP 11 und der ÖGB, 23/SN-366/ME 24. GP 2) fordern schon seit längerem die Schaffung einer gesetzlichen Pflicht, die Kosten für überlassene Arbeitskräfte transparent auszuweisen.

²⁰¹ Vgl. Lembke, Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit, NZA 2013, 1312.

²⁰² Vgl. Seeh, Wie die Justiz Personalkosten auslagert, DiePresse.at vom 28.09.2014; Oswald, Ministerien umgehen Aufnahmestopp, DerStandard.at vom 14.01.2013; Widler/Moser/Wotke, Prekär beim Bund, paroli-magazin.at vom 3. April 2014; OGH 19.12.2013, 9 ObA 124/13w, DRdA 2014/49, 576 (Schrottbauer); Schapler, Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis: Rechtliche Rahmenbedingungen zwischen Sollen und Sein (2009) 49.

Arbeitgeberseite auch dazu eingesetzt werden, um die **Arbeitnehmerseite auf der betrieblichen Ebene zu Zugeständnissen zu veranlassen**.²⁰³ Der missbräuchliche Einsatz als Druckmittel funktioniert in der Praxis aber nur, da Beschäftigterbetriebsräte der Arbeitskräfteüberlassung noch heute mitunter skeptisch bis ablehnend gegenüberstehen.²⁰⁴ Sie wollen dadurch den Schutz der „eigenen“ Stammarbeitnehmer garantieren und dem eigenen Machtverlust entgegenzutreten. Diese defensive Haltung wird nur verständlich wenn man bedenkt, dass Arbeitskräfteüberlassung in ihren Anfängen zur verdeckten Redimensionierung innerbetrieblicher Arbeitsbedingungen genutzt wurde.²⁰⁵ Angesichts der heutigen Entwicklung in Richtung einer immer stärkeren Angleichung der Rechte von Überlassenen und Stammarbeitnehmern, ist eine solche Haltung inzwischen überholt. Zudem kann die ablehnende Haltung von Beschäftigterbetriebsräten im Ergebnis bewirken, dass genau das eintritt, was es damit zu verhindern galt, nämlich der eigene Machtverlust. Aufgrund des Widerstandes auf betrieblicher Ebene gehen Beschäftigter nämlich vermehrt dazu über, für bestimmte Aufgaben auf selbstständige Fremdfirmen zurückgreifen.²⁰⁶ Da Betriebsräte bei Werkverträgen weniger Mitwirkungsrechte haben als bei der Arbeitskräfteüberlassung, führt ihr **Kampf gegen die Arbeitskräfteüberlassung somit letztlich zur eigenen Machtminderung**.²⁰⁷ Hier ist ein Umdenken der Arbeitnehmervertretungen notwendig. Da überlassene Arbeitnehmer aus strukturellen Gründen seltener als Stammarbeitnehmer zur Kollektivierung ihrer Interessen neigen, kommt der Belegschaftsvertretung des Beschäftigterbetriebes ein hoher Stellenwert bei der Gewährleistung und Durchsetzung rechtskonformer Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen überlassener Arbeitskräfte zu.²⁰⁸ Dadurch schützen sie – wie

²⁰³ Krause, KJ 2/2013, 123; idS für Österreich schon Springer, Der geliehene Erfolg 19, 88.

²⁰⁴ Vgl für Österreich ua Dimmel, Strukturwandel der Arbeitsbeziehungen, juridikum 3/2007, 141; Flenreiss, Die wilden 80er Jahre, In Flenreiss, Zeitarbeit in Österreich 37; Wroblewski, Leiharbeit 10; für Deutschland vgl Schröder, Fleißig, billig, schutzlos: Leiharbeiter in Deutschland (2009) 159ff.

²⁰⁵ Vgl Mazal in Flenreiss, Zeitarbeit in Österreich 74.

²⁰⁶ Eingehend zur Diskussion in Deutschland mwN und aktuellen Beispielen Krause, ZfA 4/2014, 352ff. Ein Praxisbeispiel von Airbus in Hamburg ist auch nachzulesen bei Schröder, Fleißig, billig, schutzlos 148ff. Zur Abgrenzung der Industriedienstleistung zur einer (allenfalls verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung eingehend Oberthür, Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung, In Rieble/Junker/Giesen, Industriedienstleistungen 44ff.

²⁰⁷ Vgl Deinert, RdA 2014, 74; Franzen, Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb, In Rieble/Junker/Giesen, Industriedienstleistungen 87ff; so auch Rieble in Rieble/Junker/Giesen, Industriedienstleistungen 31; Völpel, Mehr Mitbestimmung in Betrieben: DGB will Vetorecht bei Werkverträgen, Taz.de vom 23. April 2014.

²⁰⁸ Vgl Krause, KJ 2/2013, 123; Kocher, Barrieren der Mobilisierung von Arbeitsrecht – Oder: Lässt sich Fairness erzwingen? juridikum 1/2012, 72f. In Österreich weiß zB mehr als ein Drittel der überlassenen Arbeitskräfte (35%) nicht, ob in ihrem Überlasserbetrieb ein BR installiert ist. Demgegenüber wissen nur

bereits gezeigt werden konnte – indirekt auch die Interessen ihrer „eigenen“ Stammarbeitnehmer und stärken im Ergebnis auch ihre eigene Position.

3.3. ... aus Sicht der Überlassenen

Erwägungsgrund 11 der Leiharbeits-RL zählt einige Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung aus Sicht der Überlassenen auf. Zum einen soll die Arbeitskräfteüberlassung dem „*Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren*“²⁰⁹ entsprechen. Zur Frage wie Arbeitskräfteüberlassung das bewirken soll, schweigen die Erwägungsgründe. Es ist aber zu bezweifeln, dass Arbeitskräfteüberlassung neben flexiblen Formen der Arbeitszeitgestaltung (zB Gleitzeit) oder anderen atypischen Beschäftigungsformen (zB Teilzeit oder befristeten Arbeitsverhältnissen) zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet.²¹⁰ In der Regel ist die Vereinbarkeit von Beruf und Familie im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung aufgrund der Beschäftigungsunsicherheit und der mit einem Beschäftigerwechsel einhergehenden möglichen Wechsel der Lage und der Dauer der Arbeitszeit zumeist noch schwächer ausgeprägt als in einem regulären Arbeitsverhältnis.²¹¹ Für den Großteil der Beschäftigten wird daher die berufliche Situation als überlassene Arbeitskraft nicht wie behauptet positive Auswirkungen auf ihr Privatleben haben.²¹²

Eine weitere Funktion der Arbeitskräfteüberlassung sieht die Leiharbeits-RL darin, dass sie „*zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt*“²¹³ beiträgt. Auch nach den Materialien zum AÜG 1988 soll

18% der Überlassenen nicht, ob im Beschäftigerbetrieb ein BR existiert, vgl *Riesenfelder/Wetzel*, Leiharbeit 44.

²⁰⁹ ErwGr 11 Leiharbeits-RL, ABl L 2008/327, 10.

²¹⁰ So auch *Schörghofer*, *juridikum* 1/2014, 93.

²¹¹ So *Hamann*, *EuZA* 2/2009, 295; ebenso krit *Krause* (KJ 2/2013, 130) wonach das Argument nur Konsistenz gewinnt, wenn man sich den europäischen Politikansatz vor Augen hält, der arbeitsrechtliche Regelungen zunehmend als Arbeitsmarktrecht konzipiert, das auf die Schaffung von mehr Arbeitsplätzen abzielt, auch wenn damit Abstriche beim Sozialschutz einhergehen.

²¹² So schon *Sacherer*, *juridikum* 2003, 92.

²¹³ ErwGr 11 Leiharbeits-RL, ABl L 2008/327, 10. IdS verfolgt die Richtlinie das Konzept von „*flexicurity*“ (Punkt 9 der ErwGr), vgl *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch – Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts, KOM(2006) 708 endg. Dieser Ansatz ist nicht neu. Die Befriedigung dieses „*wirtschaftlichen Bedürfnisses*“ wurde der Arbeitskräfteüberlassung bereits im Jahr 1967 vom BVerfG (04.04.1967, 1 BvR 84/65 NJW 1967, 974 zitiert nach *zust Müller*, *ZAS* 1968, 80) attestiert. Arbeitnehmerüberlassung mobilisere nach Ansicht des BVerfG Personen, die einerseits auf eine besonders elastische Gestaltung ihrer Arbeitszeit Wert legen und andererseits, wenn sie zur Verfügung stehen, sofort ihren individuellen Fähigkeiten entsprechend eingesetzt werden möchten und durch die

Arbeitskräfteüberlassung ein „*integrierender Bestandteil des Arbeitsmarktes*“ sein.²¹⁴ Gehofft wird insb, dass die überlassenen Arbeitskräfte in die Stammebelegschaft der Beschäftiger übernommen werden. Nach einer Erhebung von *Riesenfelder/Wetzel*²¹⁵ spiegelt sich diese Hoffnung auch in dem Wunsch der Überlassenen wider, denn rund 54% der haupterwerbstätigen Überlassenen wünschen sich den Wechsel in ein Standardarbeitsverhältnis. Die Absicherung dieser sog „*Brückenfunktion*“²¹⁶ erfolgt in erster Linie durch § 8 Abs 2 und § 11 Abs 2 Z 6, 7 AÜG. Verboten sind demnach Vereinbarungen im Arbeitsvertrag sowie zwischen den beteiligten Unternehmern, die dem Wechsel der Arbeitskraft insb in die Stammebelegschaft des Beschäftigers entgegenstehen. Die überlassene Arbeitskraft soll die Möglichkeit haben, einen Arbeitsvertrag mit dem Beschäftiger zu schließen „*und die Vorteile eines festen Arbeitsplatzes zu genießen*“²¹⁷. Um den Übergang zu erleichtern muss der Beschäftiger überlassene Arbeitskräfte zudem über freie Stellen im Beschäftigerbetrieb informieren (§ 12 Abs 4 AÜG) und ihnen den gleichen Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen wie Stammarbeitnehmern gewähren (§ 10 Abs 6 AÜG). Vor allem der zuletzt genannte Anspruch stärkt schon im Vorfeld die soziale Integration der Überlassenen im Beschäftigerbetrieb. Trotz dieser gesetzlichen Vorkehrungen wird die tatsächliche Wirksamkeit der Brückenfunktion bezweifelt.²¹⁸ Im Jahr 2012 dauerten 27% der Überlassungen länger als ein Jahr, 2002

Beziehung zu dem ihnen bekannten, überlassenden Unternehmer gesichert sein wollen, vgl dazu schon krit *Schapler*, Arbeitskräfteüberlassung 24f.

²¹⁴ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 16.

²¹⁵ Leiharbeit 43f. Als Gründe werden die fehlenden beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten, die Unzufriedenheit mit der Arbeitsbelastung und dem Entgelt sowie die empfundene Inäquivalenz zwischen beiden genannt. Auch nach *Springer* (Der geliehene Erfolg 61) sehen praktisch alle Überlassenen das Überlassungsverhältnis als Zwischenlösung an, bis sie einen Dauerarbeitsplatz gefunden haben. Für Deutschland kommen *Mayer/Scheibe* (Wer sind die Leiharbeitnehmer? [2012] 7, 16) zum selben Ergebnis.

²¹⁶ Auch „*Übernahme-, Klebe- oder Türöffnerfunktion*“ sowie „*Job-Kleberei*“ genannt. Anders jedoch *Geppert* (DRdA 2011, 509). Er differenziert zwischen der „*Türöffnerfunktion*“ und der „*Brückenfunktion*“ wobei es im „*ersten Fall (...) um das Verbleiben von Überlassungskräften als "Normal-(Fulltime-)Jobkräfte" im Betrieb des Beschäftigers* [geht]. *Als "Brückenfunktion" definiert man dagegen die Wiedereingliederung von aus dem Arbeitsmarkt (aus welchen Gründen auch immer) ausgeschiedenen Arbeitskräften in den (sog "ersten") Arbeitsmarkt.*“

²¹⁷ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 20.

²¹⁸ So *Schapler*, Arbeitskräfteüberlassung 25f, der diese Funktion allerdings als „*Türöffnerfunktion*“ bezeichnet. *Sacherer* (juridikum 2/2003, 93) geht jedoch davon aus, dass nur gut Qualifizierte tatsächlich von der Brückenfunktion profitieren. Für Deutschland *Deinert*, RdA 2014, 69; *Krause* (KJ 2/2013, 122) merkt in diesem Zusammenhang an, dass die meisten überlassenen AN auf eine Festanstellung hoffen und ihren Status als Überlassene als bloße Interimslösung begreifen; *Sansone*, Gleichstellung 37 (insb FN 5). Nach *Riesenfelder/Wetzel* (Leiharbeit 25) schwankt der Anteil jener Überlassenen, die nach der Beendigung der Überlassung in ein Standardarbeitsverhältnis (egal ob beim Beschäftiger oder einem anderen AG) wechseln in den Jahren von 1997 bis 2008 in Österreich zwischen 19 und 23% (2008: 23%). Nach einer anderen, von ihnen durchgeführten Erhebung werden 12% der Überlassenen nach Ende der Überlassung vom Beschäftiger

waren es noch 18%.²¹⁹ Da diese Zahlen nicht allein mit der Deckung kurzfristigen Personalmangels erklärt werden können, muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass die überlassenen Arbeitskräfte Dauerarbeitsplätze besetzen.²²⁰ Da sie schon einen Dauerarbeitsplatz besetzen, wird ihnen damit nicht der Wechsel in die Stammebelegschaft ermöglicht. Die gewünschte Effekt kann damit nicht eintreten. In der Regel werden durch die Arbeitskräfteüberlassung daher keine zusätzlichen Arbeitsplätze geschaffen, sondern vielmehr das vorhandene Arbeitsvolumen nur umgeschichtet.²²¹

Zwar keine Funktion, aber ein wesentliches Problem der Arbeitskräfteüberlassung besteht darin, dass in ihrem Rahmen die Mobilisierung von Arbeitsrecht auf zweierlei Weise beeinträchtigt ist. Zum einen sind überlassene Arbeitskräfte schlecht über ihre Rechte informiert.²²² Das führt in Kombination mit der – aufgrund der zersplitterten Arbeitgeberstellung – ohnehin schon geringen Klagsfreude²²³ überlassener Arbeitskräfte dazu, dass Rechtsprechung, insbesondere auch zur betriebsverfassungsrechtlichen Stellung überlassener Arbeitskräfte, spärlich gesät ist. Hier wäre eine verstärkte Unterstützung überlassener Arbeitskräfte durch die Interessenvertretungen der Arbeitnehmer dringend notwendig, führt doch die mangelnden Geltendmachung von Ansprüchen auch dazu, dass Überlasser einen klaren Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Arbeitgebern haben, da Streitkosten und Zeitverluste deutlich geringer ausfallen.²²⁴

übernommen. *Riesenfelder/Wetzel* sehen die Ursache für diesen geringen Anteil darin, dass Arbeitskräfteüberlassung in Österreich va der Abdeckung von Arbeitsspitzen und nicht der Integration dient.

²¹⁹ Vgl *Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich 11/2012, 3.

²²⁰ Vgl *Geppert*, DRdA 2011, 509 mwN.

²²¹ Vgl *Sacherer*, juridikum 2/2003, 93.

²²² Vgl *Krause*, KJ 2/2013, 126; idS auch *Sacherer*, juridikum 2003, 92. Der Großteil der überlassenen Arbeitskräfte setzt sich nach wie vor aus (ungelernten) Arbeitern zusammen, die häufig nur schlecht über ihre Rechte infomiert sind und aufgrund der mangelnden betrieblichen Solidarität nicht oder nur unzureichend hierüber aufgeklärt werden.

²²³ Vgl *Rieble* in *Rieble/Junker/Giesen*, Industriedienstleistungen 21. Stamarbeitnehmer haben aufgrund der Unterstützung der Gewerkschaft und des BR einen größeren Anreiz, ihre Rechte wahrzunehmen, vgl *Wroblewski*, Leiharbeit 24.

²²⁴ Vgl *Rieble* in *Rieble/Junker/Giesen*, Industriedienstleistungen 22.

Ausgewählte Rechtsfragen der Betriebszugehörigkeit

1. Kapitel: Allgemeines

Im zweiten Teil des Arbeitsverfassungsgesetzes (§§ 33ff ArbVG) wird die Betriebsverfassung geregelt. Hier finden sich ua Vorschriften über die Organisation der Belegschaftsvertretung in den Betrieben, die Befugnisse der gewählten Organe, ihre Zuständigkeiten und Kompetenzen sowie die Rechtsstellung der Mitglieder dieser Organe. Eine Interessenvertretung ist überall dort notwendig, wo mehrere Beschäftigte in einem Abhängigkeitsverhältnis im Rahmen einer bestimmten Arbeitsstätte tätig sind.²²⁵ Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Betriebsverfassung ist das Vorliegen eines Betriebes iSd § 34 ArbVG in welchem dauernd mindestens fünf stimmberechtigte (§ 40 Abs 1, § 49 ArbVG) AN iSd § 36 ArbVG beschäftigt sind. Nur AN in diesem Sinn sind Mitglieder der Betriebsbelegschaft, werden vom BR vertreten, kommen in den Genuss des vom ArbVG vorgesehenen Schutzes, ua bei Versetzung, Kündigung und Entlassung und können von BVen erfasst werden. Die zentralen Begriffe der Betriebsverfassung sind somit der Arbeitnehmer- und der Betriebsbegriff. Die Stellung von überlassenen Arbeitskräften wirft in diesem Zusammenhang eine Reihe von Fragen auf, die in diesem Kapitel zu untersuchen sind. Anders als in Deutschland (§ 14 Abs 1 dtAÜG) enthält das österr AÜG keine speziellen Regelungen über die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung überlassener Arbeitskräfte, weder in Hinblick auf den Überlasser- noch auf den Beschäftigerbetrieb. Deshalb ist in der Folge anhand der allgemeinen Bestimmungen des ArbVG die betriebsverfassungsrechtliche Stellung überlassener AN zu untersuchen.

Die hA²²⁶ geht von der absolut zwingenden Wirkung des Betriebsverfassungsrechts aus. Dispositionen über den Status überlassener AN (zB in BVen) sind damit ausgeschlossen. In der Praxis herrscht daher erheblicher Klärungsbedarf.²²⁷ Eingangs wird

²²⁵ Vgl *Jabornegg/Naderhirn/Trost*, Die Betriebsratswahl, 6. Auflage (2014) 28.

²²⁶ Statt vieler grundlegend *Jabornegg*, Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, In *Jabornegg/Grillberger/Martinek/Schwarz/Spielbüchler* (Hrsg), Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung, Festschrift für *Rudolf Strasser* zum 60. Geburtstag (1983) 367; OGH 11.10.1995, 9 ObA 110/95, Arb 11.450; OGH 22.10.1997, 9 ObA 151/97i, DRdA 1998, 58 (zust *Jabornegg*); OGH 24.02.2000, 8 ObA 338/99k.

²²⁷ Vgl *Körber-Risak* in *ZellHB BV Rz* 8.17.

daher die betriebsverfassungsrechtliche Stellung überlassener AN beim Überlasser und Beschäftigter – zur besseren Übersicht getrennt – untersucht. Gesondert ist auf den speziellen Status arbeitnehmerähnlicher überlassener Personen in der Betriebsverfassung einzugehen. Im Anschluss daran wird der Frage nachgegangen, inwieweit überlassene AN bei der Berechnung von Schwellenwerten in der Betriebsverfassung zu berücksichtigen sind. Weiters stellt sich im Zusammenhang mit der Betriebszugehörigkeit die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen überlassene AN das aktive und passive Wahlrecht zum Betriebsrat²²⁸ besitzen. In einem ersten Schritt wird die Zugehörigkeit überlassener AN zum Überlasserbetrieb untersucht.

2. Kapitel: Zugehörigkeit zum Überlasserbetrieb

1. Problemaufriss

Um die betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit überlassener Arbeitnehmer zu klären, ist zunächst der rechtliche Status der organisatorischen Einheit des Überlassers zu untersuchen. Fraglich ist, ob es sich um einen einheitlichen Betrieb handelt oder um zwei, durch den Betriebszweck getrennte, organisatorische Einheiten. Im Anschluss daran ist zu untersuchen, ob Überlassene den Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG beim Überlasser erfüllen. Am Ende des Kapitels findet sich eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.

2. Der Betriebsbegriff

2.1. Allgemeines

Die Rechtsprechung²²⁹ und die überwiegende Lehre²³⁰ gehen stillschweigend davon aus, dass ein einheitlicher Überlasserbetrieb besteht. Diesem Betrieb gehören sowohl die

²²⁸ Sofern kein gegenteiliger Hinweis erfolgt, wird dieser Begriff im Rahmen der vorliegenden Arbeit als Oberbegriff für verschiedene Typen von Betriebsräten (Gruppenbetriebs-, Betriebs-, Zentralbetriebs-, Jugendvertrauensrat) verwendet.

²²⁹ Vgl dazu die stRsp zum allg Kündigungsschutz OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87, DRdA 1988, 54 = ZAS 1988/9, 95 (*Schnorr*) = ARD 3921/10/87 = RdW 1987, 379 = DRdA 1988, 54 = infas 1988, A 1 = wbl 1989, 265; bestätigt ua durch OGH 24.07.2013, 9 ObA 79/13b, DRdA 2014/19, 235 (*Kreil*) = ZAS 2014/45, 281 (*Kühteubl*) = GesRZ 2014, 58 (*F. Schörghofer/ P. Schörghofer*) = wbl 2013/258, 703 (*Grillberger*).

²³⁰ Vgl *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht² 301f; *Marhold*, Betriebsvereinbarungen für überlassene Arbeitnehmer: Zurechnung zur Belegschaft des Beschäftigterbetriebes erfolgt je nach Sachfrage, ASoK 2008, 251; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 141; so schon *Müller* in FS *Schnorr* 191; *Rauch*, Überlassene

Arbeitnehmer des Verwaltungsbereichs als auch die überlassenen Arbeitnehmer an. Diese Annahme wurde zuweilen von der Literatur hinterfragt.²³¹ Auf die Einheit des Betriebszwecks hinweisend wurde gefragt, ob nicht in Wahrheit zwei Betriebe – ein verwaltungstechnischer und ein Betrieb zur Verfügungstellung von Arbeitskräften an Dritte – bestehen, da diese Einheiten unterschiedliche Zwecke verfolgen. In der Folge soll diese Frage erneut untersucht werden, hat doch ihre Beantwortung erhebliche Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Arbeitnehmer zur betrieblichen Organisation.

2.2. Einheit des Betriebszwecks

Ein Betrieb ist per definitionem jede Arbeitsstätte, die eine organisatorische Einheit bildet, „*innerhalb der eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht*“.²³² Die in § 34 Abs 1 ArbVG geforderte **organisatorische Einheit** kommt nach der hA²³³ in der Einheit des Betriebsinhabers, der Einheit des Betriebszwecks und der Einheit der Organisation zum Ausdruck.

Ob mehrere Arbeitsstätten zusammen oder jede Arbeitsstätte für sich als Betrieb zu qualifizieren ist, hängt in erster Linie davon ab, ob der BI in diesen Arbeitsstätten einen einheitlichen Zweck verfolgt.²³⁴ Den einheitlichen Betriebszweck des Überlassers ortet die Literatur in der „*fortgesetzten Zurverfügungstellung überlassener Arbeitskräfte als einheitliche Dienstleistung*“²³⁵. Dieser setzt sich sowohl aus den organisatorisch-

Arbeitskräfte und Betriebsrat, *ecolex* 2008, 158; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 101; *Mazal*, RdW 1987/11, 377; so schon *Schnorr*, Arbeitnehmerüberlassung 113f; *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 325; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 36 ArbVG Rz 8.

²³¹ Vgl. *Schnorr*, Arbeitnehmerüberlassung 114; aA *Mazal*, RdW 1987/11, 375; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 79; auch *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 313.

²³² Fraglich ist, ob der Betriebsbegriff im Hinblick auf die geänderten Arbeits- und Produktionsbeziehungen überhaupt noch passend ist. Die Beantwortung dieser Frage würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und ist daher einer eigenen Untersuchung vorzubehalten. Erste, überzeugende Überlegungen finden sich bei *Firlei*, Ist das ArbVG noch aktuell? – Betriebsverfassung, DRdA 2014, 525f.

²³³ Vgl. stRsp des OGH RIS-Justiz RS0051107; OGH 27.09.1995, 9 ObA 143/95, SZ 68/175; zuletzt OGH 22.07.2014, 9 ObA 51/14m, Arb 13.163 = DRdA 2015/30, 243 (*Firlei*), der diesbezüglich die Vorjudikatur des VwGH übernommen hat, vgl. VwGH 10.02.1976, 0441/75, DRdA 1976, 181; so auch ua *Jabornegg/Naderhirn/Trost*, Betriebsratswahl⁶ 36; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 4/198.

²³⁴ Vgl. stRsp OGH 23.02.1994, 9 ObA 311/93, RdW 1994, 183 = ZAS 1994, 149 (*Tomandl*).

²³⁵ *Mazal*, RdW 1987/11, 375; *Ders*, Arbeitskräfteüberlassung 79; so auch *Anzenberger*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsratsfonds: Doppelte Umlagepflicht für „Leiharbeiter“? ASoK 2001, 385; so auch *B. Schwarz* (in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 313), wonach alle in der

administrativen Tätigkeiten wie auch der fortgesetzten Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zusammen. Sowohl die Tätigkeit der AN der zentralen Verwaltungseinheit als auch die Tätigkeit der überlassenen Arbeitskräfte sind folglich auf die Erfüllung eines einheitlichen Betriebszwecks ausgerichtet. Beide Bereiche bilden – wenn die übrigen Merkmale des § 34 ArbVG erfüllt sind – nur gemeinsam einen Betrieb. Das Ergebnis ist durchaus überzeugend, einige Argumente sollen an dieser Stelle aber, va in Hinblick auf die neuere Rsp, noch ergänzt werden.

2.3. Technischer Sachzusammenhang

Zunächst ist festzustellen, dass die unternehmerische Tätigkeit der Überlassungsfirmen üblicherweise aus den zentralen Organisations-, Marketing- und Administrationsaufgaben im Zusammenhang mit der Zurverfügungstellung von Arbeitskräften und der Zurverfügungstellung selbst besteht.²³⁶ Die AN in der zentralen Verwaltungseinheit sind zum einen mit der administrativen Abwicklung laufender Überlassungen und zum anderen mit der Akquise von neuen Einsatzfeldern beschäftigt, um eine möglichst lückenlose Auslastung der Überlassenen zu erreichen.²³⁷ Die Beschäftigung der AN im Überlasserbetrieb besteht darin im Betrieb eines Dritten faktisch tätig zu sein oder auf einen solchen Einsatz zu warten.²³⁸

Die Einheit des Betriebszwecks äußert sich im unmittelbaren, insb technischen Zweck ohne Rücksicht auf den kaufmännischen Erfolg oder die Erwerbsabsicht.²³⁹ Entscheidend ist, dass ein in sich geschlossenes Arbeitsverfahren vorliegt, wo das das Arbeitsergebnis für sich alleine bestehen kann und nicht nur in Hilfs- oder Ergänzungstätigkeiten für andere Teile des Unternehmens besteht.²⁴⁰ Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich dabei – wie im Fall der Überlasserfirma – bei Arbeitsstätten mit zugewandter Produktion in denen jeweils nur ein Teil des Endproduktes hergestellt wird.

„Überlassungspraxis als AN iSd § 36 ArbVG eingegliedert(en)“ Überlassenen mit dem Verwaltungspersonal einen Betrieb iSd § 34 ArbVG bilden.

²³⁶ So schon *Mazal*, RdW 1987/11, 375; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 98.

²³⁷ So auch *Riesenfelder/Wetzel*, Leiharbeit 47.

²³⁸ Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 385.

²³⁹ Vgl *Jabornegg/Naderhirn/Trost*, Betriebsratswahl⁶ 36.

²⁴⁰ Vgl *Jabornegg/Naderhirn/Trost*, Betriebsratswahl⁶ 37; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 4/198.

Das Endprodukt der Überlassungsfirma, die „*fortgesetzte Zurverfügungstellung von Arbeitskräften*“ setzt sich sowohl aus der Überlassung von Arbeitskräften selbst als auch aus deren Verwaltung zusammen. Ist das Endprodukt wie ivF als "*technischer Zweck*" des Betriebs anzusehen, können Arbeitsstätten nach der mittlerweile stRsp des OGH²⁴¹, bei Vorliegen eines einheitlichen Leitungsapparats zusammen als Betrieb angesehen werden. Entscheidend ist, ob zwischen den in mehreren Arbeitsstätten verfolgten Arbeitsergebnissen ein **technischer Sachzusammenhang** besteht.²⁴² Liegt ein solcher – wie hier – vor, so ist prima facie von einem einheitlichen Betrieb auszugehen, zumal die fehlende Eigenständigkeit des Arbeitsvorgangs zumeist auch auf eine fehlende Selbstständigkeit bezüglich des Leitungsapparates hinweist.

2.4. Eigen- und Selbstständigkeit der Arbeitsstätten

Zu demselben Ergebnis gelangt man – wie die nachfolgende Untersuchung zeigen wird – wenn man vom Vorliegen zweier getrennter Zwecke ausgeht. Liegen unterschiedliche Zwecke vor, kommt es – um von zwei getrennten Betrieben sprechen zu können – nach der Rsp entscheidend auf die Einheit der Organisation an. Nach der stRsp müssen in der jeweiligen organisatorischen Einheit eigenständige Arbeitsergebnisse selbstständig hervorgebracht werden. Es sind somit in der Folge das Vorliegen der Kriterien der Selbst- und Eigenständigkeit der Arbeitsstätten zu untersuchen.

Der Begriff **Selbstständigkeit** beschreibt nach der Rsp²⁴³ die Selbstständigkeit des Leitungsapparates in Hinblick auf Tagesfragen in Bezug auf den arbeitstechnischen Zweck. Hier kommt es vor allem auf die produktionstechnische Leitung an. Aus diesem Grund ist die Selbstständigkeit einer Arbeitsstätte noch nicht entscheidend beeinträchtigt, wenn *bestimmte* administrative, kaufmännische oder wirtschaftliche Agenden getrennt in der Zentrale für eine Reihe von Betriebsstätten gemeinsam geführt werden.²⁴⁴ Im Rahmen der betrieblichen Struktur des Überlassers trifft die zentrale Verwaltungseinheit idR nicht nur bestimmte, sondern *alle* wesentlichen Entscheidungen in Bezug auf die technische Betriebsführung der überlassenen Arbeitskräfte. Sie entscheidet, welche Aufträge

²⁴¹ Vgl. RIS-Justiz RS0051091; statt vieler OGH 23.02.1994, 9 ObA 311/93, *ecolex* 1994, 418 = ZAS 1994, 149 (*Tomandl*).

²⁴² Vgl. ua auch *Mayr*, ArbR online § 34 ArbVG E 58: „*technische Verbindung*“.

²⁴³ Vgl. stRsp des OGH 27.05.1986, 4 Ob 51/85, SZ 59/89 = Arb 10525; OGH 28.11.2007, 9 ObA 147/07v; vgl. auch *Risak*, III. Die Betriebsverfassung, In *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Rz 23f.

²⁴⁴ Vgl. *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 34 ArbVG Rz 7.

angenommen, welche Arbeitskräfte für die Verrichtung welcher Tätigkeit in welchen Beschäftigbetriebe überlassen werden und schlussendlich auch über das Ende der Überlassung einzelner Arbeitskräfte.²⁴⁵ Werden – wie hier – alle wesentlichen Entscheidungen von der Zentrale getroffen, liegt nach stRsp²⁴⁶ mangels hinreichend technischer Selbständigkeit kein selbstständiger Betrieb der überlassenen Arbeitskräfte vor.

Die Einheit der Organisation verlangt zudem nach einer ausreichenden **Eigenständigkeit** des Arbeitsergebnisses. Das Ergebnis des Arbeitsvorganges muss dazu eine – wenn auch – beschränkte Abgeschlossenheit und Unabhängigkeit von anderen Betriebsvorgängen aufweisen.²⁴⁷ In einer zunehmend arbeitsteiligeren Wirtschaft, in der die Herstellung und Zulieferung von Teilprodukten einen eigenen Unternehmensgegenstand bilden kann, dürfen an die Eigenständigkeit der Arbeitsergebnisse keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.²⁴⁸ Einschlägig ist in diesem Zusammenhang va die Entscheidung des OGH zur Betriebseigenschaft des botanischen Gartens der Universität Wien.²⁴⁹ Auch hier war die Betriebseigenschaft von Arbeitsstätten mit unterschiedlichen Betriebszwecken fraglich.²⁵⁰ Nach dem OGH soll es zur Bestimmung der Eigenständigkeit entscheidend darauf ankommen, ob die unterschiedlichen Tätigkeiten losgelöst voneinander stattfinden oder ob diese nicht doch eng miteinander verbunden sind.²⁵¹ Werden – wie ivF – wesentliche Entscheidungen von

²⁴⁵ Weshalb man auch nicht davon ausgehen kann, dass die zentrale Verwaltungseinheit bloße Hilfs- oder Ergänzungstätigkeiten erbringt. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit dem eigentlichen Produkt des Unternehmens nichts zu tun haben, aber dessen Verwertung erleichtern, vgl *Tomandl* in *Tomandl* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2005-2015) § 34 Rz 17 mwN.

²⁴⁶ Vgl ua OGH 01.09.1999, 9 ObA 166/99y; zuletzt OGH 22.07.2014, 9 ObA 51/14m, DRdA 2015/30, 243 (*Firlei*); so auch *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz § 34 Rz 10f.

²⁴⁷ StRsp ua OGH 01.09.1999, 9 ObA 166/99y; OGH 22.08.2012, 9 ObA 74/12s; krit zur teleologischen Fundierung des Kriteriums der Eigenständigkeit *Marhold/Friedrich*, *Arbeitsrecht*² 523f, welche die Abgeschlossenheit des Arbeitsergebnisses bzw zmd die Unabhängigkeit von anderen Betriebsvorgängen dem Kriterium der Selbstständigkeit zuordnen.

²⁴⁸ Vgl *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 34 ArbVG Rz 10; *Marhold/Friedrich*, *Arbeitsrecht*² 524; *Tomandl* (in *Tomandl/Schrammel* [Hrsg], *Arbeitsrecht I: Gestalter und Gestaltungsmittel*, 7. Auflage [2011] 55f), welcher der Ansicht ist, dass die Jud mit ihren Anforderungen an die Eigenständigkeit über das Ziel hinausschießt. Er will die Eigenständigkeit jedenfalls dann anerkannt wissen, wenn das Arbeitsergebnis einen selbstständigen Unternehmensgegenstand abgibt, die Arbeitsstätte somit – würde sie um eine administrative Hilfestellung ergänzt – im Wirtschaftsleben selbstständig auftritt und ihre Arbeitsergebnisse anbieten kann.

²⁴⁹ Vgl OGH 01.09.1999, 9 ObA 166/99y.

²⁵⁰ Obwohl vom OGH nicht besonders untersucht, ist davon auszugehen, dass der Gartenbau ein von der universitären Forschung getrennter Zweck sein kann, so schon zutr *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 34 Rz 16; so auch *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 34 ArbVG Rz 11.

²⁵¹ Vgl *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 34 ArbVG Rz 11.

einer der beiden Einheiten für die andere getroffen, so muss tatsächlich von einem *einheitlichen Produktionskreislauf* ausgegangen werden, weshalb die Eigenständigkeit der ausführenden Einheit nicht gegeben ist.²⁵² Auch in unserem Fall werden die wesentlichen Entscheidungen von der zentralen Verwaltungseinheit getroffen und daher ist das Ergebnis der Arbeitsvorgänge der überlassenen Arbeitskräfte nicht von den Betriebsvorgängen der zentralen Verwaltungsabteilung abgeschlossen und unabhängig. Es liegt der einheitliche Produktionskreislauf *„fortdauernde Zurverfügungstellung von überlassenen Arbeitskräften“* vor.

Im Lichte dieser Rsp würden die überlassenen Arbeitskräfte nur einen unselbstständigen Betriebsteil der zentralen Verwaltungseinheit bilden. Allein die organisatorischen und administrativen Tätigkeiten der zentralen Verwaltungseinheit würden den Betriebszweck des Überlassers bilden. Die Grenze des Betriebes darf aber nicht so eng gezogen werden, denn der Umstand, dass der verwaltungstechnische Zweck in Wahrheit nur unterstützende, ergänzende Funktion hat, wird schon daran ersichtlich, dass der Überlasser nicht um der Verwaltung willen tätig wird, sondern um Dritten Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen. Auch für *Mazal*²⁵³ ist das Ergebnis der Tätigkeit der zentralen Führungsabteilung idR *„nicht im ausreichenden Maß eigenständig, dh zumindest beschränkt unabhängig“*, sondern typischerweise nur in Hinordnung auf die Tätigkeit der überlassenen Arbeitskräfte sinnvoll.

Es bestätigt sich somit die eingangs dargestellte Überlegung, dass die zentrale Verwaltungseinheit und die überlassenen Arbeitskräfte nur gemeinsam einen Betrieb iSd § 34 ArbVG bilden. Diese verfolgen einen gemeinsamen Zweck, der in der *„fortgesetzten Zurverfügungstellung von überlassenen Arbeitskräften als einheitlicher Dienstleistung“* besteht.

Bislang wurde – soweit überblickbar – noch kein Feststellungsverfahren gem § 34 Abs 2 ArbVG geführt, um die Frage zu klären, ob ein einheitlicher oder zwei getrennte Betriebe vorliegen. Zurückzuführen ist das, wie bereits ausgeführt, wohl darauf, dass die Praxis davon ausgeht, dass ohnehin ein einheitlicher Betrieb vorliegt. Eine gerichtliche Klarstellung wäre aber durchaus wünschenswert und die Voraussetzungen für die Klagslegitimation idR problemlos gegeben. Gefordert wird das Vorliegen eines rechtlichen Interesses, das immer schon dann gegeben ist, wenn die Rechtmäßigkeit einer Handlung

²⁵² Vgl *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 34 ArbVG Rz 11.

²⁵³ RdW 1987/11, 375.

von der Betriebseigenschaft abhängt, wie ua auch die Frage, ob eine Arbeitsstätte ein selbstständiger Betrieb und daher ein eigener BR zu wählen ist.²⁵⁴

3. Arbeitnehmereigenschaft im Überlasserbetrieb

Der in § 36 ArbVG normierte Arbeitnehmerbegriff geht von einer Beschäftigung aus, die nach hA²⁵⁵ sowohl durch einen **Arbeitsvertrag** als auch bloß durch eine faktische Eingliederung im Betrieb begründet werden kann. Im Falle der Überlassung von Arbeitnehmern besteht zwischen diesen und ihrem Überlasser ein Arbeitsvertrag. Der OGH²⁵⁶ bejahte bereits vor Inkrafttreten des AÜG ausdrücklich die betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit zum Überlasserbetrieb im Zusammenhang mit einem Vorverfahren nach § 105 ArbVG. Er stützte sich in einer Begründung auf die auch während der Dauer der Überlassung weiterhin aufrechte arbeitsvertragliche Beziehung zum Überlasserbetrieb. In der Literatur stieß diese Entscheidung zu Recht auf breite Zustimmung.²⁵⁷

Dem Überlasser kommen auch während der Dauer der Überlassung wesentliche **Arbeitgeberfunktionen** zu (zB Möglichkeit zur Rück- oder Weiterversetzung, die Entgeltzahlungspflicht). Nur er kann den AV mit dem überlassenen AN (gemeinsam mit diesem) abändern und auch (einseitig) lösen. Viele Mitwirkungsrechte des BR setzen den Bestand eines Arbeitsvertrags mit dem BI voraus, da sie an Rechtsgestaltungen des arbeitsvertraglichen AG anknüpfen (zB §§ 101, 104a, 105ff ArbVG).²⁵⁸ Um diese

²⁵⁴ Vgl dazu *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 2, 5. Auflage (2015) § 34 Rz 54; *Mayr*, Arbeitsrecht § 34 ArbVG E 97.

²⁵⁵ Vgl *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 98; *Klein*, Arbeitskräfteüberlassung – betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen, In *Brodil* (Hrsg), Tagungsband der 6. Wiener Oktobergespräche: Diener fremder Herren – Aktuelle Rechtsfragen der Arbeitskräfteüberlassung (erscheint voraussichtlich 2017).

²⁵⁶ RIS-Justiz RS0050877: „Auch wenn der Arbeitnehmer praktisch zur Gänze im fremden Betrieb eingegliedert war, bleiben die arbeitsvertraglichen Beziehungen zum Verleiherbetrieb weiterhin aufrecht; der Dienstgeber dieses Betriebes ist somit Adressat des in § 105 Abs 1 und 2 ArbVG normierten Kündigungsschutzes.“ Vgl insb auch OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87, ARD 3921/10/87 = DRdA 1988, 54 = ZAS 1988/9, 95ff (*Schnorr*); bestätigt ua durch OGH 24.07.2013, 9 ObA 79/13b.

²⁵⁷ Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 385; *Gahleitner*, ArbVR II⁵ § 36 Rz 15; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 129; ebenso *Geppert* in *FS W. Schwarz* 247; *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Körber-Risak* in *ZellHB BV Rz* 8.15; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 154; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 9/044; *Obereder* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap XV Rz 42; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 98; *Schindler* in *ZellKomm*² § 3 AÜG Rz 15: „selbstverständlich“; *Schnorr*, Arbeitnehmerüberlassung 113 der von „Arbeitgeberfunktion“ des Überlassers als Grund für die Einbeziehung spricht; *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 11.

²⁵⁸ Vgl *Gahleitner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, DRdA 1994, 383ff; *Dies*, ArbVR II⁵ § 36 Rz 15; so auch *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 11.

Schutzbestimmungen zugunsten der AN auch im Fall einer Arbeitskräfteüberlassung zu erhalten, ist die AN-Eigenschaft iSd § 36 ArbVG von überlassenen AN auch im Überlasserbetrieb zu bejahen.²⁵⁹ Eine wirksame Interessenvertretung ist dort zu errichten, wo die Entscheidungen fallen.²⁶⁰ Überlassene AN bedürfen daher – wie andere AN auch – dem Schutz der Betriebsverfassung als Gegenmacht zur Leitungsmacht ihres vertraglichen Arbeitgebers.

Wesentlich für die Beurteilung der Betriebszugehörigkeit ist zudem, ob die überlassenen Arbeitskräfte die arbeitstechnischen Zwecke des Überlassers im Rahmen einer organisatorischen Einheit unterstützen. Die Beschäftigung des überlassenen AN im Überlasserbetrieb besteht darin im Betrieb eines Dritten faktisch tätig zu sein oder auf einen solchen Einsatz zu warten. **Betriebszweck** des Überlassers ist – wie zuvor festgestellt – die fortgesetzte Zurverfügungstellung von Arbeitskräften an Dritte. Dieser Zweck wird gerade durch die Arbeitsleistung der überlassenen AN beim jeweiligen Beschäftiger erfüllt.²⁶¹ Das wiederum versetzt den Überlasser in die Lage seiner Verpflichtung aus dem Dienstverschaffungsvertrag nachzukommen. Die überlassenen Arbeitskräfte fördern daher durch ihre Tätigkeit beim Beschäftiger sowohl den arbeitstechnischen Zweck des Überlassers als auch den des Beschäftigers.²⁶²

Eine andere Ansicht wurde bislang nur von *Schnorr*²⁶³ vertreten. Nach seiner Ansicht sind überlassene Arbeitskräfte nicht der Belegschaft des Überlassers zuzurechnen, da sie aufgrund der Überlassung an verschiedene Beschäftiger keine dauernden Arbeitsplätze im Überlasserbetrieb einnehmen. Schon *Mazal*²⁶⁴ brachte dagegen überzeugend vor, dass die räumliche Geschlossenheit einer Belegschaft nicht so entscheidend ist wie ihre einheitliche Organisation auf einen bestimmten Betriebszweck hin. Daher spielt es für die Betriebszugehörigkeit der überlassenen AN keine Rolle, dass „*sie idR untereinander und zur zentralen Führungsstelle nur beschränkt in räumlichen*

²⁵⁹ Krit *Körber-Risak* (in ZellHB BV Rz 8.15), welche zwar einräumt, dass dieser Grund im Ergebnis sachgerecht erscheint, mangels gesetzlicher Grundlage aber dogmatisch nicht einwandfrei begründbar ist.

²⁶⁰ So schon *Gahleitner*, DRdA 1994, 383ff.

²⁶¹ Das entspricht auch dem Stand der Diskussion in Deutschland, vgl. eingehend *Hamann* in *Schüren/Hamann* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage (2010) § 14 Rn 21.

²⁶² AA *Körber-Risak* in ZellHB BV Rz 8.15 (FN 35). Sie bezweifelt das sich aus dem Betriebszweck des Überlassers eine eigene Art der Eingliederung ergebe, die die fehlende faktische Tätigkeit der AN im Beschäftigerbetrieb substituieren könnte.

²⁶³ Arbeitnehmerüberlassung 114.

²⁶⁴ RdW 1987/11, 375 (insb FN 6); *Ders*, Arbeitskräfteüberlassung 79; zust *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 98; idS wohl schon auch *Schrammel*, Der Angestellte „ex contractu“ im Arbeits- und im Sozialversicherungsrecht, ZAS 1973, 167 (noch zum BRG).

Kontakt stehen“. **Tätigkeiten außerhalb der Betriebsstätte** stellen kein Spezifikum der Arbeitskräfteüberlassung dar. Sie sind vielmehr ein allg arbeitsrechtliches Problem. Die Betriebszugehörigkeit ist nicht mit dem Ort der Arbeitsleistung ident. Es genügt, wenn die Arbeit innerhalb der betrieblichen Organisation geleistet wird.²⁶⁵ Nach der hA²⁶⁶ ist Betriebszugehörigkeit von Außendienstmitarbeitern nicht schon aufgrund ihrer Tätigkeit außerhalb der Betriebsstätte ausgeschlossen. Sofern der Schwerpunkt der Arbeitsbeziehung auf längere Sicht im Betrieb gelegen ist, ist vielmehr darauf abzustellen, ob der betreffende AN in einer **so engen Beziehung zum Betrieb** steht, dass er dem Betrieb **zugehörig betrachtet werden kann**, also ob ungeachtet seiner außerhalb der Betriebsstätte verrichteten Tätigkeit noch eine **organisatorische Eingliederung** in den Betrieb vorliegt.²⁶⁷ Aufgrund der Vergleichbarkeit der Situation muss entsprechendes auch für überlassene AN während der Dauer der Überlassung gelten.²⁶⁸ Entscheidend ist danach, ob das aufgrund der arbeitsvertraglichen Beziehung vorhandene **Weisungsrecht** des entsendenden Betriebes weiterhin besteht und dort die für den AN maßgeblichen personellen Entscheidungen getroffen werden.²⁶⁹

Die ununterbrochene Zugehörigkeit zum Überlasserbetrieb muss umso mehr auch in Anbetracht der hA²⁷⁰ bestehen, wonach auch Personen, deren faktische Arbeitsleistung im Betrieb gänzlich unterbleibt, da die wechselseitigen Hauptpflichten aus dem AV – aus

²⁶⁵ Vgl *Richardi*, Betriebszugehörigkeit als Rechtsproblem, In *Martinek/Migsch/Ringhofer/Schwarz/Schwimann* (Hrsg), Arbeitsrecht und soziale Grundrechte, Festschrift für *Hans Floretta* zum 60. Geburtstag (1983) 595.

²⁶⁶ Vgl *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 87; *Rauch*, *ecolex* 2008, 157; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 36 ArbVG Rz 4. Die organisatorische Eingliederung äußert sich zB in Berichtspflichten, Weisungsabhängigkeit, Kontrollrechten und disziplinarer Gewalt, vgl *Gahleitner*, ArbVR II⁵ § 36 Rz 18; RIS-Justiz RS0107424; zuletzt OGH 24.07.2013, 9 ObA 79/13b, DRdA 2014/19, 235 (*Kreil*) = ZAS 2014/45, 281 (*Kühteubl*): Die Zugehörigkeit wird aber auch dann bejaht, wenn die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen beim entsendenden Betrieb verbleiben.

²⁶⁷ So ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 69.

²⁶⁸ So zutreffend *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 87; *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 10.

²⁶⁹ So schon zutreffend *Richardi* (in FS *Floretta* 605) in Zusammenhang mit ins Ausland entsandten AN.

²⁷⁰ Vgl dazu die stRsp des OGH RIS-Justiz RS0107424; OGH 02.06.2009, 9 ObA 54/09w; zuletzt etwa OGH 24.07.2013 9 ObA 79/13b; *Jabornegg/Naderhirm/Trost*, Betriebsratswahl⁶ 65; *Mayr*, Arbeitsrecht § 36 ArbVG E 4; *Rauch*, *ecolex* 2008, 157; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 6 mwN; *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 10 nach welchem „im Betrieb beschäftigt“ iSv „dem Betrieb zugeordnet“ zu verstehen ist, weshalb die betreffende Person in den Betrieb organisatorisch eingebunden sein muss; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 36 ArbVG Rz 4ff; so auch die Materialien, wonach die Worte „alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen“ klarstellen sollen, dass AN, die zwar nicht im örtlich engeren Betriebsrahmen tätig sind (zB Reisende), wohl aber organisatorisch und soziologisch der Belegschaft des Betriebes zuzuordnen sind, dieser auch rechtlich angehören, vgl ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 69.

welchen Gründen auch immer²⁷¹ – ruhen, AN iSd § 36 ArbVG bleiben. Notwendig ist einzig, dass sie zu dem Betrieb in einem gültigen, unaufgelösten Arbeitsverhältnis iSd § 1151 ABGB stehen. Ausgangspunkt der Betriebszugehörigkeit ist auch hier das Weisungsrecht des vertraglichen AG. Die vertraglichen (Haupt-)Pflichten wurden ja nicht unterbrochen, sondern ruhen nur. Allein der vertragliche AG kann von seinen Gestaltungsrechten Gebrauch machen und insb das Arbeitsverhältnis beenden. Überlassene AN bedürfen daher – wie andere AN auch – dem Schutz der Betriebsverfassung als Gegenpol zur Leitungsmacht ihres vertraglichen Arbeitgebers.

4. Zusammenfassung

Der Überlasserbetrieb setzt sich – wenn die anderen Merkmale des § 34 ArbVG erfüllt sind – sowohl aus den AN der „zentralen Verwaltungseinheit“ wie auch aus den überlassenen Arbeitskräfte zusammen. Der einheitliche, arbeitstechnische Betriebszweck besteht in der „fortgesetzten Zurverfügungstellung von Arbeitskräften an Dritte als einheitliche Dienstleistung“. Die überlassenen Arbeitnehmer sind mit dem Überlasser arbeitsvertraglich verbunden. Sie werden von ihm weisungsgebunden zur Verfolgung seines arbeitstechnischen Zweckes eingesetzt. Da sie dem Weisungsrecht des Überlassers als AG unterliegen, sind überlassene Arbeitnehmer dem Überlasserbetrieb daher als AN gem § 36 ArbVG zugeordnet.

3. Kapitel: Zugehörigkeit zum Beschäftigterbetrieb

1. Problemaufriss

Überlassene Arbeitskräfte sind in der Regel (Ausnahme: überlassungsfreie Zeiten) in einem Betrieb tätig, der nicht der Betrieb ihres Arbeitgebers (Überlassers) ist. Daraus ergibt sich ihre Sonderstellung im Betriebsverfassungsrecht. Ob überlassene Arbeitnehmer den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff erfüllen, ist immer wieder in Grenzfällen strittig. Die Beantwortung dieser grundlegenden Frage ist dabei vor allem für die Berechnung von Schwellenwerten im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl und der Freistellung von Betriebsratsmitgliedern im Beschäftigterbetrieb von Relevanz.

²⁷¹ ZB Urlaub, Entsendung, Dienstreise, Krankheit, Präsenzdienst, Suspendierung oder sonstige Verhinderungen an der Dienstleistung.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen überlassene Arbeitnehmer der Belegschaft des Beschäftigerbetriebes angehören. Eingangs wird der Meinungsstand der Rechtsprechung und des Schrifttums kurz dargestellt. Im Anschluss daran folgt eine Analyse anhand des klassischen Interpretationskanons. Am Ende des Kapitels werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst dargestellt. Die Stellung arbeitnehmerähnlicher überlassener Personen in der Betriebsverfassung wird im Anschluss an diese Überlegungen in einem eigenen Abschnitt untersucht.

2. Meinungsstand der Rechtsprechung

Der OGH setzte sich bislang in zwei grundlegenden Entscheidungen mit der Frage der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft überlassener Arbeitnehmer im Beschäftigerbetrieb auseinander. Die erste Entscheidung stammt aus dem Jahr 1987, dem Jahr vor der gesetzlichen (Neu-)Regelung der Arbeitskräfteüberlassung.²⁷² Der OGH kam damals zu dem Schluss, dass der überlassene Arbeitnehmer im entscheidungsrelevanten Sachverhalt als AN iSd § 36 ArbVG anzusehen war, da wesentliche Arbeitgeberfunktionen auf den Beschäftiger übergingen, er dauerhaft überlassen und „*praktisch zur Gänze*“ in den Beschäftigerbetrieb eingegliedert war.²⁷³ Als wesentliches Kriterium für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft postulierte der OGH, dass die Überlassung „*für längere Zeit gedacht*“ sein muss. **Im Zweifel** soll es darauf ankommen, ob die Interessen der überlassenen Arbeitnehmer vom Beschäftigerbetriebsrat vertreten werden können. Dies sei dann der Fall, wenn Arbeitgeberfunktionen auf den Beschäftigerbetrieb übergehen und der überlassene AN in den Betrieb eingegliedert wurde. Verbleiben hingegen fast alle **Arbeitgeberfunktionen** beim Überlasser so zählen die überlassenen AN nur zur Belegschaft des Überlasserbetriebs. In **Ausnahmefällen** sei es aber auch möglich, dass die überlassenen Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich zu beiden Betriebsbelegschaften zählen. In seiner rechtlichen Beurteilung stützte sich der OGH auf die seiner Ansicht nach damals herrschende Ansicht im Schrifttum.²⁷⁴ Diese vom OGH zitierten Autoren

²⁷² Vgl OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87, ARD 3921/10/87 = ZAS 1988/9, 95 (*Schnorr*); vgl auch RIS-Justiz RS0029057.

²⁷³ Der Beschäftiger war für Provisionen, Überstunden, Urlaubsvereinbarungen sowie Disziplinarmaßnahmen zuständig und auch im Falle einer Dienstverhinderung infolge von Krankheit und Unglücksfall zu verständigen.

²⁷⁴ Der OGH verwies dabei auf *Strasser in Floretta-Strasser*, KommzArbVG 222; *Floretta-Strasser*, Kurzkomm 110; *Strasser*, Arbeitsrecht II² 218; *Floretta-Strasser*, KommzBRG² 46; *Weißenberg-Cerny*, ArbVG⁴ 123; *Müller*, ZAS 1968, 78ff, 82; Arb.8125; aM *Tomandl*, Arbeitsrecht I 55; *Schrammel*, ZAS 1973,

verwiesen wiederum auf zwei Entscheidungen aus den Jahren 1963 und 1964²⁷⁵ und übernahmen die dortigen Ausführungen zur betriebsverfassungsrechtlichen Zugehörigkeit wortgleich ohne weitere kritische Würdigung. Da dem OGH diese Vorgehensweise auffallen hätte müssen, wurde er für seine unreflektierte Bezugnahme auf die vermeintlich herrschende Ansicht heftig kritisiert.²⁷⁶

Im Jahr 1991 – vier Jahre nach der ersten Entscheidung und drei Jahre nach Inkrafttreten des AÜG – bestätigte der OGH seine erste Entscheidung.²⁷⁷ Er wiederholte, dass für die Arbeitnehmereigenschaft überlassener AN im Beschäftigterbetrieb die Überlassung für längere Zeit gedacht und „(infolgedessen) **wesentliche Arbeitgeberfunktionen**“ auf den Beschäftigter übergehen müssen, sodass die Interessen dieser AN vom Beschäftigter-BR vertreten werden können. Im entscheidungsrelevanten Sachverhalt waren vier von fünf AN schon mindestens ein halbes Jahr unter entsprechender Eingliederung im Beschäftigterbetrieb tätig. Im Fall des fünften AN war die Beschäftigung jedenfalls für einen solchen Zeitraum geplant. Zusätzlich zu den gesetzlichen Arbeitgeberfunktionen nach dem AÜG gingen im entscheidungsrelevanten Sachverhalt weitere AG-Funktionen²⁷⁸ auf den Beschäftigter über, sodass der Beschäftigter-BR nach Ansicht des OGH die Interessen der überlassenen AN in diesen Angelegenheiten zu vertreten hat. Der OGH kam daher zu dem Schluss, dass alle fünf Arbeitnehmer (auch) der Belegschaft des Beschäftigterbetriebes angehören. Zum damaligen Zeitpunkt vertrat

163 und *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 132f; für alleinige Maßgeblichkeit des Überlasser-BR *Schnorr*, Arbeitnehmerüberlassung 34, 134f.

²⁷⁵ Vgl EA Graz vom 30.09.1963, Re 37/63, Arb 7811; LGZ Graz 22.12.1964, 2 Cg 107/64, Arb 8125. Die beiden E behandeln die gleiche Rechtssache, bei der ein AN an einen anderen Betrieb (L-Grube) als Hauer überlassen wurde. Sein arbeitsvertraglicher AG (Überlasser) kündigte ihn, ohne den in der L-Grube bestehenden BR (Beschäftigter-BR) zu informieren. Das EA Graz erklärte sich für unzuständig, da die Kündigung rechtsunwirksam war. Der Kl brachte in der Folge eine Feststellungsklage ein, über die das LGZ Graz in zweiter Instanz entschied. Das **EA Graz** führte zur betriebsverfassungsrechtlichen Belegschaftszugehörigkeit aus, dass der Kl in die Organisation des Betriebes eingegliedert und ebenso wie die übrigen AN des Betriebes an die Weisungen des BI gebunden war, weshalb er auch den Schutz des BRG 1947 genieße. Sein arbeitsvertraglicher AG (Überlasser) hätte den BR der L-Grube (Beschäftigter-BR) verständigen müssen. Da er dies nicht getan habe, sei die Kündigung rechtsunwirksam und das EA Graz unzuständig. Auch das **LGZ Graz** ging von einer organisatorischen Eingliederung aus, da der Kl in der L-Grube faktisch beschäftigt war und auch an die Weisungen des BI der L-Grube (Beschäftigter) gebunden war. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts (ArbG Hartberg 09.06.1964, Cr 1/64) hätte der arbeitsvertragliche AG (Überlasser) den in der L-Grube bestehenden BR (Beschäftigter-BR) über die Kündigung informieren müssen. Da er dies nicht getan hat sei die Kündigung rechtsunwirksam.

²⁷⁶ So zB *Anzenberger*, ASoK 2001, 388; *Schnorr*, Glosse zu OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87, ZAS 1988/9, 95ff, der darauf verweist, dass es sich – entgegen der Ansicht des OGH – bei den zitierten Autoren nicht um Vertreter der damals hA gehandelt hat.

²⁷⁷ OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91, Arb 10.908 = DRdA 1991/42 (*Geppert*); RIS-Justiz RS0050542 und RS0029057.

²⁷⁸ Hier: Urlaubsgenehmigungen, Erteilung von Weisungen, Eingliederung in die Arbeitszeitregelung des Beschäftigterbetriebes und Genehmigung des Zeitausgleichs für Überstunden.

schon ein beachtlicher Teil des Schrifttums die Auffassung, überlassene AN seien unabhängig von der Dauer ihres Einsatzes betriebsverfassungsrechtlich (auch) Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG im Beschäftigterbetrieb.²⁷⁹ Der OGH näherte sich im Rahmen dieser Entscheidung dieser Auffassung an. Er räumte ein, dass nach Inkrafttreten des AÜG „*zusätzlich*“ für diese Ansicht spreche, dass dem Beschäftigter ex lege zwingend eine Reihe von Arbeitgeberfunktionen auferlegt sind.²⁸⁰ Seit mittlerweile 25 Jahren erreichte den OGH keine einschlägige Rechtssache. Offen ist daher, ob der OGH seine restriktive Haltung insb auch nach der Novellierung des AÜG im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL aufrechterhalten würde, wurden doch dem Beschäftigter im Zuge dessen ex lege weitere Arbeitgeberpflichten übertragen. So hat er zB seither den überlassenen Arbeitskräften den gleichen Zugang zu seinen betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen wie eigenen Arbeitnehmern zu gewähren (§ 10 Abs 6 AÜG). Diese Erweiterung lässt aus meiner Sicht den (endgültigen) Kurswechsel des OGH in der nächsten einschlägigen Rechtssache erwarten.

Zusammenfassend stellt der OGH für das Vorliegen der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft in erster Linie auf das Übergehen **wesentlicher Arbeitgeberfunktionen** auf den Beschäftigter ab. Hintergrund ist, dass dann die **Interessen der überlassenen Arbeitnehmer** in Hinblick auf diese Arbeitgeberfunktionen vom Beschäftigterbetriebsrat vertreten werden können. Der OGH geht dabei offensichtlich (Arg: „*infolgedessen*“) davon aus, dass wesentliche Arbeitgeberfunktionen (nur) dann übertragen werden, wenn die Überlassung „*für längere Zeit gedacht*“ ist. Hinsichtlich des Zeitkriteriums hat er klargestellt, dass der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff im Beschäftigterbetrieb „*jedenfalls*“ dann erfüllt ist, wenn die überlassenen Arbeitnehmer schon ein halbes Jahr bei entsprechender Eingliederung tätig und „*zusätzliche*“ Arbeitgeberfunktionen übergegangen sind.

²⁷⁹ So auch OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91 mHa *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 132f; *Geppert*, AÜG 253f; *Tomandl*, Arbeitsrecht I² 55; *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht² 43; *Mazal*, RdW 1987, 375; *Schnorr*, ZAS 1988, 99; wohl auch *Cerny*, ArbVG⁹ 135, 191.

²⁸⁰ Als Bsp führt der OGH § 6 Abs 1, § 6 Abs 3, § 7 Abs 1 und § 14 AÜG an.

3. Meinungsstand im Schrifttum

Bis auf wenige, vernachlässigbare Ausnahmen²⁸¹ ist sich das Schrifttum einig, dass überlassene Arbeitnehmer den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff im Beschäftigerbetrieb erfüllen können. Uneinigkeit besteht allerdings dahingehend, ob überlassene AN dem Beschäftigerbetrieb sofort zuzuordnen sind oder erst ein bestimmter Zeitraum verstreichen muss. Im Zentrum der Auseinandersetzung steht somit das auch vom OGH genutzte Kriterium der (voraussichtlich) längeren Dauer der Überlassung. Einerseits werden Positionen vertreten, wonach überlassene Arbeitnehmer nur dann der Belegschaft des Beschäftigerbetriebs angehören, wenn die Überlassung für längere Zeit gedacht ist²⁸², wenn die Überlassung länger als eine Lohnzahlungsperiode dauert²⁸³ oder die Dauer der Überlassung sechs Monate überschreitet²⁸⁴. Dem steht ein wachsender Teil des Schrifttums gegenüber der vertritt, dass überlassene Arbeitnehmer unabhängig von der Dauer der Überlassung AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb sind.²⁸⁵

²⁸¹ Die Auffassung, dass überlassene AN überhaupt nie im Beschäftigerbetrieb iSd § 36 ArbVG „beschäftigt“ sein können vertrat *Schnorr*, Arbeitnehmerüberlassung 21, 115. Er sprach sich für die Zugehörigkeit nur zum Überlasserbetrieb aus. *W. Schwarz* (Arbeitsgemeinschaften im Baugewerbe, DRdA 1953/9, 22) lehnte erst die Doppelzugehörigkeit mit dem Hinweis ab, dass damit die Aufteilung der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse auf zwei BR verbunden wäre, was mit dem Sinn des damaligen BRG nicht in Einklang stünde, revidierte seine Meinung aber in der Folge. Davor sprach er sich, wohl im Lichte der Eingliederungstheorie, für die Begründung eines Rechtsverhältnisses zum Beschäftiger und damit der Zuständigkeit des Beschäftiger-BR in *allen* Angelegenheiten aus.

²⁸² Vgl ua *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 25 (FN 53); *Friedrich*, ASoK 2007, 215; *Gahleitner* (ArbVR II⁵ § 36 Rz 16), wobei sie einräumt, dass die Ausübung wesentlicher Arbeitgeberfunktionen durch den Beschäftiger „vom AÜG regelmäßig vorgesehen ist“; *Marhold*, ASoK 2008, 251; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht² 533: wenn eine „auf Dauer angelegte Bindung“ besteht; *Mayr*, Arbeitsrecht § 36 ArbVG E 20f; *Müller*, ZAS 1968, 80; *Müller* in FS *Schnorr* 191, 194; *Obereder* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap XV Rz 42; *Rauch*, eolex 2008, 157; *B. Schwarz* in FS *W. Schwarz* 321; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 12; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 36 ArbVG Rz 8. Dieser Teil der Lit stützt sich überwiegend auf die Rsp des OGH, vgl EA Graz 30.09.1963, Re 37/63, Arb 7811; LGZ Graz 22.12.1964, 2 Cg 107/64, Arb 8125, unter Berufung auf *Floretta/Strasser*, BRG 33ff; RIS-Justiz RS0029057; OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87; zuletzt OGH 17.12.2013, 8 ObA 22/13p.

²⁸³ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 154; so schon *B. Schwarz* in FS *W. Schwarz* 321. Dagegen brachte schon *Geppert* (in FS *W. Schwarz* 248) zutr vor, das zum einen auch bei kurzfristigen Überlassungen eine entsprechende Eingliederung und die Übertragung von Weisungsrechten vorliegen kann. Zum anderen, dass das Abstellen auf Lohnzahlungsperioden, welche auch innerhalb einer Branche unterschiedlich sein können, aus Gründen der Gleichbehandlung bedenklich ist.

²⁸⁴ Vgl *Bösze/Kraft*, Leitfaden Arbeitskräfteüberlassung (2013) 87; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 154f: jedenfalls aber nach sechs Monaten; *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 315; *Schindler*, Der Entgeltanspruch bei Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2000, 738ff; *Schindler* in *ZellKomm*² § 3 AÜG Rz 15.

²⁸⁵ Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 388f; *Firlei* (in *Floretta*, Landesberichte [1985] 58) noch zum BRG, welcher nicht auf das Zeitkriterium eingeht; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 131f; *Ders*, Glosse zu OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91, DRdA 1991/42, 354ff; *Ders* in FS *W. Schwarz* 249; *Jabornegg/Naderhirm/Trost*, Betriebsratswahl⁶ 66; *Kerschner*, JBl 1981, 394 (FN 24); *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 86; *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Körber-Risak*, ZellHB BV Rz 8.17; *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 159; *Löschnigg* (Arbeitsrecht¹² Rz 9/044) welcher nicht auf das Zeitkriterium eingeht; *Mazal*, RdW 1987/11, 376; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 101; *Schapler*, Arbeitskräfteüberlassung 119; *Schrammel* (ZAS 1973, 167) noch zum BRG, welcher nicht auf das

In Anbetracht der divergierenden Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum folgt eine eingehende Analyse des § 36 ArbVG. Zu klären ist, ob überlassene Arbeitnehmer den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff trotz Fehlen eines AV mit dem Beschäftiger erfüllen können. Insbesondere interessiert, ob die Dauer der Überlassung für die Beurteilung der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft relevant ist.

4. Analyse

4.1. Allgemeines

Mithilfe des klassischen Interpretationskanons²⁸⁶ werden die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 36 ArbVG auf überlassene Arbeitnehmer im Beschäftigerbetrieb untersucht. Es erfolgt eine Prüfung des Wortsinns, der Absicht des historischen Gesetzgebers sowie eine systematische und teleologische Interpretation. Im Speziellen soll auf die vom OGH ins Treffen geführten Kriterien, der Übertragung von Arbeitgeberbefugnissen, der (voraussichtlich) längeren Dauer der Überlassung wie auch der Möglichkeit des Beschäftigerbetriebsrates, die Interessen der überlassenen AN zu vertreten, eingegangen werden. Am Ende des Abschnitts folgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

4.2. Verbale Interpretation

Nach der Generalklausel des § 36 Abs 1 ArbVG sind alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen einschließlich der Lehrlinge und der Heimarbeiter ohne Unterschied des Alters als Arbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn anzusehen. Der Wortlaut verlangt damit weder eine (arbeits-)vertragliche Beziehung noch ein bestimmte Beschäftigungsdauer für die Zugehörigkeit zum Betrieb. Wichtig ist nur, dass eine Beschäftigung im Rahmen des Betriebes vorliegt. § 36 ArbVG differenziert dabei nicht, ob diese „Beschäftigung“ im Rahmen eines Arbeitsvertrages oder nur durch eine rein faktische Eingliederung in den Betrieb begründet wird.²⁸⁷ Da § 36 ArbVG

Zeitkriterium eingeht; *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 169; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 122; *Ders*, ZAS 2011/41, 248.

²⁸⁶ Vgl dazu eingehend *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage (2013) 58ff.

²⁸⁷ So schon zutr *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 154; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 86.

lediglich auf das Faktum der Beschäftigung abstellt, können überlassene Arbeitnehmer nach dem Wortsinn unter den Begriff des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmers subsumiert werden.²⁸⁸

4.3. Historische Interpretation

Dem historischen Gesetzgeber war das Problem der Betriebszugehörigkeit überlassener Arbeitnehmer im Beschäftigterbetrieb vor Gesetzwerdung des AÜG bekannt. In der nicht umgesetzten Regierungsvorlage aus dem Jahr 1986²⁸⁹ sah er noch spezielle betriebsverfassungsrechtliche Normen für überlassene Arbeitnehmer vor und erkannte dabei ohne weitere Voraussetzung ihre Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG im Beschäftigterbetrieb an. Ein Jahr später entschied der OGH – noch vor Inkrafttreten des AÜG – dass für die Zugehörigkeit eine voraussichtlich längere Dauer ausschlaggebend sein soll, da anzunehmen ist, dass erst dann wesentliche Arbeitgeberfunktionen auf den Beschäftigter übergegangen sind.

Ein Jahr darauf trat das AÜG 1988 in Kraft. Im Zuge der Gesetzwerdung normierte der Gesetzgeber den ex lege Übergang von bestimmten Arbeitgeberpflichten auf den Beschäftigter.²⁹⁰ Da überlassene Arbeitnehmer aufgrund dieses ex lege Überganges von wesentlichen Arbeitgeberfunktionen im Hinblick auf die Rsp des OGH²⁹¹ jedenfalls AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigterbetrieb anzusehen sind, schien für den Gesetzgeber daher kein weiterer Regelungsbedarf im ArbVG zu bestehen. Vor Inkrafttreten des AÜG 1988 hatte das vom OGH geforderte Zeitelement aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung des Umfangs der Übertragung von Arbeitgeberfunktionen als widerlegliche Vermutung für die Arbeitnehmereigenschaft durchaus seine Berechtigung. Im Hinblick auf die klaren gesetzlichen Vorgaben im AÜG 1988 und der Erweiterung der Arbeitgeberpflichten durch die AÜG-Novelle im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL ist das Kriterium aber zwischenzeitlich überholt. Hätte der Gesetzgeber trotz Normierung des ex lege Übergangs von Arbeitgeberfunktionen eine zeitliche Differenzierung hinsichtlich der Belegschaftszugehörigkeit überlassener AN gewollt, so hätte er dies klar zum Ausdruck

²⁸⁸ So schon zutr *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 130; *Ders* in FS *W. Schwarz* 249; *Müller* in FS *Schnorr* 191; aA *Schnorr*, Arbeitnehmerüberlassung 87.

²⁸⁹ ErläutRV 1046 BlgNR 16. GP 6 (§ 39a).

²⁹⁰ ZB §§ 5, 6 und 6a AÜG. Beim technischen Arbeitnehmerschutz (§ 6 Abs 1 AÜG) ist der Beschäftigter sogar hauptverantwortlich.

²⁹¹ OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87, ARD 3921/10/87 = ZAS 1988/9, 95 (*Schnorr*).

bringen müssen. Der Umstand, dass keine Regelung vorgenommen wurde, ist aus meiner Sicht ein Indiz dafür, dass der historische Gesetzgeber keine zeitliche Begrenzung vorsehen wollte.

Zusammengefasst ist somit davon auszugehen, dass der historische Gesetzgeber keinen weiteren Regelungsbedarf im ArbVG sah, da die überlassenen Arbeitnehmer aufgrund der ex lege Übertragung von Arbeitgeberpflichten auf den Beschäftiger im Hinblick auf die Rsp des OGH ohne zeitliche Beschränkung als AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb anzusehen sind.²⁹²

4.4. Systematische Interpretation

Das AÜG schweigt bekanntlich zur Frage, ob und wann überlassene AN der Belegschaft des Beschäftigerbetriebes angehören. Das ArbVG wiederum kennt keine Bestimmung, die der Mitgliedschaft überlassener Arbeitskräfte in beiden Belegschaften ausdrücklich entgegenstünde. Die Einbeziehung in die Belegschaft des Überlasserbetriebes schließt daher nicht aus, dass der überlassene Arbeitnehmer aufgrund seiner tatsächlichen Eingliederung auch Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb sein kann.²⁹³

Der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist nicht mit dem arbeitsvertragsrechtlichen (§ 1151 ABGB) gleichzusetzen. Sie verhalten sich zueinander wie „*zwei sich schneidende Kreise*“²⁹⁴. Der Großteil der AN iSd § 36 ArbVG ist zugleich auch AN iSd § 1151 ABGB. Im Rahmen des § 36 ArbVG wird der Arbeitnehmerbegriff in Abs 1 positiv im Rahmen einer **Generalklausel** umschrieben und in Abs 2 negativ in Form einer **taxativen Aufzählung** bestimmter Gruppen von Beschäftigten, die nicht als AN iSd zweiten Teils des ArbVG angesehen werden, eingeschränkt.²⁹⁵ Die Fassung des § 36 ArbVG zeigt die Absicht des Gesetzgebers den Kreis der vom betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff **erfassten Personen möglichst weit**

²⁹² So im Ergebnis auch *Tomandl*, ZAS 2011/41, 248.

²⁹³ So schon zutr *Leutner/Schwarz/Zinzel*, AÜG 154.

²⁹⁴ *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 4; soweit überblickbar erstmals LGZ Graz 22.12.1964, 2 Cg 107/64, Arb 8125.

²⁹⁵ Vgl *Jabornegg/Naderhirm/Trost*, Betriebsratswahl⁶ 64; *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 1.

zu ziehen.²⁹⁶ Diesem Gedanken entspricht auch die enge Auslegung der Ausnahmen des § 36 Abs 2 ArbVG.²⁹⁷

Zweck der Einschränkung des § 36 Abs 2 ArbVG ist es, die Homogenität der Belegschaft in Hinblick auf ihre Interessen zu wahren und damit eine effektive Interessenvertretung zu ermöglichen. Bei bestimmten Beschäftigtengruppen vermutet der Gesetzgeber, dass keine gleichartige Interessenausrichtung besteht.²⁹⁸ § 36 Abs 2 ArbVG nimmt daher all jene Personen vom Arbeitnehmerbegriff aus, deren Interessenlage aufgrund ihrer betrieblichen Stellung erheblich anders gelagert ist, obwohl sie grds von der Generalklausel des Abs 1 erfasst wären. Zum einen fallen daher Personen aus dem Schutzbereich des ArbVG deren Stellung der eines AG näher kommt als der eines AN (Prinzip der Gegnerfreiheit) und zum anderen Personen bei denen der wirtschaftliche Zweck der Beschäftigung nicht im Vordergrund steht.²⁹⁹ Überlassene Arbeitskräfte werden nicht explizit von § 36 Abs 2 ArbVG aus dem Anwendungsbereich der Betriebsverfassung ausgenommen.

Von den Ausnahmen des § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG werden Personen erfasst, die aus anderen Beweggründen als übliche Arbeitnehmer im Betrieb tätig sind. Bei ihnen stehen – anders als bei typischen Arbeitnehmern – nicht-ökonomische Motive im Vordergrund ihrer Beschäftigung. Diese Personen sind nur dann als Arbeitnehmer iSd Betriebsverfassungsrechts anzusehen, wenn sie ihre Arbeitsleistung im Rahmen eines Arbeitsvertrages erbringen.³⁰⁰

Wesen der Arbeitskräfteüberlassung ist es, dass Arbeitnehmer (und Arbeitnehmerähnliche) von Beschäftigern für betriebseigene Zwecke eingesetzt werden.

²⁹⁶ *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 5 mHa VwGH 03.12.1959 Arb 7156 = ÖJZ 1960, 469 = VwSlg 5131; VwGH 26.01.1961 Arb 7322; so auch *Mayr*, Arbeitsrecht § 36 ArbVG E 11; *Jabornegg/Naderhirn/Trost*, Betriebsratswahl⁶ 67; *Gahleitner*, ArbVR II⁵ § 36 Rz 4. Zur weiten Auslegung des AN-Begriffs auch LGZ Graz 22.12.1964, 2 Cg 107/64, Arb 8125 noch zu § 2 BRG, der im Wesentlichen § 36 ArbVG entspricht (ErläutRV 840 BlgNR 13 GP. 69).

²⁹⁷ Vgl *Gahleitner*, ArbVR II⁵ § 36 Rz 25; *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 5 mHa VwGH 03.12.1959, Arb 7156 = ÖJZ 1960, 469 = VwSlg 5131; VwGH 26.01.1961, Arb 7322.

²⁹⁸ So ausdrücklich die Materialien („*Interessenlage jedoch erheblich anders gelagert*“), vgl ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 70.

²⁹⁹ Vgl *Gahleitner*, ArbVR II⁵ § 36 Rz 27; *Tomandl in Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 1, 17 und 22; *Windisch-Graetz in ZellKomm*² § 36 ArbVG Rz 10; zum Prinzip der Gegnerfreiheit vgl RIS-Justiz RS0050973; zuletzt OGH 17.12.2013, 8 ObA 22/13p.

³⁰⁰ Zutr merkt *Tomandl* (in *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 17) an, dass sich durch den bloßen Abschluss eines AV idR nichts daran ändert, dass diese Personen von anderen Motiven geleitet werden als typische AN. Für ihn verstößt der Gesetzgeber durch diese Ausnahmen gegen den von ihm selbst aufgestellten Grundsatz, dass die Einbeziehung in das Betriebsverfassungsrecht nicht vom Bestehen eines AV, sondern lediglich von der Einordnung in den Betriebsorganismus abhängt.

Sie sind – ebenso wie andere Arbeitnehmer iSd § 36 Abs 1 ArbVG – aus erwerbswirtschaftlichen Gründen im Betrieb des Beschäftigers tätig. Das ArbVG stellt nur bei Tätigkeit aus anderen, nicht-ökonomischen Motiven für die betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit auf das Bestehen eines Arbeitsvertrages ab. Aus systematischen Gründen reicht damit für überlassene Arbeitnehmer die faktische Tätigkeit in der betrieblichen Organisation des Beschäftigers aus erwerbswirtschaftlichen Motiven zur Erfüllung des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes aus.

Abschließend sei noch erwähnt, dass § 36 Abs 2 ArbVG natürlich auch auf überlassene AN Anwendung findet. Wird ein Arbeitnehmer in einen Beschäftigerbetrieb zu dem Zweck überlassen, dort eine Organstellung (zB Geschäftsführer) oder die Position eines leitenden Angestellten iSd Betriebsverfassung einzunehmen, so unterliegt er in dieser Position – wie andere Beschäftigte auch – der taxativen Ausnahmeregelung des § 36 Abs 2 ArbVG. Die rechtliche Stellung des Überlassenen im Überlasser- und Beschäftigerbetrieb ist aber getrennt voneinander zu beurteilen. Der überlassene AN bleibt demgemäß weiterhin AN iSd Betriebsverfassung im Überlasserbetrieb, wenn er dort eine Beschäftigung ausübt, die nicht unter die Ausnahmeregel des Abs 2 leg cit fällt.³⁰¹

4.5. Teleologische Interpretation

Im Rahmen der teleologischen Interpretation des § 36 ArbVG im Hinblick auf die Erfassung überlassener Arbeitnehmer stehen drei Aspekte im Mittelpunkt der Diskussion. Zum einen die Ausübung von Arbeitgeberbefugnissen durch den Beschäftiger, zum anderen die Möglichkeit der Interessenvertretung durch den Beschäftigerbetriebsrat und darüber hinaus noch die voraussichtlich längere Dauer der Überlassung. Auf diese drei Punkte ist in der Folge näher einzugehen.

³⁰¹ Vgl dazu *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 9/047. Für eine „materielle“ Betrachtungsweise der Ausnahmeregelung des § 36 Abs 2 ArbVG (hier konkret Z 1) in dem Fall, dass der AN arbeitsvertraglich zu Leitungsaufgaben (hier konkret Organstellung in einer Tochtergesellschaft), in einem anderen, rechtlich selbstständigen Betrieb verpflichtet ist spricht sich hingegen der OGH aus. Die Ausnahmeregelung würde auf den Kündigungsschutz im Betrieb des arbeitsvertraglichen AG (hier: Konzerngesellschaft) durchschlagen und der Anwendbarkeit des allg Kündigungsschutzes entgegenstehen, vgl dazu jüngst OGH 24.07.2013, 9 ObA 79/13b, DRdA 2014/19, 235 (*Kreil*) = ZAS 2014/45, 281 (*Kühteubl*).

4.5.1. Ausübung von Arbeitgeberbefugnissen durch den Beschäftigte

Obwohl die Abgrenzung wer zu den Arbeitnehmern gehört, in Randbereichen unsicher ist, haben die Arbeitnehmerbegriffe des Arbeitsrechts einen gemeinsamen, festen Kern.³⁰² Dieser besteht darin, dass Menschen ihre Arbeit in einer, von einem anderen geschaffenen Organisation nach dessen Weisung und auf dessen Rechnung und Risiko erbringen.³⁰³ Wesentliches Merkmal aller Arbeitnehmerbegriffe ist somit das Vorliegen von **persönlicher Abhängigkeit**. Diese äußert sich in der Pflicht zur (höchst-)persönlichen Arbeitsleistung, in der Unterwerfung unter betriebliche Ordnungsvorschriften, der Weisungsgebundenheit, Kontrollunterworfenheit sowie der disziplinären Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers.³⁰⁴ Wohl wichtigstes Kriterium ist das **Weisungsrecht** des Arbeitgebers in Bezug auf das persönliche Verhalten des Arbeitnehmers bei Erbringung der Arbeitsleistung. Diesem ist der Arbeitnehmer in Bezug auf Arbeitszeit, -einteilung, -verfahren, -ort, arbeitsbezogenen Verhalten und die allgemeine Betriebsordnung unterworfen.³⁰⁵ Das Vorliegen von „*stiller Autorität*“ ist dabei ausreichend.³⁰⁶ Der Arbeitgeber erhält die Verfügung über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers.³⁰⁷ Dieser ist verpflichtet, persönlich unter Leitung und Führung des Arbeitgebers mit dessen Betriebsmitteln zu arbeiten.³⁰⁸ Entscheidend ist daher, dass sich die Arbeitserbringung im Kern an den Bedürfnissen des Arbeitgebers orientiert.³⁰⁹

Wie bereits ausgeführt, wird für die rechtliche Qualifikation als **Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG** kein bestimmter Rechtstitel gefordert, insb muss kein Arbeitsvertrag vorliegen.³¹⁰ Es kommt vielmehr auf die Tatsache der Arbeitsleistung in **persönlicher**

³⁰² Vgl Tomandl in Tomandl, ArbVG § 36 Rz 2.

³⁰³ Vgl Tomandl in Tomandl, ArbVG § 36 Rz 2; so auch Kietaiabl, Arbeitsrecht I 18.

³⁰⁴ Vgl Krejci in Rummel, ABGB³ § 1151 ABGB Rz 32ff; umfassend Rebhahn in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 85ff; Ders in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1151 Rz 54ff; Tomandl in Tomandl, ArbVG § 36 Rz 3ff; OGH 19.05.1981, 4 Ob 104/80, DRdA 1982, 191 (Strasser) = ZAS 1982, 10 (Tomandl) = SZ 54/75; OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f; OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k; RIS-Justiz RS0021284; VwGH 25.04.1980, 1291/76, DRdA 1981/20 (Holzer).

³⁰⁵ Vgl Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 36 Rz 4, 11; Radner, I. Der Begriff des Arbeitnehmers, In Mazal/Risak, Arbeitsrecht Rz 18.

³⁰⁶ Vgl Radner in Mazal/Risak, Arbeitsrecht Kap I Rz 21; Spending in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 4. Auflage (2014) § 1151 Rz 7. Unerheblich ist daher, ob die Weisungen tatsächlich erteilt werden, entscheidend ist nur, ob ihre Erteilung zulässig und der die Arbeit Leistende an sie gebunden wäre, vgl Tomandl in Tomandl, ArbVG § 36 Rz 4.

³⁰⁷ Vgl RIS-Justiz RS0021284; Löschnigg, Arbeitsrecht¹² Rz 4/004; Kietaiabl, Arbeitsrecht I 313, 315.

³⁰⁸ Vgl Löschnigg, Arbeitsrecht¹² Rz 4/004 und 4/013.

³⁰⁹ Vgl Radner in Mazal/Risak, Arbeitsrecht Kap I Rz 18.

³¹⁰ Vgl Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 36 Rz 8 mHa VwGH 03.12.1959, Arb 7156 = VwSlg 5131; auch Jabornegg/Naderhirn/Trost, Betriebsratswahl⁶ 66; so schon die Materialien zu § 2 BRG

Abhängigkeit unter **Eingliederung in die betriebliche Organisation** an.³¹¹ Das ergibt sich unmittelbar aus dem **Schutzzweck des ArbVG**, da sich ein erheblicher Teil der Mitwirkungsrechte nicht auf die Abwicklung des Arbeitsvertrages, sondern auf jene Probleme bezieht, denen sich jemand gegenübersteht, der in einem Betrieb faktisch Arbeit leistet und sich dabei dem dort bestehenden Ordnungsgefüge und damit dem Direktionsrecht des Betriebsinhabers unterordnen muss.³¹² Der Betriebsinhaber muss aus diesem Grund mit dem arbeitsvertraglichen Arbeitgeber nicht ident sein. Für die Betriebsverfassung ist lediglich bedeutsam, dass die Arbeitnehmer dem Betriebsinhaber so zugeordnet sind, dass er sie zur Verfolgung seiner Arbeitsergebnisse einsetzen kann.³¹³

Aus der Rsp des OGH ist abzuleiten, dass für § 36 ArbVG die Übertragung von Arbeitgeberkompetenzen auf den Beschäftigten so umfassend sein muss, dass man von einer "*Eingliederung*" in den Beschäftigtenbetrieb sprechen kann.³¹⁴ Im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung soll der Beschäftigte – wie bereits dargestellt – in die Lage versetzt werden, überlassene Arbeitnehmer für „*betriebseigene Aufgaben*“ in seinem Betrieb einzusetzen (§ 3 Abs 3 AÜG). Hierzu müssen die überlassenen AN wie Stammarbeitnehmer organisatorisch in den Betrieb des Beschäftigten eingegliedert und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstellt werden (§ 4 Abs 2 Z 3 AÜG). Bei der Eingliederung in den Betrieb geht es – wie zuvor ausgeführt – letztlich um die Ausübung von Arbeitgeberbefugnissen, wie der Erteilung persönlicher Weisungen, die Eingliederung in die Arbeitszeitregelung und die Arbeitsverfahren, die Unterordnung in die bestehende Hierarchie, udgl.³¹⁵ Dienstaufsicht meint in diesem Zusammenhang die Kontrolle der Arbeitszeit und -pausen und womöglich noch die Entgegennahme von Dienstverhinderungen. Fachaufsicht meint das Recht zur Erteilung arbeitsbezogener

1947, der im Wesentlichen § 36 ArbVG entspricht (ErläutRV 320 BlgNR 5. GP 9). Zu beachten ist aber, dass im Rahmen von § 36 ArbVG zwar kein bestimmter, aber doch jedenfalls ein Rechtstitel bestehen muss. Für überlassene AN ergibt sich die Einordnung in den Betrieb des Beschäftigten und damit die persönliche Abhängigkeit aus dem Arbeitsvertrag mit dem Überlasser, vgl zutr *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 11 (insb FN 18). Der überlassene AN verpflichtet sich schon im Arbeitsvertrag mit dem Überlasser zur Erbringung von Arbeitsleistungen im Betrieb eines Dritten.

³¹¹ Vgl OGH 12.07.2006, 9 ObA 121/05t, DRdA 2007/48, 473 (*Löschnigg*); zuletzt OGH 28.04.2008, 8 ObA 78/07i, DRdA 2009/49 (*Burger*); auch *Gahleitner*, ArbVR II² § 36 Rz 3; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 11.

³¹² Vgl *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 17.

³¹³ Vgl statt vieler OGH 17.12.2013, 8 ObA 22/13p.

³¹⁴ So schon zutr *Anzenberger*, ASoK 2001, 387.

³¹⁵ Vgl dazu auch *Risak* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap III Rz 42. Auch die Definition des Leiharbeitnehmers in Art 3 Abs 2 lit c Leiharbeits-RL spricht davon, dass ein Leiharbeitnehmer dadurch charakterisiert ist, dass er bei einem Entleiher „*unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend*“ beschäftigt wird.

Weisungen, wobei auch hier der Vergleich mit Stammarbeitnehmern entscheidend ist.³¹⁶ Hierin unterscheidet sich die Arbeitskräfteüberlassung auch von der Werkvertragserfüllung mit Gehilfen, im Rahmen derer der vertragliche Arbeitgeber (Werkunternehmer) Weisungen an seine (arbeitsvertraglichen) AN zur Erfüllung seines eigenen Betriebszwecks erteilt, mögen diese ihre Tätigkeiten auch in einem fremden Betrieb erbringen.³¹⁷

Damit der Beschäftiger überlassene AN in seinem Betrieb zur Erfüllung seiner betriebseigenen Aufgaben, also seinem Betriebszweck entsprechend, nach seinen Vorstellungen und Zielen einsetzen kann, müssen ihm vom Überlasser **Weisungsrechte delegiert** werden.³¹⁸ Die Übertragung von Weisungsrechten gehört damit **zum notwendigen Inhalt des Dienstverschaffungsvertrages**.³¹⁹ Es kommt daher jedenfalls zur Eingliederung der überlassenen AN in den Beschäftigerbetrieb, da der Beschäftiger die für das Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Vollzug der Arbeit treffen kann. Die überlassenen AN sind daher – genauso wie Stammarbeitnehmer – faktisch voll in den Betrieb des Beschäftigers eingegliedert und führen ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen aus.³²⁰

Zudem ist zu bedenken, dass dem Beschäftiger bereits **ex lege** eine Reihe von **Arbeitgeberfunktionen** auferlegt sind. Auch der OGH räumte bereits ein, dass nach dem Inkrafttreten des AÜG 1988 „*zusätzlich*“ für die Ansicht, dass überlassene AN sofort AN iSd § 36 ArbVG des Beschäftigerbetriebs sind, spreche, dass dem Beschäftiger nunmehr ex lege zwingend eine Reihe von Arbeitgeberfunktionen auferlegt sind.³²¹ Mittlerweile sind im Zuge der Novelle des AÜG zur Umsetzung der Leiharbeits-RL noch weitere Arbeitgeberfunktionen hinzugekommen. Diese Pflichten treffen den Beschäftiger ex lege ab dem ersten Tag der Überlassung. Zu diesen Pflichten zählen § 6 AÜG (Arbeitnehmerschutz, insb die in Abs 3 leg cit normierte Fürsorgepflicht), § 6a AÜG

³¹⁶ Vgl *Schindler* in ZellKomm² § 4 AÜG Rz 11.

³¹⁷ Das übersieht *Kerschmer* (Rohrverlegung im „Subauftrag“ [Individual- und betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitnehmerüberlassung], DRdA 1989, 136ff) wenn fordert, dass die Überlassung „*für längere Zeit gedacht*“ sein muss, da für § 36 ArbVG eine bloß faktische Beschäftigung ausreicht, was aus seiner Sicht dazu führen könnte, dass auch Gehilfen, die zur Werkvertragserfüllung eingesetzt werden, erfasst sind. Mangels persönlicher Abhängigkeit ist die Arbeitnehmereigenschaft von Gehilfen im Beschäftigerbetrieb allerdings ausgeschlossen.

³¹⁸ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 70; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 61f; *Schnorr*, ZAS 1988/9, 95ff.

³¹⁹ Vgl *Tomandl*, ZAS 2011/41, 249.

³²⁰ So schon zutr *Mazal*, RdW 1987/11, 375.

³²¹ OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91, Arb 10.908 = DRdA 1991/42 (*Geppert*). Als Bsp führt er § 6 Abs 1, § 6 Abs 3, § 7 Abs 1 und § 14 AÜG an.

(Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbote), § 7 AÜG (Haftungsbeschränkungen), § 10 Abs 6 AÜG (Eröffnung des Zugangs zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen) und § 14 AÜG (Bürghaftung insb für Entgeltansprüche und Sozialversicherungsbeiträge). Mit diesen Arbeitgeberbefugnissen sind auch zT Mitwirkungsmöglichkeiten des Beschäftigterbetriebsrats verknüpft.³²²

Die von der Rsp geforderte Eingliederung des überlassenen AN in den Beschäftigterbetrieb liegt damit **unmittelbar ab Arbeitsantritt** im Beschäftigterbetrieb vor. Ab diesem Zeitpunkt treffen den Beschäftigter zum einen die ex lege vorgesehenen Arbeitgeberfunktionen und zum anderen steht ihm aber das Weisungsrecht und damit jene Arbeitgeberbefugnisse gegenüber den überlassenen AN zu, um deren Leistung zur Realisierung seines Betriebszwecks fruchtbar zu machen.³²³ Die überlassenen AN stehen damit ab dem ersten Tag zum Beschäftigter in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit. Sie sind seinen Weisungen im Hinblick auf den faktischen Vollzug der Arbeit unterworfen und in dessen arbeitsteilige Betriebsorganisation eingegliedert.³²⁴ Im Hinblick auf das Weisungsrecht ist auch zu bedenken, dass gerade zu Beginn des Einsatzes die (Ein-)Weisung durch den Beschäftigter naturgemäß eine entscheidende Rolle spielt.³²⁵ Die Betriebsverfassung bezweckt – wie ausgeführt – die Beschränkung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts durch die Mitwirkungsrechte der Belegschaftsorgane. Da die überlassenen AN aufgrund ihrer organisatorischen Eingliederung ab dem ersten Tag Subjekte dieses Direktionsrechts sind, müssen sie schon zu diesem Zeitpunkt unter den Schutz der Betriebsverfassung gestellt werden.³²⁶ Die Frage nach einer (ausreichenden) Übertragung von Arbeitgeberfunktionen an den Beschäftigter stellt sich somit nicht mehr, da zum einen wesentliche Arbeitgeberfunktionen bereits ex lege auf den Beschäftigter übertragen werden³²⁷, zum anderen die Übertragung von Weisungsrechten an den Beschäftigter ab dem ersten Tag in der Natur der Arbeitskräfteüberlassung liegt.

³²² Zutr *Geppert* (DRdA 1991/42, 352ff), der hier auf §§ 89, 90 ArbVG in Bezug auf den AN-Schutz verweist.

³²³ So schon zutr *Anzenberger*, ASoK 2001, 388. Zu bedenken ist zudem, dass auch andere Arbeitnehmerschutzvorschriften (zB § 1 Abs 1 ASchG) ihre Wirkung sofort, wenn eine Beschäftigung im Betrieb aufgenommen wurde, entfalten. Auch hier wird der Schutz an das faktische Arbeitsverhältnis angeknüpft, bei dem die rechtliche Grundlage durch die Tatsache der Eingliederung entsteht, dh dass der AN der faktischen Anordnungsgewalt des AG unterliegt, vgl dazu *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 92; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 4/060.

³²⁴ So schon zutr *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 131.

³²⁵ *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

³²⁶ IdS schon *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 131.

³²⁷ So schon zutr *Anzenberger*, ASoK 2001, 387.

Hierin unterscheidet sich die Arbeitskräfteüberlassung auch hinsichtlich der Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG von verwandten Konstrukten. Bei diesen erfolgt keine umfassende und sofortige Übertragung von Arbeitgeberbefugnissen. Es ist insb nicht von vornherein klar, dass diese AN für betriebseigene Aufgaben des Betriebsinhabers, in dessen Betrieb sie faktisch tätig sind, eingesetzt werden und von diesem auch entsprechende Weisungen erhalten. Hier kann das Abstellen auf ein (natürlich um Rechtsunsicherheit zu vermeiden näher zu konkretisierendes) Zeitkriterium eine Möglichkeit darstellen, Zweifelsfällen zu begegnen. Die hA³²⁸ bejaht daher – insofern schlüssig – die Zugehörigkeit von an private Rechtsträger iSd §§ 33f ArbVG „ausgegliederte“ **Beamte** zur Belegschaft des Beschäftigers, wenn eine dauernde faktische Eingliederung vorliegt. Leider schweigt der OGH auch hier zur Frage was unter einer „dauernden“ Zuteilung zu verstehen ist. Da sie während der Dienstzuweisung nach wie vor Bundesbeamte bleiben, unterliegen sie in dieser Eigenschaft auch weiterhin dem Personalvertretungsrecht des Bundes.³²⁹ Somit wird wie im Fall der Arbeitskräfteüberlassung auch hier die gleichzeitige Zuständigkeit von zwei Vertretungsorganen bejaht. Dieselben Überlegungen treffen auch bei **mittelbar beschäftigten Arbeitnehmern** zu. Auch sie sind jedenfalls nur dann als AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb anzusehen, wenn die Beschäftigung für längere Zeit dauert.³³⁰

4.5.2. Möglichkeit der Interessenvertretung durch den Beschäftigterbetriebsrat

Der OGH stellt für die Zugehörigkeit überlassener AN zum Beschäftigterbetrieb immer auch auf die Möglichkeit des Beschäftigterbetriebsrates ab, die Interessen der überlassenen AN zu vertreten. Hintergrund dieser Überlegung ist wohl, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Betriebsverfassung mithilfe von § 36 ArbVG eine Belegschaft mit **gleichen oder ähnlich gelagerten Interessen** schaffen will, welche von den Organen der Arbeitnehmerschaft im Rahmen der ihnen übertragenen umfassenden

³²⁸ Vgl RIS-Justiz RS0121025; OGH 12.07.2006, 9 ObA 121/05t, SZ 2006/107 = DRdA 2007/48, 473 (Löschnigg); zuletzt OGH 28.04.2008, 8 ObA 78/07i, DRdA 2009/49 (Burger) = Arb 12.745; Brodil, (Freie) Betriebsvereinbarung und Betriebsübung für (ausgegliederte) Beamte, DRdA 2008/2, 177; krit zur Unterstellung von Beamten unter den AN-Begriff des § 36 ArbVG, vgl Kietaihl/Winter/Wolf, Zur Geltung von Betriebsvereinbarungen für Beamte, eolex 2012, 1005. Die Ausführungen der Jud lediglich wiedergebend: Mayr, Arbeitsrecht § 36 ArbVG E 2a und 2b; Windisch-Graetz in ZellKomm² § 36 ArbVG Rz 9; Gahleitner, ArbVR II⁵ § 36 Rz 5; Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 36 Rz 8.

³²⁹ Vgl Kietaihl, Arbeitsrecht I 58.

³³⁰ Vgl Tomandl in Tomandl, ArbVG § 36 Rz 12.

Interessenvertretungsaufgabe (§ 38 ArbVG) vertreten werden kann. Das kommt – wie bereits dargestellt – in der Ausnahmebestimmung des § 36 Abs 2 ArbVG klar zum Ausdruck.

Die Anforderung, die an die Homogenität der im Rahmen einer Belegschaft bestehenden Interessen gestellt werden, dürfen aber nicht überspannt werden.³³¹ Angestellte haben nicht (notwendigerweise) die gleichen Interessen wie Arbeiter; Lehrlinge nicht die gleichen wie ausgelernte Beschäftigte; Vollzeitbeschäftigte nicht zwangsläufig die gleichen Interessen wie Teilzeitbeschäftigte oder geringfügig Beschäftigte; Außendienstmitarbeiter nicht die gleichen wie Beamte; begünstigt Behinderte nicht die gleichen wie nicht begünstigt Behinderte. Der Gesetzgeber berücksichtigt diese Interessenunterschiede – soweit relevant – auf Ebene der Belegschaftsorgane (§ 40 Abs 2, §§ 123ff ArbVG, § 22a BEinstG)³³². Auf Ebene der Betriebsbelegschaft wird hingegen kein Unterschied gemacht. Diese setzt sich aus allen AN iSd § 36 ArbVG zusammen (§ 41 Abs 1 ArbVG). Im Rahmen des § 36 ArbVG kann es daher nicht um die Bestimmung von Partikularinteressen gehen, sondern die verschiedenen Beschäftigtengruppen sollen auf Grundlage des kleinsten gemeinsamen Nenners ihrer Interessen zur Arbeitnehmerschaft des Betriebes zusammengeschlossen werden.

Dieser kleinste gemeinsame Nenner bildet die der Belegschaft gegenüberstehende **Direktionsmacht** des Betriebsinhabers. Dieser stehen alle AN iSd § 36 ArbVG gegenüber. Sie ist daher für die Herstellung der Interessenhomogenität im Rahmen § 36 ArbVG ausreichend. Im Hinblick auf die Direktionsmacht des Beschäftigers den faktischen Arbeitsvollzug betreffend besteht kein Unterschied zwischen überlassenen Arbeitnehmern und Stammarbeitnehmern.³³³ Beide erbringen ihre Arbeitsleistung in der organisatorischen Einheit des Beschäftigers für dessen Betriebszweck und nach dessen Weisungen. Wie bereits dargestellt, stehen dem Beschäftiger das Direktionsrecht und andere Arbeitgeberfunktionen ab dem ersten Tag der Überlassung zu. Es besteht somit ab dem ersten Tag die **Möglich- und Notwendigkeit der Interessenvertretung** durch den Beschäftigterbetriebsrat.

³³¹ AA *Strasser* (in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 5), wonach die interessenmäßige Bindung des einzelnen Beschäftigten an die übrigen AN des Betriebes so eng sein muss, dass überhaupt von einer Interessengemeinschaft gesprochen werden kann.

³³² Behinderteneinstellungsgesetz, BGBl Nr 1970/22 idF BGBl I Nr 2010/111.

³³³ So schon zutr *Sacherer* (Arbeitskräfteüberlassung 101) der auf die weitgehend gleiche persönliche Abhängigkeit (Weisungsunterworfenheit, Eingliederung in die arbeitsteilige Organisation usw) verweist.

Vereinzelt wurde in der Lehre für die Belegschaftszugehörigkeit eine über diese Interessenhomogenität hinausgehende **soziologische Gruppenverbundenheit** gefordert.³³⁴ Diese soll Grund dafür sein, warum überlassene AN nur dann zu den AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigterbetrieb zählen, wenn die Überlassung für längere Zeit gedacht ist. Die Überlegung dahinter ist, dass zwar von Anfang an einerseits Interessenidentität von überlassenen AN und Stammarbeitnehmern hinsichtlich der Arbeitsbedingungen im Betrieb besteht, zB was den Gesundheitsschutz oder die Teilnahme an betrieblichen Einrichtungen betrifft, andererseits aber die Lohnbedingungen und damit die Verteilungsfragen nicht gegenüber dem Beschäftigter sondern gegenüber dem Überlasser bestimmt werden. Bei kurzfristigen Überlassungen, die nur einen vorübergehenden Arbeitsbedarf abdecken, sei daher die individuelle und kollektive Interessenwahrnehmung gegenüber dem Überlasser *wichtiger* als gegenüber dem Beschäftigter. Der Beschäftigter sei in dieser Zeit für den Beschäftigter-BR kein geeigneter Ansprechpartner für Probleme der überlassenen Arbeitnehmer.³³⁵ Dauere die Überlassung allerdings länger, wird die Integration im Beschäftigterbetrieb stärker und die Erwerbsmöglichkeit des überlassenen Arbeitnehmers hänge damit immer stärker vom Beschäftigterbetrieb selbst ab.

Diese Anforderung an die Interessenhomogenität schießt aber über das Ziel hinaus. Zum einen ist zu bedenken, dass überlassene AN – wie bereits im Grundlagenteil gezeigt wurde – idR die Übernahme in ein Arbeitsverhältnis beim Beschäftigter anstreben. Aus diesem Grund muss auch grundsätzlich von einem entsprechenden Solidaritätsbewusstsein mit dem Stammpersonal ausgegangen werden. Zum anderen wurde bereits dargestellt, dass § 36 ArbVG lediglich eine Interessenhomogenität verlangt, die schon durch das Direktionsrecht des BI hergestellt wird. Das Direktionsrecht des Beschäftigters besteht, wie auch andere Arbeitgeberfunktionen, ab dem ersten Tag der Überlassung. Insbesondere zu Beginn der Überlassung ist mit einer vermehrten Nutzung des Weisungsrechts zur Einweisung der AN zurechnen. Es besteht damit von Beginn an die Notwendigkeit der Interessenvertretung durch den Beschäftigterbetriebsrat als Gegenmacht zum Direktionsrecht.

³³⁴ Vgl. *B. Schwarz* in *FS W. Schwarz* 316; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 5; idS auch *Geppert* (DRdA 2011, 513) für den die Forderung einer entsprechenden Integration im Beschäftigterbetrieb aus soziologischer Sicht durchaus diskutabel ist. Ebenso *Mazal* (RdW 1987/11, 376), der einräumt, dass die Identifikation mit der Stammebelegschaft und deren Interessen idR geringer ist, als es auch bei einem erst seit kurzem oder nur für kurze Zeit im Betrieb beschäftigten regulären AN der Fall wäre. Nach *Mazal* soll sich dieser Umstand aber nur auf die Zuerkennung des aktiven bzw passiven Wahlrechts auswirken.

³³⁵ *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 316.

4.5.3. Voraussichtlich längere Dauer der Überlassung

In seiner ersten Entscheidung zur betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft überlassener AN im Beschäftigertbetrieb postulierte der OGH, dass die Überlassung „**für längere Zeit gedacht**“³³⁶ sein muss. Diese Forderung wird verständlich, wenn man sich den Zeitpunkt der Entscheidung, ein Jahr vor Inkrafttreten des AÜG 1988, in Erinnerung ruft. Damals war noch nicht gesetzlich klargestellt, ob und welche Arbeitgeberbefugnisse dem Beschäftigert zu welchem Zeitpunkt im Einzelfall zukommen. Man musste somit im Zweifel davon ausgehen, dass zumindest bei einer längeren Dauer der Überlassung wesentliche Arbeitgeberfunktionen auf den Beschäftigert übergegangen sind.

Erst das AÜG 1988 stellte dann klar, dass bestimmte Arbeitgeberfunktionen ex lege ab dem ersten Tag der Überlassung auf den Beschäftigert übergehen. Der OGH relativierte deshalb bereits vier Jahre nach dem Ersturteil seine Ansicht. Es komme darauf an, dass die Überlassung für längere Zeit gedacht und „**(infolgedessen)**“ wesentliche Arbeitgeberfunktionen auf den Beschäftigert übergehen, sodass die Interessen dieser AN vom Beschäftigert-BR vertreten werden können.³³⁷ Schon diese Entscheidung legte damit die grundsätzliche **Bedeutungslosigkeit der Dauer** für die Arbeitnehmereigenschaft im Beschäftigertbetrieb nahe.³³⁸ Vielmehr kommt es in erster Linie auf die Übertragung von (wesentlichen) **Arbeitgeberfunktionen** an. Dass diese Übertragung im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung ohnehin ab dem ersten Tag der Beschäftigung im Beschäftigertbetrieb erfolgt, wurde bereits umfassend dargestellt. Die zeitliche Beschränkung der Belegschaftszugehörigkeit überlassener AN entbehrt somit einer dogmatischen Grundlage.

Teile des Schrifttums verstanden die Aussage des OGH in 9 ObA 22/91³³⁹, wonach die in diesem Fall gegebene sechsmonatige Beschäftigung im Beschäftigertbetrieb für die Zugehörigkeit jedenfalls ausreiche, miss.³⁴⁰ Sie leiteten daraus ab, dass die Zugehörigkeit im Beschäftigertbetrieb eine Überlassungsdauer von mindestens sechs Monaten voraussetzt.³⁴¹ Dem OGH dürfte die Sechs-Monats-Frist des **§ 53 Abs 1 Z 2 ArbVG** als

³³⁶ OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87, ARD 3921/10/87.

³³⁷ OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91, Arb 10.908 = ARD 4261/17/91 = DRdA 1991/42 (Geppert).

³³⁸ So schon zutr *Klein in Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

³³⁹ OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91, Arb 10.908.

³⁴⁰ So schon zutr *Geppert*, DRdA 2011, 513.

³⁴¹ Vgl zB *Bösze/Kraft*, Arbeitskräfteüberlassung 87; *Obereder in Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap XV Rz 42; *Rauch*, *ecolex* 2008, 157; *B. Schwarz in Sacherer/Schwarz*, AÜG² 315; *Windisch-Graetz in ZellKomm*² § 36 ArbVG Rz 8.

zeitliche Richtschnur gedient haben.³⁴² Auch in der der Praxis wird mittlerweile – aufgrund der ansonsten bestehenden Unsicherheit³⁴³ – die Frist des § 53 ArbVG als zeitliche Untergrenze für die Belegschaftszugehörigkeit herangezogen.³⁴⁴ § 53 Abs 1 Z 2 ArbVG beschränkt das passive Wahlrecht. Dadurch soll verhindert werden, dass Personen, die aufgrund ihrer kurzen Zugehörigkeit mit den Verhältnissen im Betrieb, der Betriebsorganisation und den -abläufen nicht ausreichend vertraut sind, Vertretungsaufgaben übernehmen.³⁴⁵ Als treibendes Motiv für die zeitliche Beschränkung mutmaßt das Schrifttum somit den Wunsch des OGH nach Gewährleistung eines Mindestgrades an persönlicher Integration und Akzeptanz des überlassenen Arbeitnehmers in der Beschäftigerbelegschaft.³⁴⁶ Es darf aber nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber bei der Festlegung eines zeitlich bewerteten Integrationsgrades zwar nach aktivem und passivem Wahlrecht differenziert, nicht aber nach Arbeitnehmergruppen.³⁴⁷ In Bezug auf die Forderung nach einer ausreichenden Integration in den Beschäftigertbetrieb kann auf die Ausführungen zur Interessenshomogenität und soziologischen Gruppenverbundenheit im vorangegangenen Kapitel verwiesen werden.

Die Betriebsverfassung stellt für die Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG – wie bereits dargestellt – allein auf das **Faktum der Beschäftigung** ab. Es ist somit irrelevant, ob ein Arbeitnehmer wenige Stunden, einen Tag, eine Woche oder länger im Betrieb beschäftigt wird.³⁴⁸ Ein unmittelbar vom Beschäftiger eingestellter Arbeitnehmer gilt unstrittig vom ersten Tag seines Einsatzes als Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG – unabhängig davon, ob er nur für ganz kurze Zeit, zur Probe oder für zeitlich geringfügige Arbeitsleistungen eingestellt wurde.³⁴⁹ Weder Wortlaut noch Intention des § 36 ArbVG

³⁴² Vgl dazu *Anzenberger* (ASoK 2001, 388) und *Geppert* (DRdA 2011, 513). Das BerG (OLG Linz 20.11.1990, 13 Ra 96/90-17) zu OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91 führt dazu aus, dass eine für sechs Monate vorgesehene oder schon so lange dauernde Beschäftigung „*schon deshalb ausreichend* [sei], *weil das Arbeitsverfassungsgesetz nicht einmal das passive Wahlrecht an eine längere Beschäftigungsdauer knüpft*“, worauf der OGH in seiner Begründung bestätigend verweist.

³⁴³ Das Schrifttum (zB schon *Schnorr*, ZAS 1988/9, 95ff) kritisiert zu Recht die zu schwache Aussagekraft der Wendung „*verhältnismäßig kurze Zeit*“ bzw „*Beschäftigung für längere Zeit*“, die zu Rechtsunsicherheit führt.

³⁴⁴ Vgl *Marhold*, ASoK 2008, 251.

³⁴⁵ Vgl *Schneller* in ArbVR II⁵ § 53 Rz 9.

³⁴⁶ Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 388; auch *Geppert*, DRdA 2011, 513.

³⁴⁷ So schon zutr *Anzenberger*, ASoK 2001, 388; *Geppert*, DRdA 2011, 513.

³⁴⁸ Vgl *Geppert* in FS *W. Schwarz* 248.

³⁴⁹ Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 388; auch *Jabornegg/Naderhirn/Trost*, Betriebsratswahl⁶ 66.

lassen darauf schließen, dass für überlassene Arbeitnehmer etwas anderes gelten soll.³⁵⁰ Es läge daher ein Wertungswiderspruch vor, würde man die Arbeitnehmereigenschaft einem **kurzfristig beschäftigten, unmittelbar aufgenommenen Arbeitnehmer** bejahen, den eines nur kurzfristig überlassenen Arbeitnehmers jedoch nicht, obwohl sich bei ihrem Einsatz idente betriebsbezogene Probleme stellen.³⁵¹

Dass es nicht auf die Dauer der Beschäftigung ankommen kann, zeigt sich auch an der Regelung des **aktiven Wahlrechts** (§ 52 ArbVG). Für dessen Bestehen ist unerheblich, ob die Beschäftigung unmittelbar vor dem Stichtag aufgenommen wurde oder ob sie auch nur einen einzigen Tag über die Betriebsratswahl hinaus fort dauert.³⁵² Anderes vertritt *Binder*³⁵³, wonach es nicht durch den punktuellen Einsatz von einer Mehrheit überlassener AN zu einer Verfälschung einer Betriebsratswahl im Beschäftigerbetrieb kommen darf. Er fordert daher für die betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit überlassener AN in Anlehnung an die Rsp eine „*längere, nahezu sechs Monate dauernde Zeit*“. Auf diesen Gedanken ist im Rahmen der Untersuchung des aktiven Wahlrechts überlassener AN im Beschäftigerbetrieb noch näher einzugehen. Vorausgeschickt sei an dieser Stelle, dass – würde man eine solche Sicht konsequent zu Ende denken – Beschäftiger, die es nur irgendwie einrichten können, umgekehrt auch einen Anreiz hätten mit einer Mehrheit von kurzfristig überlassenen Arbeitnehmern zu arbeiten, um die Installation einer Belegschaftsvertretung in ihrem Betrieb zu verhindern.³⁵⁴ Ein solch negativer Anreiz und auch ein solches Ergebnis widersprächen klar dem Schutzzweck des ArbVG.

Vertreter der Auffassung, dass die betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit erst nach einer längeren Dauer eintritt, argumentieren, dass zu Beginn der Überlassung die individuelle und kollektive Vertretung gegenüber dem Überlasser wichtiger wäre als gegenüber dem Beschäftiger. Rasch wechselnde überlassene AN wären ohnehin nur punktuell von Maßnahmen des Beschäftigers betroffen, weswegen vielfach die Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten nicht handhabbar wäre.³⁵⁵ Diese Ansicht führt aber zu **Schutzdefiziten** für überlassene AN im Hinblick auf ihre

³⁵⁰ Vgl. *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 131; *Geppert* in FS *W. Schwarz* 249; *Kietaihl*, Arbeitsrecht I 86; *Mazal*, RdW 1987/11, 376; *Tomandl*, ZAS 2011/41, 249.

³⁵¹ So schon zutr. *Geppert* in FS *W. Schwarz* 249; ebenfalls *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Tomandl*, ZAS 2011/41, 249.

³⁵² So schon zutr. *Mazal*, RdW 1987/11, 377; aA *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 25 (insb FN 53).

³⁵³ Vgl. *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 25 (insb FN 53).

³⁵⁴ IdS schon zutr. *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 161.

³⁵⁵ *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 316; zust. *Friedrich*, ASoK 2007, 215.

tatsächliche Arbeitsleistung beim Beschäftiger. Richtig ist zwar, dass die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften der Betriebsverfassung eine bestimmte Beschäftigungsdauer voraussetzen. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, dass überlassene AN ab dem ersten Tag AN iS des § 36 ArbVG sind.³⁵⁶ Überlassene AN haben zB auch bei kurzfristigen Überlassungen ein Interesse an dem Schutz ihrer Gesundheit und umgekehrt der BR an der Einhaltung des Arbeitsschutzes. Es ist nicht einzusehen, warum der BR Vorschriften nur hinsichtlich bereits länger überlassener AN überwachen und seine Informations- und Interventionsrechte zu ihren Gunsten ausüben dürfte, obwohl für diese Rechte die Dauer der Beschäftigung unerheblich ist.³⁵⁷ Zudem würde die Forderung einer zeitlichen Beschränkung dazu führen, dass im Beschäftigerbetrieb bestehende **Betriebsvereinbarungen** für kurzfristig überlassene AN nicht anwendbar wären.³⁵⁸ Auch hier spricht gegen die zeitliche Beschränkung, dass gerade Arbeitnehmerschutzregelungen (zB § 97 Abs 1 Z 8 und 9 ArbVG) bei einem kurzfristigen Einsatz relevant und überlassene AN aus praktischen Gründen idR von solchen Maßnahme auch betroffen sind. Für manche ergibt sich die Notwendigkeit einer zeitlichen Beschränkung für überlassene AN auch aus dem **Zweck der § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG und § 99 Abs 5 ArbVG**, welche als "Abwehrrechte" des Beschäftiger-BR gegen die überlassenen Arbeitskräfte anzusehen sind und nicht dazu dienen deren Interessen zu vertreten.³⁵⁹ Argumentiert wird, dass der Beschäftiger-BR – wäre die Zuständigkeit ab dem ersten Tag gegeben – auch für die Interessen einer kurzfristig überlassenen und nicht in den Betrieb integrierten Arbeitskraft zuständig wäre, für deren Einsatz er bspw bereits Beschränkungen mit dem BI verhandelt hat oder solche über die Schlichtungsstelle erzwingen ließ. Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen.³⁶⁰ Es trifft zwar zu, dass diese beiden Bestimmungen in erster Linie den Schutz der Interessen der Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes bezwecken. Sie erfüllen aber auch eine effektive Schutzfunktion für die Einhaltung der Gesetze zugunsten der

³⁵⁶ ZB §§ 52f ArbVG.

³⁵⁷ So zutr *Tomandl*, ZAS 2011/41, 249; idS auch *Mazal*, RdW 1987/11, 376.

³⁵⁸ Zutr *Körber-Risak* in ZellHB BV Rz 8.17; so schon *Mazal*, RdW 1987/11, 376. IdS auch *Marhold* (ASoK 2008, 251), wobei für ihn aber auch bei einer kurzfristigen Überlassung die Zuständigkeit des Beschäftiger-BR zusätzlich zu jener des Überlasser-BR bestehen kann. Diese hänge vom Gegenstand des Mitbestimmungsrechtes ab. Als Bsp führt er das Bestehen einer BV über die Arbeitszeitverteilung im Beschäftigerbetrieb an. Besteht eine solche, dann unterliegt der überlassene AN ab dem ersten Tag seiner Beschäftigung den Bestimmungen dieser BV als Mitglied der Belegschaft des Beschäftigerbetriebes.

³⁵⁹ Vgl *Rauch*, *ecolex* 2008, 157; so auch *Gahleitner* (ArbVR II⁵ § 36 Rz 16), wobei sie einräumt, dass die Ausübung wesentlicher Arbeitgeberfunktionen durch den Beschäftiger „vom AÜG regelmäßig vorgesehen ist“.

³⁶⁰ Auf den Schutzzweck dieser Normen ist im vierten und fünften Teil dieser Untersuchung noch näher einzugehen.

überlassenen Arbeitskräfte. Der Beschäftiger-BR ist am ehesten in der Lage die Einhaltung der materiellen Schutzbestimmungen des AÜG sicherzustellen und damit sowohl direkt die Interessen der überlassenen AN als auch indirekt die der Stammarbeitnehmer effektiv zu vertreten. Diese Interessenvertretung ist daher ab dem ersten Tag geboten. Die Festlegung einer zeitlichen Beschränkung ist daher auch aus diesen Überlegungen heraus nicht sachgerecht.

Aufgrund des eingeschränkten Einflussbereiches des Überlasserbetriebsrates kann das **umfassende Schutzanliegen der Betriebsverfassung** nicht allein durch diesen befriedigt werden. Es ist daher geboten, dass der Beschäftigterbetriebsrat seine Mitwirkungsrechte zur Beschränkung des Weisungsrechtes des Beschäftigters auch zugunsten der überlassenen Arbeitnehmer wahrnimmt.³⁶¹ Würde man diese Zuständigkeit ablehnen, entbehrten die überlassenen AN in diesem Bereich jeglichen Schutzes. Ein Ergebnis, das weder vom AÜG noch vom ArbVG beabsichtigt sein kann. Eine sinnvolle und vor allem umfassende Interessenvertretung erfordert daher die Zuständigkeit sowohl des Überlasser- als auch des Beschäftigterbetriebsrates.³⁶²

Zuletzt bliebe auch unklar, wie die von der Rsp geforderte Dauer prognostiziert werden kann und wie Unterbrechungen und unstete Einsätze zu behandeln sind. Die Prognose könnte sich am Dienstverschaffungsvertrag orientieren. Damit wäre aber der Eintritt eines – nach hA³⁶³ – absolut zwingendes Rechtes im Ergebnis vom Willen der Parteien dieses Vertrages abhängig. Verstöße gegen die absolut zwingende Wirkung des Betriebsverfassungsrechts sind mit (absoluter) Nichtigkeit bedroht.³⁶⁴ Zudem könnten zunächst nur als kurzfristig geplante Überlassungen aufgrund unvorhersehbarer Umstände verlängert werden. In diesem Fall wäre wieder unsicher, ab wann die Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG eintritt. Somit sprechen auch Gründe der **Rechtssicherheit** im Ergebnis dafür, dass die überlassener AN ohne Wartefrist ab dem ersten Tag der Überlassung Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG im Beschäftigterbetrieb sind.

³⁶¹ Vgl *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 101.

³⁶² So schon zutr *Schrammel*, ZAS 1973, 167 noch zum BRG.

³⁶³ Grundlegend *Jabornegg* in FS *Strasser* (1983) 367; stRsp, vgl zB OGH 21.04.2004, 9 ObA 31/04f, Arb 12.436 = DRdA 2005/20, 309 (*Löschnigg*) = ecolex 2004, 732 (*Windisch-Graetz*).

³⁶⁴ Das Gericht hat die Nichtigkeit von Amts wegen wahrzunehmen, vgl OGH 24.02.2000, 8 ObA 338/99k.

5. Zusammenfassung

Die Analyse des § 36 ArbVG hat gezeigt, dass der Rechtsprechung des OGH nicht beizutreten ist. Die Betriebsverfassung bezweckt die Beschränkung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts durch die Mitwirkungsrechte der Belegschaft. Überlassene AN werden nicht explizit aus dem Anwendungsbereich der Betriebsverfassung ausgenommen. Der Wortlaut des § 36 ArbVG verlangt weder eine (arbeits-)vertragliche Beziehung noch ein bestimmte Beschäftigungsdauer für die Zugehörigkeit zum Betrieb. Überlassene AN sind – ebenso wie andere Arbeitnehmer iSd § 36 Abs 1 ArbVG – aus erwerbswirtschaftlichen Gründen im Betrieb des Beschäftigers tätig, weshalb es auf das Bestehen eines Arbeitsvertrages auch aus systematischen Gründen nicht ankommt.

Ausschlaggebend für die Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG ist vielmehr die Übertragung von Weisungsrechten an den Beschäftiger. Wesentliche Arbeitgeberpflichten gehen seit Inkrafttreten des AÜG und in erweiterter Form seit der Novelle des AÜG im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL ex lege ab dem ersten Tag der Überlassung auf den Beschäftiger über. Hätte der Gesetzgeber trotz Nomierung des ex lege Übergangs von Arbeitgeberfunktionen eine zeitliche Differenzierung hinsichtlich der Belegschaftszugehörigkeit überlassener AN gewollt, so hätte er dies klar zum Ausdruck bringen müssen. Hinzu kommt, dass die Übertragung des Weisungsrechts an den Beschäftiger Bestandteil eines jeden Dienstverschaffungsvertrages ist, damit der Beschäftiger die überlassenen AN für betriebseigene Aufgaben überhaupt einsetzen kann. Gerade zu Beginn des Einsatzes spielt dieses (Ein-)Weisungsrecht naturgemäß eine entscheidende Rolle. Die überlassenen AN sind daher – wie Stammarbeitnehmer – ab dem ersten Tag persönlich abhängig im Beschäftigerbetrieb tätig und unterliegen den gleichen Einflüssen, Gefahren udgl, insb dem Direktionsrecht des Beschäftigers hinsichtlich des faktischen Arbeitsvollzugs. Sie weisen daher im Hinblick auf den faktischen Arbeitsvollzug das gleiche Schutzbedürfnis und Vertretungsinteresse wie Stammarbeitnehmer auf und sind – um Wertungswidersprüche (und auch Rechtsunsicherheit) zu verhindern – ab dem ersten Tag ihrer Beschäftigung im Beschäftigerbetrieb unter den Schutz der Betriebsverfassung zu stellen. Unstrittig ist, dass dieses Schutzbedürfnis und damit die Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG im

Beschäftigterbetrieb unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft im Überlasserbetrieb besteht.³⁶⁵

6. Arbeitnehmerähnliche Überlassene

Wie bereits eingangs ausgeführt bezieht das AÜG seinen persönlichen Anwendungsbereich auf alle „Arbeitskräfte“, worunter es sowohl AN als auch arbeitnehmerähnliche Personen versteht (§ 3 Abs 4 AÜG). Vor allem im Bereich der Betriebsverfassung ergeben sich nun wesentliche Unterschiede zwischen diesen beiden Personengruppen. Der persönliche Anwendungsbereich der Betriebsverfassung ist auf AN iSd § 36 ArbVG beschränkt, zu denen arbeitnehmerähnliche Personen aufgrund ihrer persönlichen Unabhängigkeit grundsätzlich nicht zählen.³⁶⁶ Sowohl freie Dienstnehmer als auch Werkunternehmer erbringen ihre Arbeitsleistung nicht fremdbestimmt in persönlicher Abhängigkeit, mögen sie auch faktisch in einem fremden Betrieb tätig sein.

Teile des Schrifttums bejahen allerdings eine **Ausnahme**. Jene Personen, die von der Rsp³⁶⁷ nur deshalb nicht als Arbeitnehmer im arbeitsvertraglichen Sinn angesehen werden, weil sie sich generell vertreten lassen und/oder Aufträge ablehnen können, sind für die Dauer ihres tatsächlichen Einsatzes als AN iSd § 36 ArbVG anzusehen.³⁶⁸ Dies deshalb, da § 36 ArbVG nicht auf das Vorliegen eines bestimmten Vertragstypus abstellt, sondern auf die tatsächliche Beschäftigung im Betrieb.³⁶⁹ Bei besonders stark ausgeprägter

³⁶⁵ Eine mehrfache Betriebszugehörigkeit ist nichts Ungewöhnliches. Auch ein AN, der in mehreren Betrieben eines Unternehmens eingesetzt wird, kann mehrfach betriebszugehörig sein, vgl. *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 41 Rz 5.

³⁶⁶ So schon zutr. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 121; *Ders* in *GS Mayer-Maly* 481. Arbeitnehmerähnlich sind Personen die ihre Arbeit in persönlicher Selbstständigkeit, aber wirtschaftlicher Unselbstständigkeit für andere erbringen. Näheres dazu auch bei *Gahleitner*, ArbVR II⁵ § 36 Rz 9 mHa OGH 12.02.1997, 9 ObA 2260/96k, ARD 4832/9/97; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 4/057; *Pfeil* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, Band 5, 4. Auflage (2014) § 1151 ABGB Rz 46ff; *Windisch-Graetz* in *Zell-Komm*² § 36 Rz 3; OGH 19.01.1989, 7 Ob 48/88, SZ 62/8; RIS-Justiz RS0021284. Arbeitnehmerähnlich sind insb. Heimarbeiter, vgl. *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 ABGB Rz 90.

³⁶⁷ Vgl. OGH 30.06.2005, 8 ObA 35/05p, ARD 5627/5/05 = RdW 2005, 709 = DRdA 2006/24, 286 (*Resch*); zuletzt OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k.

³⁶⁸ So zB *Gahleitner*, ArbVR II⁵ § 36 Rz 10ff; *Mayr*, Arbeitsrecht § 36 ArbVG E11; idS wohl auch *B. Schwarz* in *FS W. Schwarz* 320; *Tomandl* in *GS Mayer-Maly* 481. § 36 ArbVG erfasst auch arbeitnehmerähnliche Personen, die bei Erbringung bestimmter Leistungen für einen Betrieb zwar in einem geringeren Ausmaß persönlich abhängig sind als AN iS, aber bei Erfüllung dieser Aufträge weitgehend in die betriebliche Organisation, den Arbeitsablauf und in ein gemeinsames Betriebsergebnis eingebunden sind. AA *Runggaldier* (Kollektives Arbeitsrecht und arbeitnehmerähnliche Personen, In *FS Schnorr* 273) wonach arbeitnehmerähnliche Personen nie von § 36 ArbVG erfasst sein können.

³⁶⁹ *Tomandl* in *GS Mayer-Maly* 481f. Die diametral aA äußert *Tomandl* aber in *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 13 (insb. FN 22), wo er sich gegen die Ansicht von *B. Schwarz* (in *FS W. Schwarz* 320) wendet. *B. Schwarz* überdehne danach den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person wenn er annimmt, es gäbe Grenzfälle, wo

Arbeitnehmerähnlichkeit soll daher der zweite Teil des ArbVG zur Anwendung kommen.³⁷⁰ Hierbei handelt es sich um Personen, die einem Arbeitnehmer um einiges näher sind als einem Selbstständigen. Aufgrund des Schutzzweckes der Betriebsverfassung ist eine Einbeziehung bei sehr starker Arbeitnehmerähnlichkeit durchaus zu überlegen. Erbringen diese Personen ihre Tätigkeiten doch ebenfalls unter Aufsicht und Weisung des Beschäftigers faktisch in dessen Betrieb und unterliegen dessen Direktionsmacht in vergleichbarer Weise. Aufgrund der Rechtsunsicherheit für die Praxis wäre aber eine gesetzliche Klarstellung in diesem Bereich geboten.³⁷¹

Abgesehen von dieser Ausnahme gelten überlassene arbeitnehmerähnliche Personen weder im Überlasser- noch im Beschäftigerbetrieb als Mitglieder der Betriebsbelegschaft, besitzen kein Wahlrecht zum Betriebsrat, werden von keinem Betriebsrat vertreten und Betriebsvereinbarungen entfalten für sie keine Wirkung.³⁷² Lediglich einzelne Vorschriften sind kraft ausdrücklicher Anordnung auf sie anwendbar, wie zB die Informationspflicht vor der beabsichtigten Aufnahme überlassener Arbeitskräfte gemäß § 99 Abs 5 ArbVG.³⁷³

4. Kapitel: Teilnahme an Betriebsversammlungen

Die Betriebsversammlung³⁷⁴ ist das Organ der Belegschaft, welches sich durch eine breite Mitgliedschaft auszeichnet. Sie bereitet die Bestellung des geschäftsführenden Organs (BR) vor, kontrolliert dieses und besitzt Umlagehoheit.³⁷⁵ Die Betriebsversammlung ist

man von einer Beschäftigung im Betrieb sprechen könnte. Arbeitnehmerähnliche Personen zeichnen sich gerade durch das Fehlen von persönlicher Abhängigkeit aus.

³⁷⁰ Vgl *Mosler*, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbstständige? DRdA 2012, 105. Als Indizien (S. 104) nennt er die persönliche Arbeitsleistung, das Fehlen eigener maßgeblicher Produktionsmittel, eine nicht ganz kurzfristige Dauer, die Bestreitung des Lebensunterhalts im Wesentlichen aus dem Rechtsverhältnis, die Reduktion der Entschlussfähigkeit in Bezug auf die Tätigkeit auf ein Mindestmaß und das Fehlen von unternehmerischen Dispositionsmöglichkeiten. Es muss ein für das Arbeitsverhältnis typisches Machtungleichgewicht bestehen. Aus meiner Sicht ist – aufgrund der stark ausgeprägten Ähnlichkeit – zu prüfen, ob nicht ohnehin in Wahrheit ein Arbeitsvertrag vorliegt.

³⁷¹ Für eine generelle Erweiterung des Anwendungsbereichs auf arbeitnehmerähnliche Personen spricht sich zB *Firlei* (DRdA 2014, 525) aus.

³⁷² Vgl *Tomandl* in *GS Mayer-Maly* 482; *Runggaldier* in *FS Schnorr* 273.

³⁷³ Vgl *Tomandl* in *GS Mayer-Maly* 482. *Tomandl* will aber auch den persönlichen Anwendungsbereich des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG, welcher lediglich von „Arbeitnehmern“ spricht, sehr weit verstehen und arbeitnehmerähnliche Personen einbeziehen.

³⁷⁴ Der Begriff Betriebsversammlung wird im Rahmen dieser Arbeit als Oberbegriff für die verschiedenen Arten der Versammlung der AN (Betriebsversammlung, Gruppenversammlung und Betriebshauptversammlung) benutzt.

³⁷⁵ Näheres zu den Aufgaben, vgl *Kallab* in *ZellKomm*² § 42 ArbVG Rz 8ff; *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 42 Rz 5ff.

daher zentral für die Errichtung einer Belegschaftsvertretung im jeweiligen Betrieb. In der Folge ist zu untersuchen, ob überlassenen AN das Teilnahme- und/oder das Stimmrecht bei Betriebsversammlungen im Überlasser- wie auch Beschäftigerbetrieb zukommt und bejahendenfalls, welche Ansprüche sich hieraus für die überlassenen AN ergeben. Vorauszuschicken ist, dass das ArbVG keine Regelung kennt, die der Teilnahme- und Stimmberechtigung überlassener AN in Betriebsversammlungen ausdrücklich entgegensteht.

Die Betriebsversammlung setzt sich aus der Gesamtheit der Arbeitnehmer des Betriebes (§ 41 Abs 1 ArbVG) zusammen. Im Rahmen der Betriebsverfassung sind damit **AN iSd § 36 ArbVG** gemeint. Wie bereits dargestellt wurde, erfüllen auch überlassene AN ab dem ersten Tag der Beschäftigung den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff sowohl im Überlasser- wie auch im Beschäftigerbetrieb.³⁷⁶ Allgemein gilt, wenn AN die Betriebszugehörigkeit in mehreren Betrieben besitzen, so ist auch ihre Teilnahme an mehreren Belegschaftsversammlungen möglich.³⁷⁷ Überlassenen AN kommt daher aufgrund ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft das **Teilnahmerecht** an den Betriebsversammlungen in beiden Betrieben ab dem ersten Tag ihrer Beschäftigung zu.

Damit überlassenen AN auch ein **Stimmrecht** in beiden Betriebsversammlungen zukommt, müssen sie jeweils die Voraussetzungen des § 49 Abs 1 ArbVG erfüllen. Dh, sie müssen das 18. Lebensjahr vollendet haben und am Tag der Betriebsversammlung im Betrieb beschäftigt sein. Wesentlich ist somit, ob sie am Tag der Betriebsversammlung den AN-Begriff des § 36 ArbVG erfüllen. Nicht nötig ist, dass sie an diesem Tag tatsächlich im Betrieb beschäftigt sind, denn auch Personen, deren Arbeitsleistung zur Zeit der Betriebsversammlung wegen Karenzierung oder anderen Verpflichtungen (zB Elternkarenz, Präsenz- oder Zivildienst) unterbleibt, zählen zu den AN iSd § 36 ArbV.³⁷⁸ Zum anderen kommt auch Außendienstmitarbeitern, die ihren tatsächlichen Arbeitsort im Ausland haben und Staatsbürger dieses fremden Staates sind, wenn sie in den Betrieb eingegliedert sind, ein Stimmrecht bei der Betriebsversammlung zu.³⁷⁹ Gegen das

³⁷⁶ AA zB *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 316. Nach Vertretern dieser Ansicht sind überlassene AN erst ab einer mindestens sechsmonatigen Eingliederung im Beschäftigerbetrieb zur Teilnahme an der Betriebsversammlung im Beschäftigerbetrieb berechtigt, denn erst dann sind überlassene AN als AN iSd § 36 ArbVG beim Beschäftiger anzusehen.

³⁷⁷ Vgl dazu *Risak* in *Tomandl*, ArbVG § 41 Rz 5.

³⁷⁸ Vgl *Kallab* in *ZellKomm*² § 41 ArbVG Rz 3; *Schneller* in *ArbVR* II⁵ § 49 Rz 1.

³⁷⁹ Vgl *Kallab* in *ZellKomm*² § 49 ArbVG Rz 3; OGH 26.03.1997, 9 ObA 88/97z, DRdA 1997, 405.

Teilnahme- und Stimmrecht im Überlasserbetrieb kann daher insb nicht eingewendet werden, dass überlassene AN außerhalb der Betriebsstätte tätig sind.³⁸⁰

Gegen das Teilnahme- und Stimmrecht im Beschäftigertbetrieb kann wiederum nicht vorgebracht werden, überlassene AN wären nur kurze Zeit im Beschäftigertbetrieb tätig weshalb ihnen aufgrund der mangelnden Integration in die Belegschaft das Teilnahme- und/oder Stimmrecht in der Betriebsversammlung zu versagen ist. Hier würde es zu Wertungswidersprüchen kommen, denn auch AN, die zB erst am Tag der Belegschaftsversammlung eingestellt werden, sind ebenso stimmberechtigt wie AN in der Kündigungsfrist.³⁸¹ Es gilt daher, dass überlassene AN, wenn sie die Voraussetzungen des § 49 Abs 1 ArbVG insb im Hinblick auf die Altersgrenze im jeweiligen Betrieb erfüllen in der jeweiligen Betriebsversammlungen stimmberechtigt sind.

Die Teilnahme an einer während der Arbeitszeit stattfindenden Betriebsversammlung begründet einen Anspruch des überlassenen AN auf **Arbeitsfreistellung** gegen den BI, jedoch nicht auf Entgeltfortzahlung, es sei denn, dies wäre im KollV, in einer BV (§ 47 Abs 1 ArbVG) oder in einer einzelvertraglichen Vereinbarung (AV, Betriebsübung)³⁸² vorgesehen. Der Anspruch auf Freistellung umfasst die Dauer der Versammlung, die Wege zur und von der Versammlung und notwendige Reinigungs- und Aufräumarbeiten.³⁸³ Da es sich bei dem Anspruch auf Arbeitsfreistellung um einen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch des überlassenen AN gegen den BI des Betriebes handelt, ist zu differenzieren: Mangels arbeitsvertraglicher Beziehung zwischen Beschäftigert und überlassenen AN besteht grds³⁸⁴ kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für Betriebsversammlungen im Beschäftigertbetrieb. Möglich ist aber, dass sich für den Besuch einer Betriebsversammlung im Überlasserbetrieb ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus KollV, BV oder einzelvertraglicher Grundlage gegenüber dem

³⁸⁰ IdS schon zutr *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 128f; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 79; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 98f.

³⁸¹ Vgl *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 49 Rz 4; *Kallab* in *ZellKomm*² § 49 ArbVG Rz 3.

³⁸² Vgl *Risak* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap III Rz 38; *Kallab* in *ZellKomm*² § 47 ArbVG Rz 4.

³⁸³ Vgl ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 73. Strittig ist in diesem Zusammenhang, ob auch den subsidiär Einberufungsberechtigten ein Anspruch auf Arbeitsfreistellung für die Vorbereitung der Versammlung zukommt, vgl dazu abl *Risak* in *Tomandl*, ArbVG § 47 Rz 10.

³⁸⁴ Zu beachten ist die Ausnahme des § 10 Abs 1 AÜG, wonach unter bestimmten Umständen „sonstige Bestimmungen allgemeiner Art“ zur Anwendung kommen. Darunter sind insb BV iSd § 97 Abs 1 Z 11 ArbVG im Beschäftigertbetrieb zu verstehen.

Überlasser ergibt.³⁸⁵ Der Beschäftigte hat dem Überlasser – mangels gegenseitiger Vereinbarung – aber weder für den Zeitraum der Arbeitsfreistellung zum Besuch einer Betriebsversammlung im Überlasser- noch im Beschäftigterbetrieb ein Überlassungshonorar zu zahlen.

In der **Praxis** scheitert der Aufbau betriebsverfassungsrechtlicher Strukturen im Überlasserbetrieb häufig an der faktischen Möglichkeit eine Betriebsratswahl zu organisieren. Gründe hierfür sind, dass die AN isoliert und disloziert tätig sind und der Versuch einen BR zu gründen häufig am Widerstand des Arbeitgebers scheitert.³⁸⁶ Zu beachten ist aber, dass der BI grds verpflichtet ist, seiner Belegschaft Gelegenheit zu geben, gemeinsame Interessen durch die Bildung von betriebsverfassungsrechtlichen Organen wahrzunehmen und die gesetzlichen Möglichkeiten der Vertretung innerhalb des Betriebes auszuschöpfen.³⁸⁷ Weisungen des Überlassers eine Betriebsversammlung nicht zu besuchen, sind sowohl wegen des zwingenden Anspruchs auf Teilnahme- und Stimmrechtsausübung (§ 47 Abs 1, § 49 Abs 1 ArbVG) wie auch nach § 37 ArbVG rechtswidrig und können vor Gericht bekämpft werden.³⁸⁸ Kündigungen aus diesem Grund sind gem § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG anfechtbar. Nach einer weitergehenden Ansicht ist der Überlasser ferner verpflichtet, auch außerhalb von Betriebsversammlungen Möglichkeit zum Erfahrungsaustausch zuzulassen und wegen der örtlichen und organisatorischen Trennung der überlassenen AN solche Möglichkeiten darüber hinaus zu fördern.³⁸⁹ Mangels konkreter Anhaltspunkte im Gesetz ist eine solch weitreichende und unbestimmte Verpflichtung abzulehnen. Der Überlasser ist – wie bereits ausgeführt – im Rahmen der Betriebsverfassung nur verpflichtet alles zu unterlassen, was unmittelbar oder mittelbar die Bildung oder Tätigkeit der Organe stören oder verhindern könnte.³⁹⁰

³⁸⁵ So sieht zB § 14 Abs 7 des KollV für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting eine Entgeltfortzahlungspflicht für die Teilnahme an Betriebsversammlungen für Telearbeitnehmer vor.

³⁸⁶ Vgl so schon *Firlei* in *Floretta*, Landesberichte 59; *Sacherer*, Juridikum 2/2003, 91. ZB ist die Einberufung der Betriebsversammlung durch Aushang im Büro des Überlassers – in dem die überlassenen AN idR nur bei Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses vorbeikommen – ist in aller Regel aussichtslos. Aus der dem Wahlvorstand zu übermittelnden Wählerliste muss der Einsatzort nicht ersichtlich sein, was verhindert, dass für große Gruppen an denselben Beschäftigter überlassener AN keine Wahlkommission eingerichtet werden kann, vgl *Leitsmüller/Schindler/Schneller*, DRdA 2014, 497.

³⁸⁷ Vgl *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 313.

³⁸⁸ Vgl *Schneller* in *ArbVR II*⁵ § 47 Rz 6.

³⁸⁹ Vgl *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 313.

³⁹⁰ Vgl so auch *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 40 Rz 21.

Wenn – wie im Überlasserbetrieb – die Durchführung einer Vollversammlung der AN nicht oder nur schwer möglich ist, besteht die Möglichkeit die Betriebsversammlung in **Teilversammlungen** abzuhalten. Die Abhaltung kann auf Beschluss des BR unter den in § 44 ArbVG taxativ aufgezählten Voraussetzungen erfolgen. Der Überlasser hat keinerlei Einfluss darauf, ob die Betriebsversammlung in Form von Teilversammlungen abgehalten wird.³⁹¹ Bei Überlasserbetrieben ergibt sich die Erschwernis von Vollversammlungen bereits aus dem Betriebszweck. Die dauernde Zurverfügungstellung von überlassenen Arbeitskräften bedingt, dass es ohne erhebliche Störung des Betriebes des Überlassers nur schwer möglich ist, eine Vollversammlung durchzuführen. Teilversammlungen sind daher schon aufgrund der **Art des Betriebes** möglich.³⁹²

Da § 44 ArbVG keine Einschränkung enthält, können sowohl ordentliche wie auch außerordentliche Versammlungen (§ 43 ArbVG) in Form von Teilversammlungen abgehalten werden.³⁹³ Wenn dies dem Überlasser unter Berücksichtigung der betrieblichen Verhältnisse zumutbar ist, kann die Betriebsversammlung **während der Arbeitszeit und innerhalb des Betriebes** stattfinden (§ 47 ArbVG). Der Einberufer hat eine Interessenabwägung zwischen dem Interessen des Überlassers an einem möglichst störungsarmen Betriebsablauf und den Belegschaftsinteressen an der Teilnahme möglichst vieler überlassener AN durchzuführen und bei Entscheidung für eine Abhaltung während der Arbeitszeit einen für den Betriebsablauf möglichst wenig störenden Zeitpunkt zu wählen.³⁹⁴ Grund hierfür ist, dass der Gesetzgeber offensichtlich eine gewisse Störung der Betriebsbelange durch die Abhaltung der Versammlung in der Arbeitszeit in Kauf nimmt³⁹⁵ und die Freizeit grds der Erholung des AN dient³⁹⁶. Die Abgrenzung der

³⁹¹ Vgl OGH 13.03.1997, 8 ObA 2303/96a, DRdA 1998, 46 (*Marhold-Weinmeier*) = ZAS 1998, 80 (*Jabornegg*). Ist der BI der Auffassung, der angesetzte Zeitpunkt störe die Betriebsabläufe in unzumutbarer Weise, so kann er dies dem Einberufer mitteilen und im Streitfall beim ASG auf Unterlassung klagen. UU kommt auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter der Voraussetzung des § 389 Abs 1 EO (Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren [Exekutionsordnung], RGBl Nr 1896/97 idF BGBl I Nr 2014/69) in Betracht, vgl dazu *Schneller* in ArbVR II⁵ § 47 Rz 5 mwN.

³⁹² IdS schon zutr *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 44 Rz 16.

³⁹³ Vgl *Risak* in *Tomandl*, ArbVG § 44 Rz 8.

³⁹⁴ Vgl *Risak* in *Tomandl*, ArbVG § 47 Rz 4; *Schneller* in ArbVR II⁵ § 47 Rz 3; so auch OGH 29.04.2014, 9 ObA 27/14g, ARD 6415/6/2014 = ecolex 2014, 377 = DRdA 2015/15, 115 (*Goricnik*). Zu Inhalt, Form und Zeitpunkt der Einberufung vgl § 1 BRGO. Die Zumutbarkeit hat der Einberufer, keinesfalls der einzelne AN zu prüfen, vgl ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 73.

³⁹⁵ Aus diesem Grund müssen die betrieblichen Interessen massiv gestört sein, damit die Versammlung in der Arbeitszeit dem BI unzumutbar ist. Da dies selten der Fall ist, ist in der Praxis die Einberufung in der Arbeitszeit die Regel, vgl *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 47 Rz 3 und 11f.

³⁹⁶ Vgl zutr *Schneller* (in ArbVR II⁵ § 47 Rz 4), der zu diesem Ergebnis unter Verweis auf die vielen gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Freizeit des AN (zB Urlaubsrecht, Ruhezeiten usw) kommt.

Teilnahme- und Stimmberechtigung in Teilversammlungen muss nicht jedesmal neu bestimmt werden, sondern kann für künftige Versammlungen in der autonomen Geschäftsordnung des BR geregelt werden.³⁹⁷

5. Kapitel: Berücksichtigung bei Schwellenwerten

1. Problemaufriss

Von der Belegschaftsstärke ist ua die Pflicht zur Bildung von Belegschaftsorganen (§ 40 ArbVG), die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder (§ 50 ArbVG), bestimmte Mitwirkungsrechte (zB §§ 108 ff ArbVG) sowie Freistellungsansprüche (§§ 117f ArbVG) abhängig. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob überlassene AN auf die im ArbVG vorgesehenen Schwellenwerte im Überlasser- wie auch im Beschäftigerbetrieb anzurechnen sind. Das ArbVG enthält hierzu keine ausdrückliche Regelung. Auch die Leiharbeits-RL hat keine Klarstellung gebracht. In ihrem Art 7 normiert sie lediglich die Pflicht zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Berechnung des Schwellenwertes für die Errichtung der Belegschaftsvertretung.³⁹⁸ Vorgaben hinsichtlich anderer Schwellenwerte, wie zB für die Freistellung von Belegschaftsvertretern, wurden aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht getroffen.³⁹⁹ Im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL ins österreichische Recht wurden keine Änderungen im Hinblick auf die Berücksichtigung von überlassenen AN im Rahmen des Schwellenwertes für die Betriebsratsfähigkeit vorgenommen. Man war der Auffassung, die damals (und auch heute noch) geltende Rechtslage in Österreich entspreche bereits den Anforderungen des

³⁹⁷ Vgl *Kallab* in *ZellKomm*² § 44 ArbVG Rz 8. Die Abgrenzung der AN kann zB nach organisatorischen Kriterien erfolgen.

³⁹⁸ Leiharbeits-RL 2008/104/EG, ABI L 2008/327, 13.

³⁹⁹ Vgl *Hamann* (EuZA 2/2009, 322) wonach das Koalitionsrecht gem Art 137 Abs 5 EGV der Regelungsbefugnis der europäischen Rechtssetzungsorgane grds entzogen ist. Der Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten des Europäischen Parlaments hatte ursprünglich weitergehende Regelungen vorgeschlagen, vgl Bericht des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten, A5-0356/2002 endg, Änderungsantrag 21 zu Erwägungsgrund 21 und Änderungsantrag 51 zu Art 7. Die Regelung sah vor, dass für Leih-AN wie für Stamm-AN die Rechtsvorschriften in Bezug auf Information, Konsultation und Beteiligung gelten, zudem sollten sie Zugang zu internen Beschwerdeverfahren bekommen. Diese Regelungen wurden nicht in den Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 15. September 2008 (im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit, KOM[2008] 569 [Dok 10599/2/08 Rev 2, 16]) übernommen, da sie über den Geltungsbereich des Art 7 der Leiharbeits-RL hinausgingen, zudem wäre – so wurde argumentiert – eine Regelung nicht erforderlich, da Art 8 des Gemeinsamen Standpunktes (der Art 8 Leiharbeits-RL entspricht) bereits auf die RL 2002/14/EG (Richtlinie Information und Konsultation) zur Festlegung eines gemeinsamen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft verweist.

Art 7 Leiharbeits-RL bzw gehe über diese hinaus.⁴⁰⁰ Aus diesem Grund ist weiterhin allein anhand der allgemeinen Bestimmungen des ArbVG zu bestimmen, ob und inwieweit überlassene AN auf die (übrigen) Schwellenwerte der Betriebsverfassung anzurechnen sind.

Nach der zutreffenden hA⁴⁰¹ richtet sich die Bildung von Belegschaftsorganen und die Befugnisse der Belegschaft des **Überlasserbetriebes** – mangels gegenteiliger gesetzlicher Hinweise – nach den allgemeinen gesetzlichen Regeln. Wie bereits dargestellt, sind überlassene AN aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Bindung zum Überlasser als AN iSd § 36 ArbVG im Überlasserbetrieb anzusehen und besetzen dort (dauernd) einen Arbeitsplatz. Überlassene AN sind folglich bei allen Schwellenwerten im Überlasserbetrieb zu berücksichtigen. Diese Auffassung wird auch – soweit überblickbar – vom überwiegenden Schrifttum hinsichtlich aller Schwellenwerte im Überlasserbetrieb vertreten.

Tiefere Gräben ziehen sich durch das Schrifttum hinsichtlich der Frage, ob überlassene AN bei den Schwellenwerten im **Beschäftigertbetrieb** zu berücksichtigen sind. Das ArbVG geht (auch) auf diese Frage nicht ein, was auf den ersten Blick (ebenfalls) darauf hindeutet, dass überlassene AN wie Stammbeschäftigte zu berücksichtigen sind.⁴⁰² Judikatur zu dieser Frage fehlt mangels Anlassfällen. In der Folge ist daher in erster Linie die Berücksichtigung von überlassenen AN im Beschäftigertbetriebe im Hinblick auf die verschiedenen Schwellenwerte zu untersuchen. Die Anrechenbarkeit im Überlasserbetrieb wird nur insofern einer näheren Prüfung unterzogen, als diese strittig ist. Am Ende des Abschnittes folgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

2. Betriebsratsfähigkeit

Die Betriebsratsfähigkeit bestimmt sich nach § 40 ArbVG. Danach kann ein BR gewählt werden, wenn dauernd mindestens fünf stimmberechtigte (§ 49 Abs 1 ArbVG) Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt sind. Rechtsprechung zur Frage, ob überlassene AN bei der Berechnung dieses Schwellenwertes im Beschäftigertbetrieb zu berücksichtigen

⁴⁰⁰ Statt vieler, vgl *Schindler*, Die neue EU-Leiharbeits-RL – der Umsetzungsbedarf in Österreich, DRdA 2009, 179. Ob dem tatsächlich so ist, ist in der Folge noch eingehend zu untersuchen.

⁴⁰¹ ZB *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 128f; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 79; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 98f.

⁴⁰² So schon *Tomandl* (ZAS 2011/41, 250), obwohl für ihn jedoch bei näherer Sicht daran erhebliche Zweifel bestehen.

sind, fehlt bislang. Im Schrifttum gehen die Meinungen auseinander. Ein Großteil der Autoren will überlassene AN stets **voll** (zur Gänze) bei der Berechnung des Schwellenwertes berücksichtigen, da sie AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb sind.⁴⁰³ Ein anderer Teil des Schrifttums will die Anrechnung erst nach einer entsprechend langen Überlassungsdauer vornehmen, denn erst dann beginnt nach dieser Ansicht die Arbeitnehmereigenschaft im Beschäftigerbetrieb.⁴⁰⁴ Der andere Teil will sie hingegen nur berücksichtigen, wenn sie einen bestimmten **(Dauer-)Arbeitsplatz** besetzen, dh wenn sie einen Arbeitsplatz **regelmäßig** besetzen, nicht jedoch, wenn sie nur in Vertretung eines Stammarbeitnehmers beschäftigt werden.⁴⁰⁵ Andernfalls käme es nach dieser Ansicht zu einer Doppelzählung. In der Folge ist § 40 ArbVG in Hinblick auf die Berücksichtigung überlassener AN näher zu untersuchen.

§ 40 ArbVG verlangt die dauernde Beschäftigung von mindestens fünf in der Betriebsversammlung stimmberechtigten Arbeitnehmern. Da die Bestimmung im zweiten Teil des ArbVG angesiedelt ist, handelt es sich dabei um **AN iSd § 36 ArbVG**. Heimarbeiter und die vom passiven Wahlrecht zum BR ausgeschlossenen Familienangehörigen des BI sind nach § 40 Abs 1 ArbVG ausdrücklich nicht zu berücksichtigen. Im Gegensatz dazu werden überlassene AN nicht ausdrücklich von der Berücksichtigung ausgeschlossen. Wie bereits festgestellt wurde, sind überlassene AN ab dem ersten Tag ihrer Überlassung als AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb anzusehen. Wenn sie zudem das 18. Lebensjahr vollendet haben und am Tag der Betriebsversammlung faktisch im Beschäftigerbetrieb tätig sind, besitzen sie auch das Stimmrecht gem § 49 Abs 1 ArbVG im Beschäftigerbetrieb. Sie wären daher grds auf den Schwellenwert anzurechnen. § 40 Abs 1 ArbVG verlangt aber darüber hinaus, dass die stimmberechtigten Arbeitnehmer **dauernd** im Betrieb beschäftigt sind. Um abschließend beantworten zu können, ob überlassene AN auf den Schwellenwert anzurechnen sind ist daher im nächsten Schritt zu klären, wann eine dauernde Beschäftigung iSd § 40 ArbVG vorliegt.

⁴⁰³ IdS *Anzenberger*, ASoK 2001, 389; *Leutner/Schwarz/Ziniel* (AÜG 155) stellen dafür auf die faktische Eingliederung ab; *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 171; auch *Tomandl*, ZAS 2011/41, 250.

⁴⁰⁴ Vgl *Friedrich*, ASoK 2007, 215; ebenso *Marhold*, ASoK 2008, 251; *Marhold/Friedrich* (Arbeitsrecht² 533) wenn eine „auf Dauer angelegte Bindung“ besteht; idS auch *Schneller* (in ArbVR II⁵ § 40 Rz 23) wenn die überlassenen AN entsprechend eingegliedert sind; *B. Schwarz* (in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 316, 322f) konkretisiert: bei einer mindestens 6-monatigen Eingliederung im Beschäftigerbetrieb.

⁴⁰⁵ Vgl *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 136; *Ders*, AÜG 254; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 81; *Ders*, RdW 1987, 376; zust *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 103; zust *Windisch-Graetz* in *Tomandl*, ArbVG § 40 Rz 8.

Nach der hM⁴⁰⁶ bezieht sich der Begriff „dauernd“ auf die **Zahl Fünf** und nicht auf einzelne, bestimmte Arbeitnehmer. Wichtig ist, dass der Betrieb durch seine Kapazität und seinen durchschnittlichen Auftragsstand im Allgemeinen die Zahl von mindestens fünf Arbeitnehmern rechtfertigt.⁴⁰⁷ Kurzfristige Schwankungen bleiben dabei außer Betracht.⁴⁰⁸ Gleichgültig ist auch wie die Mindestzahl im konkreten Betrieb erreicht wird. Die Belegschaft kann daher von Stammarbeitnehmern, dauernd beschäftigten überlassenen AN, von befristet eingestellten Aushilfen oder vertretungshalber beschäftigten überlassenen AN gebildet werden.⁴⁰⁹ Entscheidend ist nur, dass fünf Arbeitsplätze vorhanden sind, die dauernd besetzt sind. Folglich sind überlassene AN im Rahmen des Schwellenwertes des § 40 ArbVG jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn sie **dauernd einen Arbeitsplatz** im Beschäftigerbetrieb besetzen. Würde man die gegenteilige Auffassung vertreten, könnte das ungewollte Auswirkungen nach sich ziehen. Trotz einer vergleichsweise großen Zahl von in den Beschäftigerbetrieb eingegliederten überlassenen AN könnte die erforderliche Arbeitnehmerzahl für die Errichtung einer Belegschaftsvertretung nicht erreicht werden. Es bestünde daher die Gefahr, dass Beschäftiger einen etwaigen für eine Wertschöpfung notwendigen Personalaufbau knapp vor Erreichen des Schwellenwertes nicht mit Stammarbeitnehmern, sondern mit Überlassenen realisiert, um bestimmte Mitwirkungsrechte nicht erst entstehen zu lassen.⁴¹⁰ Die Schaffung eines solchen Anreizes zur Gesetzesumgehung kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

Sind überlassene Arbeitnehmer in **Vertretung** eines Stammarbeitnehmers auf dessen Arbeitsplatz tätig, so ist hinsichtlich der zeitlichen Dauer der Vertretung zu differenzieren. Nach der hA⁴¹¹ ist zur Bestimmung, ob die Zahl von fünf Arbeitsplätzen dauerhaft erreicht

⁴⁰⁶ Vgl. *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 40 Rz 30; *Schneller* in ArbVR II⁵ § 40 Rz 20; *Windisch-Graetz* in *Tomandl*, ArbVG § 40 Rz 8.

⁴⁰⁷ Vgl. *Kallab* in *ZellKomm*² § 40 ArbVG Rz 21 mHa EA Wien Re 16/55, Arb 6221; *Schneller* in ArbVR II⁵ § 40 Rz 20 mHa EA Wien 21.03.1952, Arb 5387; aA *Löschnigg* (in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 40 Rz 30) nach dem darauf abzustellen ist, ob der BI auch tatsächlich eine entsprechende Anzahl von AN einsetzt und nicht, ob ein abstrakter Bedarf von mindestens fünf AN, zB gemessen an der Zahl der geleisteten Überstunden, gegeben ist.

⁴⁰⁸ Vgl. *Kietzibl*, Arbeitsrecht I 85.

⁴⁰⁹ So schon zur *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 81; *Ders*, RdW 1987/11, 376. IdS auch *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 129; *Kallab* in *ZellKomm*² § 40 ArbVG Rz 21, 23; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 99 mwN; zust *Windisch-Graetz* in *Tomandl*, ArbVG § 40 Rz 8.

⁴¹⁰ Vgl. *Davidov*, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, BJIR 2004/42 (4) 731; idS schon *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 136f; für Deutschland, *Rieble* in *Rieble/Junker/Giesen*, Industriedienstleistungen 17. Derselbe Gedanke trifft natürlich auch auf andere Schwellenwerte, wie die Betriebsratsgröße, die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern und insb die Sozialplanpflichtigkeit, zu.

⁴¹¹ Vgl. ErläutRV 840 BlgNR 13 GP 71; auch *Windisch-Graetz* in *Tomandl*, ArbVG § 40 Rz 5.

wird eine **Prognose** anzustellen, ob für längere Zeit mit einer bestimmten Belegschaftsstärke gerechnet werden kann, dh während des größten Teil des Jahres müssen zumindest fünf AN beschäftigt sein. Ergibt die Prognose, dass die Abwesenheit des Stammarbeitnehmers von seinem Arbeitsplatz und damit auch die erforderliche Vertretung nur kurzfristig ist, ist der zur Vertretung beschäftigte AN nicht im Rahmen des § 40 ArbVG zu berücksichtigen, sondern nur auf den Arbeitsplatz abzustellen. Dabei ist irrelevant, ob die Vertretung von einem oder mehreren überlassenen AN oder befristet beschäftigten Stammarbeitnehmern übernommen wird, denn Änderungen in der personellen Zusammensetzung der Belegschaft bleiben grds außer Betracht.⁴¹² *Anzenberger*⁴¹³ wendet dagegen ein, dass ein beschäftigter AN jedenfalls einen ihm zugewiesenen Arbeitsplatz besetzt, unabhängig davon, ob dadurch die betriebliche Leistung erhöht oder nur eine kurzfristige Personalknappheit (Urlaubs-, Krankenstands-, Präsenzdienstvertretung etc) abgedeckt werden soll. Er gibt zu bedenken, dass würde man die gegenteilige Auffassung vertreten, die vertretenen AN gleichzeitig die Arbeitnehmereigenschaft verlieren müssten, was nicht möglich ist. Hier ist zu beachten, dass die Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG nicht von der Berücksichtigung im Rahmen des Schwellenwertes des § 40 ArbVG abhängt. Sowohl die vertretene Arbeitskraft als auch die Vertretung – sei diese nun überlassener AN oder befristet eingestellte Aushilfe – sind und bleiben AN iSd § 36 ArbVG des Beschäftigterbetriebes. Für die Frage, ob die allgemeinen Voraussetzungen des § 40 ArbVG zur Organbildung erfüllt sind, ist aber nur die Anzahl der *dauernd* besetzten Arbeitsplätze im Betrieb von Bedeutung. Die Arbeitnehmereigenschaft allein (unabhängig von der dauernden Besetzung eines Arbeitsplatzes) im Rahmen von kurzfristigen Vertretungen wird erst dann rechtlich relevant, wenn es darum geht, ob die für die für die Mandatszahl maßgebende Arbeitnehmerzahl nach § 50 ArbVG erreicht ist.

Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen eine Prognose ergibt, dass die Vertretung für **längere Zeit** notwendig ist. In einem solchen Fall ist der vertretende überlassene AN bei der Berechnung der Belegschaftsstärke *neben* dem vertretenen AN zu berücksichtigen. Das ergibt sich aus dem Zweck der Schwelle des § 40 ArbVG. Danach vermutet der Gesetzgeber, dass eine *intermediäre Einrichtung* notwendig ist, wenn die Belegschaftsstärke *dauerhaft* über diesem Schwellenwert liegt, da kein entsprechender

⁴¹² Vgl *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 85.

⁴¹³ Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 389.

intensiver, persönlicher Kontakt zwischen dem BI und seinen AN (mehr) gegeben ist.⁴¹⁴ Sowohl der überlassene AN als auch der vertretene AN sind AN iSd § 36 ArbVG und haben ein Vertretungsinteresse gegenüber dem BI. Ergibt somit die Prognose, dass die Abwesenheit des AN vom Arbeitsplatz längere Zeit dauert und eine Vertretung (egal, ob es sich dabei um befristete Vertretungskräfte oder überlassene AN handelt) auf dem Arbeitsplatz beschäftigt wird, sind beide bei der Berechnung der Schwelle zu berücksichtigen, um dem Zweck des § 40 ArbVG zu entsprechen.

Zusammengefasst ist somit grds jenem Teil der Lehre zu folgen, der sich dafür ausspricht, dass überlassene AN jedenfalls dann im Rahmen des § 40 ArbVG zu berücksichtigen sind, wenn sie dauernd einen Arbeitsplatz im Beschäftigerbetrieb besetzen. Diese Ansicht ist insofern zu ergänzen, als dass es – wenn überlassene AN im Rahmen dieses (Dauer-)Arbeitsplatzes in Vertretung für einen Stammarbeitnehmer tätig sind – auf die Dauer der Vertretung ankommt. Ergibt die Prognose, dass die Vertretung nur kurzfristig ist, dh kehrt der vertretene AN bald wieder auf seinen Arbeitsplatz zurück, so ist der vertretene überlassene AN nicht gesondert zu berücksichtigen, sondern nur auf den Arbeitsplatz abzustellen. Ergibt die Prognose jedoch, dass die Abwesenheit des vertretenen AN für längere Zeit andauert, so ist sowohl der vertretene AN als auch seine Vertretung (egal, ob es sich dabei um befristete Vertretungskräfte oder überlassene AN handelt) bei der Berechnung des Schwellenwertes zu berücksichtigen. Das ergibt sich aus dem Zweck des § 40 ArbVG.

Wie bereits einleitend ausgeführt, geht die hA⁴¹⁵ zutreffend davon aus, dass überlassene AN auf alle Schwellenwerte im **Überlasserbetrieb** und damit auch auf die Belegschaftsstärke des § 40 ArbVG anzurechnen sind. Dem widerspricht lediglich *Schnorr*⁴¹⁶. Überlassene AN besetzen nach seiner Ansicht auch bei faktischer Betrachtung keinen Arbeitsplatz im Überlasserbetrieb, da sie idR nur kurzzeitig dort beschäftigt sind und ständig den Beschäftigungsort wechseln. Lediglich das Verwaltungspersonal sei daher im Rahmen des § 40 ArbVG zu berücksichtigen, da es tatsächlich Arbeitsplätze im Überlasserbetrieb besetze. Diese Ansicht widerspricht klar der hA⁴¹⁷, wonach auch AN in

⁴¹⁴ Vgl *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 34 Rz 23. Klar ist aber auch, dass Österreich die geringste Schwelle (5 AN) für die Betriebsratspflicht im europäischen Vergleich normiert, vgl dazu *Hießl*, ZESAR 11-12/11, 478. Am anderen Ende des Spektrums liegt zB Belgien. Dort ist eine Belegschaftsververtretung erst ab 100 AN vorgesehen. Der Gesetzgeber nimmt damit in Kauf, dass in Österreich KMU schon mit nur wenigen AN einer zusätzlichen Kostenbelastung durch die Betriebsverfassung ausgesetzt sind.

⁴¹⁵ Vgl ua *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 135f; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 99.

⁴¹⁶ So *Schnorr*, Arbeitnehmerüberlassung 22, 87

⁴¹⁷ Vgl *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 40 Rz 32.

Elternkarenz bzw Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstleistende im Rahmen des § 40 ArbVG zu berücksichtigen sind auch wenn sie nicht faktisch im Betrieb tätig sind, das Arbeitsverhältnis aber dem Grunde nach aufrecht ist. Eine vergleichbare Situation besteht bei überlassenen AN im Überlasserbetrieb: Zum einen sind sie – wie bereits festgestellt – AN iSd 36 ArbVG im Überlasserbetrieb. Dem Betriebszweck des Überlassers entsprechend sind sie in Betrieben von Dritten tätig, wobei ihr Arbeitsverhältnis zum Überlasser weiterhin aufrecht ist. Sie besetzen daher auch ohne faktische Beschäftigung im Betrieb dauernd einen Arbeitsplatz im Überlasserbetrieb und sind entgegen *Schnorr* voll auf die Belegschaftsstärke gem § 40 ArbVG im Überlasserbetrieb anzurechnen.

Wie gezeigt werden konnte, sind überlassene AN daher jedenfalls im Überlasserbetrieb auf die Belegschaftsstärke anzurechnen. Im Beschäftigerbetrieb kommt es darauf an, ob sie dauernd einen Arbeitsplatz besetzen. Damit erfüllt Österreich die Vorgabe des Art 7 Leiharbeits-RL, wonach die Mitgliedstaaten überlassene AN bei der Berechnung des Schwellenwertes für die Errichtung der Belegschaftsvertretung im Überlasser- (Abs 1) oder im Beschäftigerbetrieb (Abs 2) berücksichtigen müssen.⁴¹⁸ Aus Günstigkeitsüberlegungen ist – wie in unserem Fall – auch die Berücksichtigung in beiden Betrieben möglich.⁴¹⁹ Der nationale Gesetzgeber ist in beiden Fällen ermächtigt, Bedingungen für die Einbeziehung überlassener AN zu normieren. Dabei muss er aber die in Art 7 Abs 2 Leiharbeits-RL normierte Pflicht zur Gleichbehandlung beachten, wonach „(...) *Leiharbeitnehmer (...) im gleichen Maße [zu berücksichtigen sind] wie Arbeitnehmer, die das entleihende Unternehmen für die gleiche Dauer unmittelbar beschäftigen würde*“. Der nationale Gesetzgeber darf daher an die Einbeziehung überlassener AN nicht höhere Anforderungen stellen als für vergleichbare Stamm-AN.

3. Betriebsratsgröße

Erst wenn die allg Voraussetzungen des § 40 ArbVG zur Organbildung erfüllt sind, wird die für die für die Betriebsratsgröße maßgebende Arbeitnehmerzahl gem § 50 ArbVG

⁴¹⁸ Vgl Art 7 Abs 3 Leiharbeits-RL 2008/104/EG, in dem, wohl aus Gründen der Gleichbehandlung mit der Stammebelegschaft, eine klare Präferenz in Richtung Einbeziehung im Beschäftigerbetrieb zum Ausdruck kommt. Zur Umsetzung in den anderen Mitgliedsstaaten, vgl eingehend *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, COM(2014) 176 final 16.

⁴¹⁹ Vgl Art 9 Abs 1 Leiharbeits-RL.

rechtlich relevant.⁴²⁰ Die Mandatszahl richtet sich nach der Anzahl der AN im Betrieb und ist degressiv gestaffelt. Da die Staffelung einen vom Gesetzgeber angenommenen **pauschalierten Arbeitsaufwand** nach der Belegschaftsgröße widerspiegelt⁴²¹, differenziert § 50 ArbVG für die Bestimmung der Mandatszahl nicht danach, ob ein Stimmrecht in der Betriebsversammlung (§ 49 Abs 1 ArbVG) besteht. Das ist sachlich gerechtfertigt, da sich die Vertretungsaufgabe des BR auf alle AN iSd § 36 ArbVG im Betrieb erstreckt.⁴²²

§ 50 ArbVG stellt daher lediglich darauf ab, dass die **Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG** am Stichtag gegeben ist. Stichtag ist der Tag der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes. Werden im Beschäftiger- oder insb im Überlasserbetrieb **Teilversammlungen** zur Wahl des Wahlvorstandes abgehalten, so ist der Tag der letzten Teilversammlung als Stichtag maßgebend.⁴²³ Überlassene AN sind ab dem ersten Tag ihrer Überlassung AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb. Wenn sie am Stichtag im Beschäftigerbetrieb tätig sind, sind sie – wie Stammarbeitnehmer – bei der Berechnung der Belegschaftsstärke zur Ermittlung der Mandatszahl zu berücksichtigen.⁴²⁴ Irrelevant ist dabei, ob ihre Überlassung erst an diesem Tag begonnen hat oder endet⁴²⁵, da der Gesetzgeber mit der Festsetzung eines Stichtages anerkennt, dass die Arbeitnehmerzahl

⁴²⁰ Vgl *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 50 Rz 8.

⁴²¹ IdS auch ErläutRV 840 BlgNR 13 GP. 74.

⁴²² ZB auch jugendliche AN werden gezählt, da dem BR auch in Bezug auf sie Vertretungsaufgaben zukommen, zutr *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 50 Rz 6; so auch *Windisch-Graetz* in *Tomandl*, ArbVG § 50 Rz 4; *Schneller* in ArbVR II⁵ § 50 Rz 9; aA *Kallab* in *ZellKomm*² § 50 Rz 8.

⁴²³ Vgl § 3 Abs 1 BRWO.

⁴²⁴ Ohne zeitliche Differenzierung auch *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 160; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 135. Für die grds Berücksichtigung *Leutner/Schwarz/Ziniel* (AÜG 155) und *Schneller* (in ArbVR II⁵ § 50 Rz 9) die hierfür auf die faktische Eingliederung im Beschäftigerbetrieb abstellen; auch *Schratlbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 171; *B. Schwarz* (in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 316, 322f) will sie erst ab einer mindestens 6-monatigen Eingliederung im Beschäftigerbetrieb berücksichtigen, da sie erst dann AN iSd § 36 ArbVG sind. In Deutschland gab das BAG erst 2013 seine sog „Zwei-Komponenten-Lehre“ (danach gehören zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit einerseits ein Arbeitsverhältnis zum BI, andererseits die tatsächliche Eingliederung in dessen Betriebsorganisation, vgl dazu eingehend *Hamann* in *Schüren/Hamann*, AÜG⁴ § 14 Rn 19) zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff für Fälle des drittbezogenen Personaleinsatzes auf, da diese zu unsachlichen Ergebnissen führt. Seit der Rechtsprechungsänderung (vgl BAG 13.03.2013, 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789) vertritt das BAG nunmehr die Ansicht, dass Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten zur Bestimmung der Betriebsratsgröße (§ 9 S 1 dtBetrvG) mitzuzählen sind. Das ergebe sich insb aus einer am Sinn und Zweck der gesetzlichen Schwellenwerte orientierten Auslegung.

⁴²⁵ Das gilt so auch für AN iSd § 36 ArbVG, die in einem Arbeitsverhältnis zum BI stehen, vgl dazu *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 50 Rz 14. Auch AN, die aufgrund einer Karenzierung oder eines Präsenz-, Zivil- oder Ausbildungsdienstes vom Betrieb abwesend sind, sind zu berücksichtigen, vgl *Schneller* in ArbVR II⁵ § 50 Rz 9.

schwanken kann.⁴²⁶ Aus diesem Grund haben auch nachträgliche Änderungen keinen Einfluss auf die Zahl der BR-Mitglieder.

4. Freistellungsgrenzen

In den §§ 117 bis 119 ArbVG normiert der Gesetzgeber Schwellenwerte für die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern. § 117 ArbVG regelt den Anspruch auf ad-hoc Freistellung eines BR-Mitgliedes, § 118 ArbVG den Anspruch auf Bildungsfreistellung und § 119 ArbVG den Anspruch auf erweiterte Bildungsfreistellung. In allen drei Bestimmungen richtet sich die Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder in erster Linie nach der Anzahl der Arbeitnehmer (iSd § 36 ArbVG) im Betrieb.

Zur Berücksichtigung überlassener AN für die Berechnung der für die Freistellung eines BR-Mitgliedes gem § 117 ArbVG notwendigen Arbeitnehmerzahl existiert eine vereinzelt gebliebene Entscheidung des VwGH.⁴²⁷ Danach sind überlassene AN **pauschal zur Hälfte** auf die Belegschaftsstärke für die Freistellung anzurechnen. Der VwGH begründete seine Ansicht damit, dass die AN im entscheidungsrelevanten Sachverhalt auch im Überlasserbetrieb von einem BR vertreten waren. Ihre Vertretung nahm den im Beschäftigerbetrieb bestehenden BR daher zeitlich nicht so sehr in Anspruch. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.

Entgegen der Auffassung des VwGH kann es keinen Unterschied machen, ob die überlassenen AN schon beim Überlasser betriebsrätlich vertreten sind. Es käme zu Wertungswidersprüchen, denn eine vergleichbare Situation besteht im Fall von jugendlichen Arbeitnehmern. Diese sind mitzuzählen, da es für § 117 ArbVG keinen Unterschied macht, ob ein Stimmrecht iSd § 49 Abs 1 ArbVG im Betrieb besteht. Sie sind

⁴²⁶ Vgl. *Jabornegg/Naderhirn/Trost* (Betriebsratswahl⁶ 45) weisen darauf hin, dass auch AN, die an diesem Tag in den Betrieb eintreten wie auch AN deren Arbeitsverhältnis an diesem Tag durch Kündigung endet, mitzuzählen sind. Eine spätere Änderung der Zahl der AN hat keinen Einfluss auf die Zahl der Betriebsratsmitglieder.

⁴²⁷ VwGH 13.05.1969, ZI 1606/68 = Arb 8618; aA *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 135f; *Ders.*, AÜG 254; *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 160; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 155, wonach überlassene AN bei allen Grenzzahlen zu berücksichtigen sind, wenn die Eingliederung (§ 36 ArbVG) gegeben ist; auch *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 81; *Ders.*, RdW 1987/11, 376; *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (ArbVG § 117 Rz 17) und *Schneller* (in ArbVR III⁵ § 117 Rz 11) wollen sie voll anrechnen, wenn sie für längere Zeit überlassen sind; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 103; *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 171; *B. Schwarz* (in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 316, 322f), mit der Einschränkung, dass sie erst bei einer mindestens 6-monatigen Eingliederung im Beschäftigerbetrieb zu berücksichtigen sind, da sie erst dann AN iSd § 36 ArbVG sind; in diese Richtung auch *Marhold* (ASoK 2008, 253), der richtig ergänzt, dass es in diesem Zusammenhang letztlich eine Beweisfrage darstellt, ob und inwieweit es sich bei den überlassenen Arbeitskräften um dauernd beschäftigte AN handelt.

daher voll mitzuzählen, obwohl sie nur teilweise vom BR vertreten werden und in erster Linie der Jugendvertrauensrat (§§ 125 ff ArbVG) für sie zuständig ist.⁴²⁸ Dasselbe muss auch im Fall von überlassenen Arbeitnehmern gelten.

Zudem ist der Anspruch des § 117 ArbVG – ebenso wie § 50 ArbVG – degressiv nach der Anzahl der AN im Betrieb gestaffelt. Der Gesetzgeber geht damit auch hier davon aus, dass dem BR der Freistellungsanspruch bei einem bestimmten, **typisierten Arbeitsaufwand** zusteht.⁴²⁹ Es kommt daher nicht darauf an, ob die Freistellung aufgrund des Arbeitsaufwandes im Einzelfall erforderlich ist, sondern nur auf die Größe des Betriebes. Ab einer bestimmten Betriebsgröße vermutet der Gesetzgeber unwiderleglich, dass die Ausübung der Arbeitsleistung neben der Interessenvertretungstätigkeit nicht mehr möglich ist.⁴³⁰ Da sich die Vertretungsaufgabe des BR auf alle AN iSd § 36 ArbVG im Betrieb erstreckt, sind auch alle AN in diesem Sinn – damit auch überlassene AN – voll im Rahmen des § 117 ArbVG zu berücksichtigen.

Nach der hA⁴³¹ beziehen sich die Zahlengrenzen des § 117 ArbVG auf **dauernd** im Betrieb beschäftigte AN iSd § 36 ArbVG. An dieser Stelle kann für die Bestimmung der dauernden Beschäftigung und damit die Berücksichtigung überlassener AN auf die Ausführungen zur dauernden Beschäftigung iSd § 40 ArbVG verwiesen werden. Entscheidend ist die Arbeitnehmerzahl zum Zeitpunkt der Antragsstellung.⁴³² Der Schwellenwert muss während des größeren Teil des Jahres erreicht werden.⁴³³ Bei Fluktuation der Beschäftigtenzahlen ist der Normalstand maßgeblich.⁴³⁴ Wenn die

⁴²⁸ So schon zutr für die Einbeziehung in § 50 ArbVG, vgl *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 50 Rz 6; so auch *Windisch-Graetz* in *Tomandl*, ArbVG § 50 Rz 4; *Schneller* in ArbVR II⁵ § 50 Rz 9; aA *Kallab* in *ZellKomm*² § 50 Rz 8.

⁴²⁹ Darauf lassen die Materialien zu §§ 117 Abs 1 und 4 sowie § 119 Abs 1 ArbVG schließen, wonach die „Herabsetzung der Zahlengrenzen (...) in Hinblick auf die Ausweitung der (...) auszuübenden Befugnisse geboten“ war, vgl ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 90. So auch die hA, vgl dazu *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 117 Rz 10 mwN.

⁴³⁰ Vgl *Mosler* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 2, 2. Auflage (2011) § 117 ArbVG Rz 3; schon zutr *Mazal*, RdW 1987/11, 376.

⁴³¹ Vgl *Mayr*, Arbeitsrecht § 117 ArbVG E6, E12; *Mosler* in *ZellKomm*² § 117 ArbVG Rz 14; *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 117 Rz 17, 20; *Schneller* in ArbVR II⁵ § 117 Rz 11; *Winkler* in *Tomandl*, ArbVG § 117 Rz 6.

⁴³² Vgl *Mayr*, Arbeitsrecht § 117 ArbVG E13; *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 117 Rz 20. Nach *Schneller* (in ArbVR III⁵ § 117 Rz 11) besteht analog zu § 55 Abs 3 ArbVG die Pflicht des BI zur Bekanntgabe der aktuellen AN-Zahlen.

⁴³³ Vgl *Mayr*, Arbeitsrecht § 117 ArbVG E6; *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 117 Rz 21; *Schneller* in ArbVR III⁵ § 117 Rz 13; *Winkler* in *Tomandl*, ArbVG § 117 Rz 7.

⁴³⁴ Vgl *Winkler* in *Tomandl*, ArbVG § 117 Rz 7.

Zahlengrenze mehrere Monate lang nicht erreicht wird und auch keine Erhöhung zu erwarten ist, besteht kein Freistellungsanspruch.⁴³⁵

§ 118 ArbVG regelt den Anspruch auf Bildungsfreistellung. Dieser steht jedem BR-Mitglied unabhängig von der Arbeitnehmerzahl im Betrieb zu. In der Folge differenziert der Gesetzgeber aber hinsichtlich des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung für die Zeit der Freistellung. Ein Anspruch besteht nur, wenn dauernd mehr als 20 AN im Betrieb beschäftigt sind (§ 118 Abs 1 ArbVG). Der Gesetzgeber will durch diese Schwelle offensichtlich Rücksicht auf die finanzielle Belastbarkeit von Kleinstbetrieben nehmen.⁴³⁶ Der Anspruch auf erweiterte Bildungsfreistellung gemäß § 119 ArbVG besteht in Betrieben mit mehr als 200 AN, um dem BR größerer Belegschaften die Möglichkeit zu gehen, sich das für die Belegschaftsvertretungsaufgabe notwendige Wissen anzueigenen.⁴³⁷ Nach der hA⁴³⁸ muss dieser Schwellenwert ebenfalls **dauernd** gegeben sein. Da §§ 118, 119 ArbVG keine besonderen Anforderungen an die Arbeitnehmereigenschaft normieren, ist davon auszugehen, dass es auch hier nur auf den Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG ankommt, den die überlassenen AN ab dem ersten Tag ihrer Tätigkeit im Beschäftigterbetrieb erfüllen. Zum Vorliegen einer dauernden Beschäftigung von überlassenen AN kann auf die Ausführungen zur Betriebsratspflichtigkeit gem § 40 ArbVG verwiesen werden.

5. Sozialplanpflicht

Bewirkt eine Betriebsänderung wesentliche Nachteile für alle oder erhebliche Teile der Arbeitnehmer eines Betriebes, so kann gem § 109 Abs 3 ArbVG in Betrieben mit **dauernd mindestens 20 Arbeitnehmern** zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung dieser Nachteile im Wege einer erzwingbaren Betriebsvereinbarung ein Sozialplan geschlossen werden. Hinsichtlich der Berücksichtigung überlassener AN im Rahmen dieses Schwellenwertes werden im Schrifttum unterschiedliche Meinungen vertreten. Der überwiegende Teil des Schrifttums⁴³⁹ will überlassene AN unabhängig vom Inhalt des

⁴³⁵ Vgl *Mosler* in *ZellKomm*² § 117 ArbVG Rz 14; *Winkler* in *Tomandl*, ArbVG § 117 Rz 7.

⁴³⁶ Vgl *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 119 Rz 18.

⁴³⁷ Vgl *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 119 Rz 7.

⁴³⁸ Vgl *Schneller* in *ArbVR II*⁵ § 119 Rz 1; *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 119 Rz 69.

⁴³⁹ Vgl *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 3, 5. Auflage (2015) § 97 Rz 68; idS auch *Reiner*, Perspektiven zum Sozialplan: Genese, Dogmatik und Europäische Einflüsse (2012) 116; *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 201f; auch *B. Schwarz* (in FS *W. Schwarz* 322f) wobei er

Sozialplans und der konkreten Überlassungsdauer in die Berechnung einbeziehen, da sie AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb sind. Nach einer anderen Ansicht ist für die Berücksichtigung von überlassenen AN im Rahmen des Schwellenwertes nach dem Inhalt des Sozialplans zu differenzieren.⁴⁴⁰ Danach kann es sich bei der gem § 108 Abs 3 ArbVG erforderlichen Anzahl von AN nur um solche handeln, die vom Inhalt des Sozialplans auch betroffen sein können. Nach dieser Ansicht sind überlassene AN nur hinsichtlich des Schwellenwerts für rein betriebliche Regelungen anzurechnen, nicht jedoch für Bestimmungen, die auf den AV einwirken, was eine Übereinstimmung von Mitwirkungsrechten und Wirkungsmöglichkeiten herstelle.⁴⁴¹ Ob einer dieser Ansichten beigetreten werden kann, ist in der Folge zu untersuchen.

§ 109 Abs 3 ArbVG stellt für die Erzwingbarkeit eines Sozialplans auf **zwei Kriterien** ab. Zum einen auf die Grenzzahl von 20 dauernd beschäftigten Arbeitnehmern und zum anderen auf den Umstand, dass die Betriebsänderung wesentliche Nachteile für alle oder erhebliche Teile der Arbeitnehmerschaft mit sich bringt. Im Rahmen des § 109 Abs 3 ArbVG ist damit die Berechnung des Schwellenwertes vom Anwendungsbereich des Sozialplans zu trennen.

Für das erste Kriterium, den Schwellenwert, muss nach dem Willen des Gesetzgebers daher lediglich eine bestimmte Betriebsgröße vorliegen. Abzustellen ist auf das Vorhandensein von 20 dauernd beschäftigten AN iSd § 36 ArbVG, die auch – wie bereits festgestellt – überlassene AN sein können.⁴⁴² Zum Begriff der dauernden Beschäftigung kann auf die Ausführungen zur Betriebsratspflicht gem § 40 ArbVG verwiesen werden.⁴⁴³ Unerheblich ist im Rahmen des Schwellenwertes, ob die Betriebsänderung im Beschäftigerbetrieb wesentliche Nachteile für überlassene AN mit

zusätzlich verlangt, dass die überlassenen AN seit mindestens sechs Monaten in den Beschäftigerbetrieb integriert und daher AN iSd § 36 ArbVG sind.

⁴⁴⁰ Vgl *Tomandl*, ZAS 2011/41, 250f; aA *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

⁴⁴¹ Vgl *Tomandl*, ZAS 2011/41, 251.

⁴⁴² Ausgenommen sind Betriebsänderungen iSd § 109 Abs 1a ArbVG, denn die Beendigung der Überlassung ist mangels arbeitsvertraglicher Bindung zum Beschäftiger nicht gem § 45a Abs 1 Z 1 bis 3 AMFG zu melden. Wird im Beschäftigerbetrieb die Zahl der AN reduziert, werden überlassene AN vom Überlasser weiterbeschäftigt oder auch nicht. Die Anzeigepflicht obliegt zudem dem AG und nicht dem Beschäftiger, vgl dazu zutr *Marhold*, ASoK 2008, 254.

⁴⁴³ Vgl dazu auch *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 109 ArbVG Rz 32; auch *Felten/Preiss* in *ArbVR III*⁵ § 97 Rz 198. Wie im Rahmen des § 40 ArbVG ist das Erfordernis nicht iS einer Dauerbeschäftigung einzelner AN, sondern als auf den Betrieb bezogene Mindestzahl zu verstehen. Diese Arbeitnehmerzahl muss während dem überwiegenden Teil des Jahres erreicht werden, wobei ein bloß vorübergehendes Absinken unproblematisch ist, vgl *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 70.

sich bringt. Das Vorliegen wesentlicher Nachteile ist erst im Rahmen des zweiten Kriteriums des § 109 Abs 3 ArbVG zu prüfen.⁴⁴⁴ Zudem ist zu bedenken, dass bei Nichtberücksichtigung überlassener AN die Gefahr bestünde, dass der Beschäftiger einen etwaigen, für die Wertschöpfung notwendigen Personalaufbau knapp vor Erreichen des Schwellenwertes nicht mit Stamm-AN sondern mit Überlassenen realisiert, um das Mitwirkungsrecht gar nicht erst entstehen zu lassen.⁴⁴⁵ Die Schaffung eines solchen Anreizes zur Gesetzesumgehung kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Auch der Zweck des Schwellenwertes spricht für die Einbeziehung überlassener AN. Dieser liegt darin, kleinere Betriebe vor finanziellen Belastungen zu schützen, die sich aufgrund der Sozialplanpflicht ergeben. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass Betriebe, die überlassene AN einsetzen, eine geringere finanzielle Belastbarkeit aufweisen als solche, die Stamm-AN in entsprechender Zahl beschäftigen. Auch in dieser Hinsicht ist daher die Einbeziehung geboten. Überlassene AN sind daher bei einer dauernden Beschäftigung im Beschäftigerbetrieb bei der Berechnung des Schwellenwertes zu berücksichtigen.

6. BV betreffend Werkwohnungen

In Betrieben in denen **dauernd** mehr als **50 Arbeitnehmer** beschäftigt sind (§ 97 Abs 3 ArbVG) kann eine BV über die Richtlinien betreffend der Vergabe von Werkwohnungen⁴⁴⁶ abgeschlossen werden (§ 97 Abs 1 Z 7 ArbVG). Es stellt sich die Frage, ob überlassene AN bei der Berechnung des Schwellenwertes zu berücksichtigen sind. Auch hier ist erst in einem zweiten Schritt relevant, ob sich die BV auch auf überlassene AN Anwendung findet.⁴⁴⁷ Es ist somit wieder zwischen der Berechnung des Schwellenwertes und der Anwendbarkeit der BV zu unterscheiden.

⁴⁴⁴ So schon zutr *Marhold* (ASoK 2008, 254), der darauf hinweist, dass diese Auffassung auch vom deutschen Bundesarbeitsgericht (BAG 18.10.2011, 1 AZR 335/10) im Hinblick auf einen ähnlichen Schwellenwert (§ 111 S 1 dtBetrVG) vertreten wird.

⁴⁴⁵ Vgl *Davidov*, BJIR 2004/42 (4) 731; idS schon *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 136f; für Deutschland, *Rieble* in *Rieble/Junker/Giesen*, Industriedienstleistungen 17.

⁴⁴⁶ Von einer Werkwohnung kann immer dann gesprochen werden, wenn die Benutzung der Wohnung zwar nicht unmittelbar mit der Arbeitsleistung des AN verbunden ist, aber zwischen der Vergabe der Wohnung und dem Arbeitsverhältnis doch ein (aber eben nicht arbeitsvertraglicher) Zusammenhang besteht, vgl dazu eingehend *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 103 Rz 2.

⁴⁴⁷ Anders *Marhold* (ASoK 2008, 254), nach dem überlassene AN nicht auf den Schwellenwert anzurechnen sind, da Werkwohnungen Naturallohn darstellen und zwischen dem Beschäftiger und dem überlassenen AN keine Entgeltansprüche bestehen. Werkwohnungen können auch Wohlfahrtseinrichtungen iSd § 95 ArbVG sein, vgl dazu OGH 04.12.1991, 9 ObA 212/91, JBl 1992, 803 = Arb 10.980 = RdW 1992, 245 = ecoloex

Hinter der Grenzzahl des § 97 Abs 3 ArbVG steht die Einsicht, dass sich ein Verteilungsproblem hinsichtlich der Vergabe von Werkwohnungen wohl nur in größeren Betrieben stellt.⁴⁴⁸ Der Abschluss einer solchen BV bezweckt die Vergabe zu verobjektivieren.⁴⁴⁹ Diese ist nach den, in der BV festgelegten Vergabekriterien zu gestalten, die zB darin bestehen können, dass eine Vergabe erst ab einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit erfolgen kann. Da somit nur Grundsätze für die spätere Wohnungsvergabe festgelegt werden können, die erst bei der konkreten Wohnungsvergabe zu vollziehen sind, entfaltet die BV nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen BI und BR.⁴⁵⁰ Es spricht somit nichts dagegen, überlassene AN bei der Berechnung dieses Schwellenwertes zu berücksichtigen. Es ist auf AN iSd § 36 ArbVG abzustellen, zu denen auch überlassene AN zählen. Zum Begriff der dauernden Beschäftigung sei auf die Ausführungen im Rahmen der Betriebsratspflichtigkeit gem § 40 ArbVG verwiesen.⁴⁵¹ Werden überlassene AN dauernd im Beschäftigerbetrieb beschäftigt, so sind sie somit auch im Rahmen des Schwellenwertes des § 97 Abs 3 iVm § 97 Abs 1 Z 7 ArbVG zu berücksichtigen.⁴⁵²

7. Aufsichtsratspflicht

§ 110 Abs 6 ArbVG regelt die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat mithilfe eines Proportionalitätsfaktors.⁴⁵³ Es wird dabei auf die in den jeweiligen Betrieben beschäftigten AN iSd § 36 ArbVG abgestellt. Überlassene AN sind ab dem ersten Tag der Überlassung als AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb anzusehen. Für die Aufsichtsratsmitwirkung in Genossenschaften (§ 110 Abs 5 Z 4 ArbVG) ebenso wie für die Aufsichtsratspflicht bei der GmbH selbst gilt entsprechendes, denn auch hier liegt die

1992, 259 = *ecolex* 1992, 260. Zum Anspruch überlassener Arbeitskräfte auf Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen im Beschäftigerbetrieb, vgl Teil V der vorliegenden Arbeit.

⁴⁴⁸ So schon zutr *Marhold*, ASoK 2008, 254.

⁴⁴⁹ Vgl *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 114.

⁴⁵⁰ Vgl *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 116.

⁴⁵¹ So auch zutr *Felten/Preiss* in ArbVR III⁵ § 97 Rz 200.

⁴⁵² Ids schon zutr *Felten/Preiss* in ArbVR III⁵ § 97 Rz 199; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 136f; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 155; *ebenso Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 81; auch *B. Schwarz* (in FS *W. Schwarz* 322f), der davon ausgeht, dass überlassene Arbeitskräfte, wenn sie länger als sechs Monate im Beschäftigerbetrieb beschäftigt sind auf alle Zahlengrenzen des ArbVG anzurechnen sind; aA lediglich *Marhold*, ASoK 2008, 254.

⁴⁵³ Allg zur Mitwirkung im Aufsichtsrat etwa *Putzer*, Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat (2005) 49ff.

Überlegung zugrunde, dass die Arbeitnehmeranzahl ein **Indiz für die Größe der Gesellschaft** ist und daran die Aufsichtsratspflicht geknüpft werden soll.⁴⁵⁴ Dieser Zweck soll nicht dadurch unterlaufen werden können, dass auf überlassene Arbeitskräfte zurückgegriffen wird, um die Aufsichtsratspflicht zu umgehen.⁴⁵⁵ Entsprechend sind überlassene AN bei der Ermittlung des Schwellenwertes nach § 110 Abs 6 ArbVG bei der Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat zu berücksichtigen.⁴⁵⁶

8. Informationspflicht gem § 108 Abs 3 ArbVG

Nach § 108 Abs 3 ArbVG hat der BI dem BR bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte den Jahresabschluss samt Anhang zu übermitteln. Hierdurch soll den BR in die Lage versetzt werden, die aktuelle wirtschaftliche Lage des Betriebes und die zukünftige Entwicklung einzuschätzen.⁴⁵⁷ Um diese Pflicht auszulösen, müssen bei Handelsbetrieben, Banken und Versicherungsunternehmen dauernd 30 AN beschäftigt sein, bei anderen Betrieben 70 AN. In Industrie- und Bergbaubetrieben ist das Recht auf Übermittlung des Jahresabschlusses unabhängig von einer bestimmten Arbeitnehmerzahl gegeben.

Der Arbeitnehmerbegriff des § 108 Abs 3 ArbVG richtet sich nach § 36 ArbVG. Der Begriff der „*dauernden Beschäftigung*“ entspricht jenem des § 40 ArbVG⁴⁵⁸, weshalb im Hinblick auf die dauernde Beschäftigung überlassener AN auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann. Es ist daher der hA⁴⁵⁹ beizutreten, dass überlassene AN bei

⁴⁵⁴ So schon zutr *Marhold*, ASoK 2008, 253; im Ergebnis schon *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 155; eingehend dazu *Schneller/Preiss* (in ArbVR III⁵ § 110 Rz 111, 118, 140 mwN), die insb darauf hinweisen, dass auf den AN-Begriff des § 36 ArbVG abzustellen ist und daher auch auf Dauer überlassene AN miteinzubeziehen sind. Zur Berechnungsmethode zur Ermittlung der AN-Zahl in GmbHs, vgl § 29 Abs 3 bis 5 GmbHG (Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBI Nr 1906/58 idF BGBl I Nr 2015/112) in Genossenschaften § 24 Abs 2 GenG (Gesetz vom 9. April 1873, über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, RGBI Nr 1873/70 idF BGBl I Nr 2015/112).

⁴⁵⁵ Vgl *Marhold*, ASoK 2008, 253; so schon *Davidov*, BJIR 2004/42 (4) 731; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 136f; für Deutschland, *Rieble* in *Rieble/Junker/Giesen*, Industriedienstleistungen 17.

⁴⁵⁶ So schon zutr *Marhold*, ASoK 2008, 253; im Ergebnis schon *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 155; *Mazal* (Arbeitskräfteüberlassung 81) nach dem die Überlassenen mitzählen, wenn sie einen bestimmten Arbeitsplatz besetzen; so schon *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 137; so wohl auch *B. Schwarz* (in FS *W. Schwarz* 322f) der davon ausgeht, dass überlassene Arbeitskräfte, wenn sie länger als sechs Monate im Beschäftigerbetrieb beschäftigt sind auf alle Zahlengrenzen des ArbVG anzurechnen sind.

⁴⁵⁷ Vgl *Winkler* in *Tomandl*, ArbVG § 110 Rz 10.

⁴⁵⁸ Vgl *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 108 Rz 46.

⁴⁵⁹ Vgl *Marhold*, ASoK 2008, 253, so schon *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 81; so schon *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 136f; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 155; so wohl auch *B. Schwarz* (in FS *W. Schwarz* 322f) der davon ausgeht, dass überlassene Arbeitskräfte, wenn sie länger als sechs Monate im

Vorliegen einer dauernden Beschäftigung bei der Ermittlung der in § 108 Abs 3 ArbVG vorgesehenen Grenzzahlen zu berücksichtigen sind.

9. Zusammenfassung

Nach der zutreffenden hA richtet sich die Bildung von Belegschaftsorganen und die Befugnisse der Belegschaft des Überlasserbetriebes – mangels gegenteiliger gesetzlicher Hinweise – nach den allgemeinen gesetzlichen Regeln. Da überlassene AN aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Bindung zum Überlasser Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG im Überlasserbetrieb sind und dort (dauernd) einen Arbeitsplatz besetzen sind sie folglich bei allen Schwellenwerten im Überlasserbetrieb zu berücksichtigen. Die Ansicht von *Schnorr*, wonach überlassene AN auch bei faktischer Betrachtung keinen Arbeitsplatz im Überlasserbetrieb besetzen, da sie idR nur kurzzeitig dort beschäftigt sind und ständig den Beschäftigungsort wechseln, ist abzulehnen.

Der Schwellenwert für die Betriebsratsfähigkeit gem § 40 ArbVG verlangt die dauernde Beschäftigung von mindestens fünf in der Betriebsversammlung stimmberechtigten Arbeitnehmern iSd § 36 ArbVG. Überlassene AN sind ab dem ersten Tag ihrer Überlassung als AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb anzusehen. Hier ist jenem Teil der Lehre zu folgen, der sich dafür ausspricht, dass überlassene AN jedenfalls dann zu berücksichtigen sind wenn sie dauernd einen Arbeitsplatz im Beschäftigerbetrieb besetzen. Österreich erfüllt folglich die Vorgaben des Art 7 Leiharbeits-RL.

Im Hinblick auf die übrigen Schwellenwerte des ArbVG konnte festgestellt werden, dass überlassene AN ab dem ersten Tag ihrer Überlassung AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb sind. Aus diesem Grund sind sie – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – auf alle Schwellenwerte im Beschäftigerbetrieb anzurechnen. Das gilt auch für die Berechnung des Schwellenwertes für die Erzwingbarkeit eines Sozialplans. Der vereinzelt gebliebenen Entscheidung des VwGH, wonach überlassene AN pauschal zur Hälfte auf die Belegschaftsstärke für die Freistellung anzurechnen sind, konnte nicht beigetreten werden.

Beschäftigerbetrieb beschäftigt sind auf alle Zahlengrenzen des ArbVG anzurechnen sind. Zudem sollen nach *B. Schwarz* auch arbeitnehmerähnliche Personen anzurechnen sein. Zu den Voraussetzungen vgl die Ausführungen zur Arbeitnehmerereignischaft überlassener Arbeitnehmerähnlicher im zweiten Kapitel des vorliegenden Teils der Arbeit.

6. Kapitel: Teilnahme an Betriebsratswahlen

1. Problemaufriss

Überlassene AN sind als AN iSd § 36 ArbVG Mitglieder der Belegschaft sowohl im Überlasser- wie auch im Beschäftigerbetrieb. Das ArbVG enthält keine Regelung, die der Teilnahme an beiden BR-Wahlen ausdrücklich entgegensteht. Es ist daher in der Folge in einem ersten Schritt ist zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen überlassenen AN die aktive Wahlberechtigung (§ 52 ArbVG) in beiden Betrieben zukommt. Im Anschluss daran ist zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen das passive Wahlrecht (§ 53 ArbVG) in den jeweiligen Betrieben besteht. Am Ende des Abschnitts erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

2. Das aktive Wahlrecht

2.1. Allgemeines

Aktiv wahlberechtigt sind alle **Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG** ohne Unterschied der Staatsbürgerschaft, die am Tage der Betriebsversammlung⁴⁶⁰ zur Wahl des Wahlvorstandes das 18. Lebensjahr vollendet haben und an diesem Tag und am Wahltag **im Rahmen des Betriebes beschäftigt sind** (§ 52 Abs 1 ArbVG). Ohne Belang ist, ob der AN nur nebenberuflich oder teilzeitbeschäftigt ist oder ob er seine Tätigkeit nur kurzfristig ausübt – wobei hier geprüft werden müsste, ob ein Fall des § 36 Abs 2 Z 7 ArbVG vorliegt.⁴⁶¹ Bei Vorliegen mehrerer Beschäftigungsverhältnisse kann die Wahlberechtigung iSd § 52 ArbVG auch in mehreren Betrieben bestehen.⁴⁶² Das gilt sowohl für Teilzeitbeschäftigte mit Arbeitsverhältnissen zu mehreren AG als auch für überlassene AN.⁴⁶³ Es ist somit bei Vorliegen der Voraussetzungen möglich, dass überlassenen AN sowohl im Überlasser- als auch Beschäftigerbetrieb aktiv wahlberechtigt sind.

⁴⁶⁰ Wird diese in Teilversammlungen (§ 44 ArbVG) abgehalten, so ist für diesen Stichtag der Tag der letzten Teilversammlung maßgebend (vgl § 6 BRWO 1974, Betriebsrats-Wahlordnung 1974, BGBl Nr 1974/319 idF BGBl II Nr 2012/142 idF BGBl II Nr 2012/195 [VFB]). Sinngemäß gilt das auch für den Fall, dass die Wahl an mehreren Wahltagen durchgeführt wird (vgl § 16 Abs 2 BRWO 1974). Dann ist der letzte Wahltag maßgeblich, vgl *Schneller*, ArbVR II⁵ § 52 Rz 9.

⁴⁶¹ Vgl *Jabornegg/Naderhirm/Trost*, Betriebsratswahl⁶ 72.

⁴⁶² Vgl *Schneller*, ArbVR II⁵ § 52 Rz 6.

⁴⁶³ Vgl *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 52 Rz 8. Nach *Löschnigg* soll auch ein AN, der in zwei Betrieben ein und desselben AG tätig ist die Wahlberechtigung in beiden Betrieben besitzen.

Weder die Worte „*beschäftigt*“ noch „*im Betrieb*“ sind streng wörtlich zu verstehen, da jene Grundsätze, die im Zusammenhang mit der Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG erarbeitet wurden auch hier gelten.⁴⁶⁴ Die betriebliche Beschäftigung kann einerseits durch einen Arbeitsvertrag oder die faktische organisatorische Eingliederung in den Betrieb in persönlicher Abhängigkeit hergestellt werden. Es kommt dabei nicht auf die aktuelle faktische Beschäftigung im Betrieb an, sondern auf den Bestand eines **Beschäftigungsverhältnisses**. Aus diesem Grund sind auch AN, die wegen Urlaub, Karenz, Leistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes oder Krankheit gerade nicht faktisch im Betrieb tätig sind, aktiv wahlberechtigt (§ 56 Abs 3 ArbVG).

2.2. ... im Überlasserbetrieb

Wie bereits ausgeführt, ist die Bildung von Belegschaftsorganen im Überlasserbetrieb und die Befugnisse der Belegschaft mangels entgegenstehender gesetzlicher Regelungen nach den allg gesetzlichen Regeln zu beurteilen.⁴⁶⁵ Es kommt daher entscheidend darauf an, ob der **Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG** erfüllt ist. Obwohl überlassene AN regelmäßig in dem Betrieb eines Dritten faktisch tätig sind, sind sie aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Bindung zum Überlasser AN iSd § 36 ArbVG im Überlasserbetrieb. Ihnen kommt daher bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen unstrittig⁴⁶⁶ das aktive Wahlrecht zum Überlasserbetriebsrat zu.

2.3. ... im Beschäftigerbetrieb

Der OGH befasste sich bereits mit der Frage, ob überlassenen AN das aktive Wahlrecht im Beschäftigerbetrieb zukommt.⁴⁶⁷ Er stellte klar, dass überlassene AN, wenn sie als AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb anzusehen sind, dort auch aktiv wahlberechtigt sind.

⁴⁶⁴ Vgl *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 52 Rz 15.

⁴⁶⁵ IdS schon *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 128f mwN; *Obereder* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap XV Rz 42; *Mazal*, RdW 1987/11, 375.

⁴⁶⁶ So schon zutr *Gahleitner*, DRdA 1994, 380ff; *Geppert*, AÜG 253f; *Ders* in FS *W. Schwarz* 249; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 9/044 (zum Überlasser- wie auch Beschäftiger-BR); *Obereder* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap XV Rz 42; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 79; *Ders*, RdW 1987/11, 375; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 99; *Schneller*, ArbVR II⁵ § 52 Rz 7; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 122; *Ders*, ZAS 2011/41, 249.

⁴⁶⁷ Vgl OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91, DRdA 1991/42 (*Geppert*); RIS-Justiz RS0050542. Diese E ist konsistent mit der Rsp des OGH zum Wahlrecht dauernd dienstzugeteilter Beamter und Vertragsbediensteter in ausgegliederten Rechtsträgern, vgl statt vieler OGH 12.07.2006, 9 ObA 121/05t, DRdA 2007/48, 473 (*Löschnigg*); OGH 28.11.2007, 9 ObA 147/07v.

Die Zuerkennung des Wahlrechts im Rahmen dieser Entscheidung wurde vom Schrifttum zu Recht begrüßt.⁴⁶⁸ Weiterhin blieb aber strittig, ab welchem Zeitpunkt das Wahlrecht besteht.⁴⁶⁹ Im Rahmen der vorangegangenen Untersuchung des § 36 ArbVG kam ich zu dem Ergebnis, dass überlassene Arbeitnehmer **ab dem ersten Tag der Überlassung** Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb sind. Wenn sie die sonstigen Voraussetzungen erfüllen, kommt ihnen daher ab dem ersten Tag ihrer Beschäftigung das aktive Wahlrecht im Beschäftigerbetrieb zu.⁴⁷⁰ Die Gründe für die Gewährung des aktiven Wahlrechts entsprechen dabei den Gründen für die Zugehörigkeit gem § 36 ArbVG zum Beschäftigerbetrieb.⁴⁷¹ Unbeachtlich wäre auch, wenn das Beschäftigungsverhältnis des überlassenen AN über den Wahltag hinaus fortbesteht, wichtig ist nur, dass er an beiden Stichtagen im Betrieb beschäftigt ist.⁴⁷²

Aus der Praxis wird berichtet, dass dubiose Überlasser damit werben „den passenden Betriebsrat“ bereitstellen zu können.⁴⁷³ Zu diesem Zweck wird kurz vor der BR-Wahl eine große Zahl überlassener AN in den Beschäftigerbetrieb und damit auch ins Arbeitnehmerverzeichnis für die Wahl aufgenommen, deren einzige Aufgabe es ist, das Wahlergebnis zugunsten der vom Beschäftiger gewünschten Liste zu beeinflussen. Um dieser Vorgehensweise Einhalt zu gebieten, schlägt *Binder*⁴⁷⁴ vor, die Beschäftigungsdauer, ab der überlassene AN berechtigt sind, an der Betriebsratswahl im Beschäftigerbetrieb mitzuwirken in einer BV iSd § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG festzulegen. Einen anderen Weg um solche **Manipulationsversuche** hintan zu halten, schlägt

⁴⁶⁸ Vgl *Gahleitner*, DRdA 1994, 380ff; *Obereder* (in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap XV Rz 42), der explizit nur das Bestehen des aktiven Wahlrechts im Beschäftigerbetrieb bejaht; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 103; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 122; *Ders*, ZAS 2011/41, 249; schon vor der Entscheidung des OGH wurde diese Ansicht von *Geppert* (Arbeitskräfteüberlassung 137; *Ders* in FS *W. Schwarz* 249) und *Mazal* (Arbeitskräfteüberlassung 83; *Ders*, RdW 1987, 376f) vertreten.

⁴⁶⁹ Statt vieler zB *Schneller*, ArbVR II⁵ § 52 Rz 7, der verlangt, dass die Überlassung mindestens für sechs Monate ernstlich geplant sein muss; auch *B. Schwarz* (in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 317) nachdem die Arbeitnehmereigenschaft im Beschäftigerbetrieb erst dann gegeben ist, wenn die Überlassung länger als sechs Monate dauert.

⁴⁷⁰ Im Ergebnis auch zutr *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 160; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 155; auch *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 171f.

⁴⁷¹ So schon zutr *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 160. Anders die Rechtslage in Deutschland. Dort kommt Leiharbeitnehmern das aktive Wahlrecht im Entleiherbetrieb nur dann zu, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden (§ 7 dtBetrVG).

⁴⁷² Auch ein gekündigter AN oder ein AN in Probezeit ist aktiv wahlberechtigt, vgl *Schneller*, ArbVR II⁵ § 52 Rz 6.

⁴⁷³ Vgl die Schilderung bei *Leitsmüller/Schindler/Schneller*, DRdA 2014, 495.

⁴⁷⁴ In *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 25 (FN 53).

*Schneller*⁴⁷⁵ vor. Er verlangt für die Zuerkennung des Wahlrechts, dass die Überlassung für mindestens sechs Monate ernstlich geplant ist. Ob die Überlassung eines bestimmten AN für einen solchen Zeitraum geplant ist, könne der BR oder der Wahlvorstand nach *Schneller*⁴⁷⁶ im Zweifel mittels dem Auskunftsrecht gem § 99 Abs 5 ArbVG (eventuell auch über § 108 Abs 1 ArbVG) in Erfahrung bringen.

Gegen den Vorschlag von *Binder*, eine zeitliche Beschränkung in einer BV vorzusehen, spricht schon, dass die hA⁴⁷⁷ von der absolut zwingenden Wirkung des Betriebsverfassungsrechts ausgeht und Dispositionen über den Status überlassener AN und ihre betriebsverfassungsrechtlichen Rechte damit ausgeschlossen sind. Aber auch der Vorschlag von *Schneller* kann schlussendlich nicht den gewünschten Effekt erzeugen. Besteht Manipulationsabsicht, so ist zum einen eine falsche Auskunft hinsichtlich der beabsichtigten Überlassungsdauer wahrscheinlich.⁴⁷⁸ Durch diese Forderung erhöhen sich idR auch nicht die Kosten der Überlassung und damit die Hemmschwelle für eine Manipulation, da den überlassenen AN das Wahlrecht schon ab dem ersten Tag unter der Voraussetzung, dass die Überlassung für längere Zeit ernstlich geplant ist, zukommt. Einzig wirksames Mittel bei Manipulationsverdacht ist die Erhebung einer Nichtigkeitsklage. Agiert ein Beschäftigter in Kollusion mit einem Überlasser um eine Betriebsratswahl zu manipulieren, ist eine solche Wahl jedenfalls als bloßes „Zerrbild“ einer Wahl **nichtig**.⁴⁷⁹ Die Nichtigkeit kann von jedermann mit rechtlichen Interesses ohne zeitliche Einschränkung mittels Feststellungsklage geltend gemacht werden (§ 60 ArbVG). Dem Überlasser ist zudem von der zuständigen Behörde die Gewerbeberechtigung gem § 135 Abs 4 Z 1 iVm Abs 5 GewO 1994 zu entziehen, da eine solche Vorgehensweise jedenfalls gegen § 2 Abs 3 ArbVG verstößt. Antragsberechtigt sind die zuständige Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft und die zuständige Kammer für Arbeiter und Angestellte (§ 135 Abs 6 GewO 1994).

⁴⁷⁵ ArbVR II⁵ § 53 Rz 9.

⁴⁷⁶ ArbVR II⁵ § 52 Rz 7.

⁴⁷⁷ Statt vieler grundlegend *Jabornegg* in FS *Strasser* 367; OGH 22.10.1997, 9 ObA 151/97i, DRdA 1998, 58 (*Jabornegg*).

⁴⁷⁸ Eine falsche Auskunft ist gem § 160 Abs 1 ArbVG mit einer Verwaltungsstrafe von bis zu EUR 2.180,00 bedroht. Der Strafantrag ist vom BR binnen sechs Wochen ab Kenntnis von der Übertretung und der Person des Täters, bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu stellen (Abs 2 Z 2 leg cit). Hatte der Beschäftigter mit der Manipulation Erfolg, so ist unwahrscheinlich, dass der gewählte BR eine Anzeige erstattet.

⁴⁷⁹ Vgl statt vieler OGH 11.01.1995, 9 ObA 240/94, DRdA 1996, 50 (*Gahleitner*) = Arb 11.347; OGH 26.04.1995, 9 ObA 78/95, DRdA 1996, 329 (*Trost*) = Arb 11.391.

3. Das passive Wahlrecht

3.1. Allgemeines

Das passive Wahlrecht kommt gem § 53 Abs 1 ArbVG allen **Arbeitnehmer** des Betriebes⁴⁸⁰ zu, die am Tag der Ausschreibung der Wahl das 18. Lebensjahr vollendet haben und seit **mindestens sechs Monaten** im Rahmen des Betriebes oder des Unternehmens, dem der Betrieb angehört, beschäftigt sind. Primäre Voraussetzung ist damit das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG.⁴⁸¹ Die (zeitliche) Beschränkung des passiven Wahlrechts entspringt gesellschafts- und rechtspolitischen Wertungen.⁴⁸²

§ 53 Abs 3 ArbVG schließt ausdrücklich bestimmte Personengruppen vom passiven Wahlrecht aus. Vorauszuschicken ist an dieser Stelle, dass das ArbVG keine Regelung enthält, die dem Wahlrecht überlassener AN ausdrücklich entgegenstünde.⁴⁸³ Wäre der Gesetzgeber von der Sonderstellung überlassener AN ausgegangen, so wäre es ein leichtes gewesen, eine **Heimarbeitern** vergleichbare Lösung zu treffen. Diese werden – da sie grds die gleichen Interessen wie die restlichen Belegschaftsmitglieder haben – von § 36 Abs 1 ArbVG zwar ausdrücklich als AN iSd Betriebsverfassung anerkannt, in der Folge aber – aufgrund ihrer Sonderstellung – ausdrücklich vom passiven Wahlrecht zum BR ausgeschlossen (§ 53 Abs 3 Z 3 ArbVG).⁴⁸⁴ Hintergrund des Ausschlusses ist, dass Heimarbeiter, die idR nicht im Betrieb anwesend sind nur eine sehr lose Verbindung zum Betrieb haben.⁴⁸⁵ Wäre der Gesetzgeber von einer vergleichbaren Situation im Hinblick auf überlassene AN ausgegangen, hätte er eine entsprechende Regelung treffen müssen. Dass er das nicht getan hat, spricht auf den ersten Blick dafür, dass überlassenen AN – wie auch anderen Belegschaftsmitgliedern – aufgrund ihrer Arbeitnehmerstellung iSd § 36 ArbVG unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 52f ArbVG das aktive und passive Wahlrecht im Überlasser- wie auch Beschäftigerbetrieb zukommt.

⁴⁸⁰ Zur Ausnahme für Vorstandsmitglieder und Angestellte einer zuständigen freiwilligen Berufsvereinigung der AN, vgl § 53 Abs 4 ArbVG.

⁴⁸¹ Vgl dazu statt vieler *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 53 Rz 3.

⁴⁸² Vgl *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 53 Rz 1.

⁴⁸³ Anders ist hier die Rechtslage in Deutschland. § 14 Abs 2 dtAÜG schließt das passive Wahlrecht von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb klar aus.

⁴⁸⁴ Vgl ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 69. Bis zur ArbVG Novelle 2010 (BGBl I Nr 2010/101) waren Heimarbeiter auch vom Stimmrecht bei der Betriebsversammlung und dem aktiven Wahlrecht ausgeschlossen, außer sie waren iSd § 27 Heimarbeitsgesetz 1960 (BGBl Nr 1960/105) regelmäßig beschäftigt.

⁴⁸⁵ Vgl *Schneller*, ArbVR II⁵ § 53 Rz 19.

Die Beschäftigungsdauer darf grds keine **Unterbrechung** aufweisen.⁴⁸⁶ Kurze Unterbrechungen sollen aber nach Ansicht des Schrifttums⁴⁸⁷ nicht schaden. Das ergibt sich aus teleologischen Überlegungen. Die Wartefrist des § 53 ArbVG soll ein Mindestmaß an innerer Verbundenheit zum Betrieb, der Kenntnis der betrieblichen Gegebenheiten und der Beziehung zur Belegschaft sicherstellen. Nach Vertretern dieser Ansicht laufen kurzzeitige Unterbrechungen der Betriebszugehörigkeit dem Gesetzeszweck (Einblick in das Unternehmen gewinnen) nicht entgegen. Man kommt hier zu einer am Gesetzeszweck orientierten Lösung, indem man die Zeitdauer und die Art des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mit der Lücke und dem nachfolgenden Arbeitsverhältnis in Beziehung setzt.⁴⁸⁸ Danach steht zB eine Lücke von zwei Monaten nicht dem passiven Wahlrecht entgegen, wenn der überlassene AN zuvor jahrelang im Überlasserbetrieb beschäftigt war und nach den zwei Monaten ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Überlasser auf unbestimmte Zeit vereinbart wird. Das gilt so jedenfalls für kurze Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses zum Überlasser, ist aber aufgrund des gleichen Telos auch entsprechend auf die Beschäftigung überlassener AN im Beschäftigerbetrieb zu übertragen. Kurzfristige Unterbrechungen der Beschäftigung von überlassenen AN beim selben Beschäftiger schaden daher der Erfüllung der Wartefrist des § 53 ArbVG nicht.

3.2. ... im Überlasserbetrieb

Überlassene AN sind aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Beziehung zum Überlasser ab dem ersten Tag AN iSd § 36 ArbVG im Überlasserbetrieb. Bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen kommt ihnen somit nach der zutr hA⁴⁸⁹ das passive Wahlrecht zum Überlasserbetriebsrat zu. Eine andere Ansicht hätte faktisch die Betriebsratslosigkeit von Überlasserbetrieben zur Folge, was dem Zweck des ArbVG klar widerspräche. In der Praxis erschweren schon die Rahmenbedingungen in Überlasserbetrieben die Wahl eines

⁴⁸⁶ Vgl Löschnigg in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 53 Rz 9f; *Schneller*, ArbVR II⁵ § 53 Rz 11.

⁴⁸⁷ Vgl Löschnigg in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 53 Rz 10; so im Ergebnis schon *Windisch-Graetz* in *Tomandl*, ArbVG § 53 Rz 5.

⁴⁸⁸ Vgl Löschnigg in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 53 Rz 10.

⁴⁸⁹ So schon zutr *Gahleitner*, DRdA 1994, 380ff; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 137; *Ders* in FS *W. Schwarz* 249; Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹² Rz 9/044 (zum Überlasser- wie auch Beschäftiger-BR); *Obereder* in *Mazal/Risak*, *Arbeitsrecht* Kap XV Rz 42; *Mazal*, *Arbeitskräfteüberlassung* 79; *Ders*, RdW 1987/11, 375; *Sacherer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 99; *Schneller*, ArbVR II⁵ § 52 Rz 7; *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 317; *Tomandl*, *Arbeitskräfteüberlassung*² 122; *Ders*, ZAS 2011/41, 249; aA wohl *Schnorr* (*Arbeitnehmerüberlassung* 22, 87, 114), wonach überlassene AN nicht angemessen im Überlasser-BR vertreten sein können, da ihn die sechsmonatige ununterbrochene Beschäftigung aufgrund ihrer kurzzeitigen Beschäftigung und ihres ständigen Wechsels fehlt.

BR.⁴⁹⁰ Aufgrund ihrer wechselnden Einsätze sind überlassene AN im Überlasserbetrieb **typischerweise schlecht organisiert**.⁴⁹¹ Sie sind örtlich zerstreut tätig, bauen aus diesem Grund untereinander kaum persönliche Kontakte auf und sind eher daran interessiert in ein Stammarbeitsverhältnis zu wechseln als die soziale Situation ihrer Berufsgruppe zu verbessern.⁴⁹² Aufgrund der örtlichen Zersteuerung ist es im Überlasserbetrieb daher idR notwendig die Betriebsratswahl an mehreren Wahltagen durchzuführen, um die Teilnahme möglichst vieler überlassene AN zu gewährleisten.⁴⁹³

3.3. ... im Beschäftigterbetrieb

Überlassene AN sind bei Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft im Beschäftigterbetrieb vom passiven Wahlrecht nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Geht man mit der Verfasserin dieser Arbeit davon aus, dass überlassene AN ab dem ersten Tag der Überlassung AN iSd **§ 36 ArbVG** im Beschäftigterbetrieb sind, so kommt ihnen nach einer mindestens halbjährigen Mindestbeschäftigungsdauer im Beschäftigterbetrieb das passive Wahlrecht gem § 53 Abs 1 ArbVG zu.⁴⁹⁴ Der überlassene AN iSd § 36 ArbVG muss sowohl am Tag der Wahlausschreibung als auch am Wahltag im Beschäftigterbetrieb beschäftigt sein. Irrelevant für das Bestehen des passiven Wahlrechts ist aber, wie lange die Überlassung nach dem Wahltag noch andauert. Das ergibt sich daraus, dass zB auch gekündigten AN das passive Wahlrecht zusteht, wenn das Arbeitsverhältnis an beiden Stichtagen noch aufrecht ist.⁴⁹⁵ Die Mindestbeschäftigungsdauer kann nach § 53 ArbVG auch in einem anderen Betrieb des Beschäftigers zurückgelegt werden. Zum Zeitpunkt der Wahl muss aber die Beschäftigung in jenem Betrieb gegeben sein, in dem gewählt wird.⁴⁹⁶

⁴⁹⁰ Vgl *Schindler* in *ZellKomm*² § 2 AÜG Rz 4.

⁴⁹¹ Vgl *Schörghofer*, *Grenzfälle* 60.

⁴⁹² Vgl *Schindler* in *ZellKomm*² § 2 AÜG Rz 4.

⁴⁹³ Vgl § 16 Abs 2 BRWO 1974.

⁴⁹⁴ Das Wahlrecht ist Folge der Zugehörigkeit, so schon zutr *Krejci* in *Krejci*, *Bau-Arge* 160; *Geppert*, *Arbeitskräfteüberlassung* 138; *Ders* in *FS W. Schwarz* 249; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, *AÜG* 155; *Mazal*, *Arbeitskräfteüberlassung* 83; *Ders*, *RdW* 1987, 376f; so schon *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, *AÜG*² 317; auch *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 172; idS auch *Tomandl*, *Arbeitskräfteüberlassung*² 122; *Ders*, *ZAS* 2011/41, 249.

⁴⁹⁵ Vgl *Jabornegg/Naderhirn/Trost*, *Betriebsratswahl*⁶ 77. Die Wahl in den BR ändert nichts an der vor der Wahl ausgesprochenen Kündigung. Das Arbeitsverhältnis wird beendet und das erst kurz zuvor erworbene Mandat erlischt (§ 64 Abs 1 Z 3 ArbVG).

⁴⁹⁶ Vgl *Schneller*, *ArbVR II*⁵ § 53 Rz 10.

Teile der Lehre verlangen hinsichtlich § 53 ArbVG eine über die Mindestbeschäftigungsdauer hinausgehende, zeitliche Differenzierung. Sie fordern schon grds für die Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG eine zeitliche Beschränkung.⁴⁹⁷ Danach ist allein schon immer wieder unklar bzw zweifelhaft, wann die erforderliche „*voraussichtliche längere Dauer*“ für die AN-Eigenschaft iSd § 36 ArbVG vorliegt und daher folglich auch, wann die Frist des § 53 ArbVG zu laufen beginnt.⁴⁹⁸ Anhand dieser Anwendungsfrage wird klar, dass die zeitliche Beschränkung der Arbeitnehmereigenschaft überlassener AN im Beschäftigerbetrieb Rechtsunsicherheit schafft.

4. Zusammenfassung

Überlassene AN sind als AN iSd § 36 ArbVG Mitglieder der Belegschaft sowohl im Überlasser- als auch im Beschäftigerbetrieb. Das ArbVG enthält keine Regelung, die der Teilnahme an beiden BR-Wahlen ausdrücklich entgegensteht. Überlassenen AN kommt aufgrund ihrer AN-Eigenschaft iSd § 36 ArbVG bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das aktive Wahlrecht zum Überlasser- und Beschäftigerbetriebsrat zu. Der Vorschlag von *Binder* die Beschäftigungsdauer, ab der überlassene AN berechtigt sind an der Betriebsratswahl im Beschäftigerbetrieb mitzuwirken, in einer BV iSd § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG festzulegen, ist abzulehnen. Dagegen spricht schon die von der hA vertretene, absolut zwingende Wirkung des Betriebsverfassungsrechts. Auch der Vorschlag von *Schneller*, Manipulationsversuche durch die Zuerkennung des Wahlrechts erst ab einer Überlassungsdauer von mindestens sechs Monaten hintanzuhalten, ist abzulehnen. Einzig wirksames Mittel bei Manipulationsverdacht ist die Erhebung einer Nichtigkeitsklage. Agiert ein Beschäftiger in Kollusion mit einem Überlasser, um eine Betriebsratswahl zu manipulieren, ist eine diese jedenfalls als bloßes „*Zerrbild*“ einer Wahl nichtig. Da

⁴⁹⁷ Vgl zB *B. Schwarz* (in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 317), wonach für das passive Wahlrecht zum BR des Beschäftigerbetriebes eine sechsmonatige Beschäftigung im Beschäftigerbetrieb ausnahmslos erforderlich ist und eine für mindestens sechs Monate absehbare Eingliederung nicht ausreicht.

⁴⁹⁸ Beispielhaft sei hier auf *Schneller* (ArbVR II⁵ § 53 Rz 4) verwiesen. Danach steht überlassenen AN das passive Wahlrecht im Beschäftigerbetrieb erst dann zu „*wenn die Überlassung seit längerer Zeit (zumindest sechs Monate) andauert bzw für längere Zeit geplant war und daher Arbeitgeberpflichten vom Beschäftiger wahrgenommen werden*“; oder auch *B. Schwarz* (in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 317). Für die AN-Eigenschaft überlassener AN im Beschäftigerbetrieb verlangt er das Vorliegen einer Eingliederung für zumindest sechs Monate. Für das passive Wahlrecht zum BR des Beschäftigerbetriebes sei aber eine sechsmonatige Beschäftigung im Beschäftigerbetrieb ausnahmslos erforderlich und eine für mindestens sechs Monate absehbare Eingliederung reiche nicht aus. Das könnte auch so verstanden werden, dass die überlassenen AN zuerst sechs Monate im Betrieb eingegliedert sein müssen, um den AN-Status des § 36 ArbVG zu erreichen, erst danach die Frist des § 53 ArbVG zu laufen beginnen kann – sie somit, um die Voraussetzungen für das passive Wahlrecht zu erfüllen, insgesamt mindestens ein Jahr im Beschäftigerbetrieb tätig sein müssen.

überlassene AN aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Beziehung zum Überlasser ab dem ersten Tag AN iSd § 36 ArbVG im Überlasserbetrieb sind, kommt ihnen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nach der zutr hA das passive Wahlrecht zum Überlasserbetriebsrat zu. Da überlassene AN ab dem ersten Tag der Überlassung AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb sind, kommt ihnen nach einer mindestens halbjährigen Mindestbeschäftigungsdauer im Beschäftigerbetrieb auch dort das passive Wahlrecht gem § 53 Abs 1 ArbVG zu. Im nächsten Teil dieser Arbeit werden die zahlreichen, nicht einfach zu lösenden, praktischen Schwierigkeiten behandelt, die sich ergeben, wenn ein überlassener Arbeitnehmer zum Betriebsrat im Beschäftigerbetrieb gewählt wird.

Ausgewählte Rechtsfragen der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung überlassener Arbeitnehmer

1. Kapitel: Einleitung

Anschließend an die wesentlichen Fragen der Betriebszugehörigkeit sind Probleme der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung überlassener Arbeitnehmer zu klären. Aus der doppelten Arbeitnehmereigenschaft folgt, dass sowohl der Betriebsrat des Überlasser- als auch der des Beschäftigerbetriebes für Überlassene zuständig ist. Die sich hieraus ergebenden Fragestellungen reichen dabei von der Anwendbarkeit bestimmter Informationsrechte, dem Versetzungsschutz und der Anwendbarkeit einer Sozialplan-Betriebsvereinbarung im Beschäftigerbetrieb⁴⁹⁹ bis hin zu der Stellung überlassener AN im Fall eines Betriebsübergangs im Beschäftigerbetrieb.⁵⁰⁰ Um den Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu sprengen, können im Folgenden aber nur einige wesentliche Probleme herausgegriffen und einer eingehenden Untersuchung unterzogen werden.

Eingangs wird geklärt, wie sich die rechtliche Position überlassener AN gestaltet, die zum Betriebsratsmitglied im Beschäftigerbetrieb gewählt wurden. Im Anschluss daran sind Fragen im Hinblick auf die in beiden Betrieben potentiell zu entrichtende Betriebsratsumlage zu klären. Danach werden Rechtsfragen im Hinblick auf den Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG untersucht. Es ist dabei zu klären, welche Mitwirkungsrechte den beteiligten Betriebsräten zukommen.

⁴⁹⁹ Vgl dazu eingehend zB *Goricnik*, „Sozialplan“ im Zusammenhang mit Arbeitskräfte-Überlassung, infas 2012, 8; *Reiner*, Sozialplan 115ff.

⁵⁰⁰ Vgl dazu die kontroverse E des EuGH 21.10.2010, C-242/09, Slg 2010, I-10309 (*Albron Catering*), ASoK 2010/12, 434 (*Gruber*) = DRdA 2011/3, 316 (*Heilegger*) und die dadurch entfachte Diskussion (insb in Deutschland), vgl statt vieler zB *Forst*, Leiharbeiter im Betriebsübergang, RdA 2011, 228; *Klumpp*, Betriebsübergang und Leiharbeit, EuZA 2009/2, 69; *Raab*, Betriebsübergang und Leiharbeit – Rechtsfolgen der Übernahme des Entleiherbetriebs für die dort beschäftigten Leiharbeiter, EuZA 2011/4, 537; *Willemsen*, Erosion des Arbeitgeberbegriffs nach der Albron-Entscheidung des EuGH? Betriebsübergang bei gespaltener Arbeitgeberfunktion, NJW 2011, 1546.

2. Kapitel: Überlassene als Betriebsratsmitglieder

1. Problemaufriss

Geht man mit der Verfasserin dieser Arbeit davon aus, dass überlassene AN ab dem ersten Tag der Überlassung AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb sind, so kommt ihnen nach einer mindestens halbjährigen Beschäftigungsdauer im Beschäftigerbetrieb das passive Wahlrecht gem § 53 Abs 1 ArbVG zu. Ermöglicht wird die Absolvierung der gesetzlichen Mindestbeschäftigungsdauer dadurch, dass das AÜG hinsichtlich der Einsatzdauer von überlassenen AN keine Beschränkung normiert. Überlassungen im Ausmaß von mehreren Monaten bis hin zu einem Jahr und länger sind daher möglich und in der Praxis keine Seltenheit.⁵⁰¹

Die §§ 115 bis 122 ArbVG regeln die Rechtsstellung der Mitglieder des Betriebsrates. Die Mandatare benötigen aufgrund des „*natürlichen Interessengegensatz(es)*“⁵⁰² zwischen BI und BR diesen besonderen Schutz durch die Betriebsverfassung. Wird nun ein überlassener AN zum Betriebsrat im Beschäftigerbetrieb gewählt, stellt sich das Problem, dass bestimmte Schutznormen, wie zB das Benachteiligungs- und Beschränkungsverbot oder der besondere Bestandsschutz, implizit voraussetzen, dass der BI auch zugleich Arbeitgeber des Betriebsratsmitglieds ist.⁵⁰³ Da diese Positionen im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung auseinanderfallen, ergeben sich nicht einfach zu lösende Probleme.

Im Rahmen dieses Kapitels werden eingangs sachgerechte Lösungen für Fragen der Freizeit- und Freistellungsansprüche Überlassener als BR-Mandatare im Beschäftigerbetrieb gesucht. Im Anschluss daran wird der Frage nach der Anwendbarkeit des besonderen Bestandsschutzes nachgegangen. Danach ist die Anwendbarkeit der sich aus § 115 ArbVG ergebenden betriebsverfassungsrechtlichen Ansprüche und Pflichten auf überlassene AN im Beschäftigerbetrieb zu untersuchen. Im Rahmen eines kurzen Exkurses wird auf die Entsendung überlassener AN in den Aufsichtsrat des Beschäftigerbetriebes

⁵⁰¹ So schon zutr *Geppert* in FS *W. Schwarz* 249. Im Jahr 2013 dauerte eine Überlassung bei 55% der Arbeiter weniger als sechs Monate, wohingegen 55% der Angestellten über 12 Monate überlassen wurden, vgl dazu *BMASK*, Sozialbericht 2013-2014, 60.

⁵⁰² Vgl OGH 16.12.1986, 4 Ob 175/85; *Floretta*, Einige Probleme der Rechtssetzungsbefugnis im Betriebsverfassungsrecht, DRdA 1976, 199.

⁵⁰³ Da BI und AG bei der Wahl eines überlassenen AN zum BR-Mitglied im Überlasserbetrieb zusammenfallen, ist eine solche Wahl grds unproblematisch und wird im Rahmen dieser Arbeit daher nicht weiter behandelt.

eingegangen. Am Ende des Kapitels erfolgt wie gewohnt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

2. Freizeit- und Freistellungsansprüche

Das Betriebsratsmandat ist ein Ehrenamt (§ 115 Abs 1 ArbVG), das unentgeltlich und grds außerhalb der Arbeitszeit auszuüben ist,⁵⁰⁴ falls nicht ausnahmsweise ein Anspruch auf Freizeitgewährung oder Freistellung von der Arbeitsleistung besteht.⁵⁰⁵ Diese Ansprüche tragen dem Umstand Rechnung, dass viele Betriebsratsaufgaben sinnvoll nur während der Arbeitszeit erfüllt werden können.⁵⁰⁶ Vorgesehen sind die vorübergehende ad-hoc Freistellung („Freizeitgewährung“) gem § 116 ArbVG sowie (dauernde) Freistellungen nach §§ 117ff ArbVG.

Die Freizeit- und Freistellungsansprüche des BR-Mitglieds bestehen gegenüber dem BI, in dessen Betrieb er zum BR gewählt wurde, dh im hier interessierenden Fall gegenüber dem BI des Beschäftigertbetriebes.⁵⁰⁷ Davon ist – aufgrund der gespaltenen AG-Stellung – der Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu unterscheiden. Dieser besteht mangels vertraglicher Beziehung zum Betriebsinhaber nur gegenüber dem arbeitsvertraglichen AG des überlassenen Arbeitnehmers, dh dem Überlasser. Diesem gegenüber hat dem als BR-Mitglied Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach dem „Ausfallsprinzip“.⁵⁰⁸ Der Beschäftigter ist aber – mangels gegenteiliger Vereinbarung – verpflichtet dem Überlasser für Zeiten der Freizeitgewährung und Freistellung das Überlassungsentgelt zu zahlen.⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ Das gilt auch für Sitzungen des BR, vgl OGH 10.07.1991, 9 ObA 133/91, ARD 4287/11/91 = ZAS 1992/16 (*Resch*) = DRdA 1991/54 (*Andexlinger*).

⁵⁰⁵ Näheres dazu vgl *Köck*, Betriebsratstätigkeit und Arbeitspflicht: Zu den Freistellungsansprüchen von Betriebsratsmitgliedern (1992) insb 66ff, 144ff.

⁵⁰⁶ *Kietai*, Arbeitsrecht I 134.

⁵⁰⁷ Der BI hat keinen Einfluss auf die Auswahl des freizustellenden Mitglieds, vgl *Risak* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap III Rz 217.

⁵⁰⁸ Vgl dazu *Schneller* in ArbVR III⁵ § 116 Rz 20 mwN.

⁵⁰⁹ So schon zutr *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 161; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 84; *B. Schwarz* in FS *W. Schwarz* 323; *Ders* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 318. Ist der überlassene AN umgekehrt BR im Überlasserbetrieb, so steht ihm zwar auch ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegenüber dem Überlasser zur Erfüllung seiner betriebsrätlichen Obliegenheiten (Freizeitgewährung, Freistellungsansprüche) im Überlasserbetrieb zu. Der Beschäftigter schuldet dem Überlasser aber für diese Zeiten aber kein Überlassungshonorar.

3. Besonderer Bestandsschutz

3.1. Allgemeines

Gemäß §§ 120 ff ArbVG kann ein Betriebsratsmitglied nur bei Vorliegen bestimmter Gründe und nach gerichtlicher Zustimmung gekündigt oder entlassen werden.⁵¹⁰ Der besondere Bestandsschutz soll Arbeitnehmern die Ausübung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte ermöglichen, ohne befürchten zu müssen, bei Meinungsverschiedenheiten mit dem BI den Arbeitsplatz zu verlieren.⁵¹¹ In erster Linie zielen die Bestimmungen auf eine vorbeugende gerichtliche Rechtskontrolle ab.

Strittig ist, ob und wenn ja, wie der besondere Bestandsschutz für überlassene AN anwendbar ist, die im Beschäftigterbetrieb zum BR-Mitglied gewählt wurden. Zum BI des Betriebes in denen sie zu BR-Mitgliedern gewählt wurden, stehen sie in keinem Arbeitsverhältnis. Ihr arbeitsvertraglicher Arbeitgeber, der Überlasser, der befugt ist das Arbeitsverhältnis zu beenden, ist nicht BI des Betriebes in denen sie zum Mitglied des Betriebsrates gewählt wurden. Höchstgerichtliche Judikatur zur Frage, ob der besondere Bestandsschutz auch in dieser Konstellation anwendbar sein soll, fehlt bislang. Im Schrifttum werden unterschiedliche Standpunkte vertreten.

Nach *Geppert*⁵¹², *Krejci*⁵¹³, *Mazal*⁵¹⁴ und kürzlich *Schrattbauer*⁵¹⁵ soll der besondere Bestandsschutz gem §§ 120 bis 122 ArbVG per analogiam nicht zur Anwendung kommen. Sie begründen ihre Ansicht im Wesentlichen damit, dass keine arbeitsvertragliche Beziehung zwischen überlassenem Arbeitnehmer und Beschäftigter besteht. Einen anderen Standpunkt nimmt lediglich *B. Schwarz*⁵¹⁶ ein. Er spricht sich dafür aus, dass überlassene AN – solange die Funktion andauert – vom Überlasser nicht aus den

⁵¹⁰ Die §§ 120 bis 122 ArbVG gelten gem § 120 Abs 4 Z 4 ArbVG sinngemäß auch für Mitglieder von Wahlvorständen und Wahlwerber sowie nach § 120 Abs 4 Z 3 ArbVG für ehemalige BR-Mitglieder bei Weiterführung der Geschäfte nach Beendigung der Tätigkeitsdauer.

⁵¹¹ Vgl *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II: Sachprobleme, 9. Auflage (2015) 289f.

⁵¹² Arbeitskräfteüberlassung 139f.

⁵¹³ In *Krejci*, Bau-Arge 161 (außer es handelt sich um ein Doppelarbeitsverhältnis).

⁵¹⁴ Arbeitskräfteüberlassung 83. Nach seiner Ansicht kann nur der Arbeitsvertragspartner Adressat der individuellen Rechte und Pflichten des BR sein, der in einer solchen Konstellation aber nicht BI des Betriebes ist, in dem die Vertretungsfunktion ausgeübt wird.

⁵¹⁵ Arbeitskräfteüberlassung 173ff. Im Wesentlichen mit der Begründung, dass der überlassene AN dem Überlasser nicht in der Rolle des Betriebsratsmitgliedes gegenübersteht.

⁵¹⁶ In *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 317. Obwohl anzumerken ist, dass die Ausführungen von *Trost* (in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 120 Rz 117) zur aktiven Klagslegitimation im Rahmen des besonderen Bestandsschutzes auch in diese Richtung deuten.

Beschäftigterbetrieb versetzt werden können und eine Beendigung nur unter analoger Anwendung der §§ 120 bis 122 ArbVG möglich ist. Aufgrund des widersprüchlichen Meinungsstandes lohnt sich die grundlegende Neuaufrollung dieser Frage. In der Folge wird daher die Anwendbarkeit des besonderen Bestandsschutzes auf überlassene AN, die im Beschäftigterbetrieb zum Betriebsratsmitglied gewählt wurden, untersucht.

3.2. Vorliegen einer planwidrigen Lücke?

Überlassene AN sind ab dem ersten Tag der Überlassung AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigterbetrieb. Sie sind als solche **Träger betriebsverfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten** im Beschäftigterbetrieb (zB § 37 ArbVG). Durch die Wahl zum Betriebsratsmitglied werden daher keine gänzlich neuen betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten begründet, sondern das bestehende betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis lediglich modifiziert.

Zum Schutz vor Retorsionsmaßnahmen des BI kommt Betriebsratsmitgliedern ein besonderer betriebsverfassungsrechtlicher Schutz zu. Ein wichtiger Bereich ist dabei der besondere Bestandsschutz. Die BR-Mitglieder und die ihnen gleichgestellten Personen genießen diesen Schutz der Betriebsverfassung nach der stRsp⁵¹⁷ nicht (nur) um ihrer selbst Willen, sondern „**ganz überwiegend zur Sicherstellung der ihnen vom Gesetzgeber im Interesse des Betriebes und der Belegschaft übertragenen Aufgaben**“. Die umfassende Interessenvertretungsaufgabe des § 38 ArbVG ist dabei nicht nur als Recht der Organe der Arbeitnehmerschaft anzusehen, sondern auch als ihre Pflicht. Deshalb soll der BI nicht durch die (vorzeitige) Auflösung von Arbeitsverhältnissen der BR-Mitglieder in die Wahrnehmung dieser Interessenvertretungsaufgabe eingreifen können.⁵¹⁸ Der besondere betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Betriebsratsmandataren dient somit nicht primär dem Schutz der individuellen arbeitsvertraglichen Stellung des Mandatars, sondern dem **Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Interessenvertretung** als solcher.

Scheidet ein BR-Mitglied aus dem Betrieb aus, so rückt idR ein Ersatzmitglied (§ 65 ArbVG) nach. Entscheidend wird der besondere Bestandsschutz für die Belegschaft als solcher erst, wenn das Ausscheiden eines BR-Mitgliedes auch Auswirkungen auf das

⁵¹⁷ StRsp vgl RIS-Justiz RS0053037; OGH 25.06.1998, 8 ObA 266/97v, ASoK 1998, 428 = ecolex 1998, 938 = infas 1999, A 3 = SZ 71/116 = ZAS 1999/13, 135 (*Risak*); OGH 16.10.2002, 9 ObA 109/02y, ARD 5398/5/2003 = DRdA 2003/22, 261 (*Holzer*) = infas 2003, A 15 = RdW 2003/171. Hervorhebungen in Fettschrift durch die Verfasserin.

⁵¹⁸ Vgl *Gahleitner* in ArbVR II⁵ § 38 Rz 7.

Gremium Betriebsrat hat. In einem solchen Fall ist die Beteiligung des Betriebsrates (vertreten durch den Vorsitzenden) als **Nebenintervenient** im Bestandsprozess des Mandatars möglich und geboten.⁵¹⁹ Ein rechtliches Interesse der Belegschaft am Obsiegen des beklagten BR-Mitglieds (§ 17 Abs 1 ZPO⁵²⁰) ist dabei anzunehmen, wenn sich die personelle Zusammensetzung des Organs auf die Rechtsverhältnisse der Belegschaft auswirken kann.⁵²¹ Wirkt sich die Klagstattgebung (und die nachfolgende Kündigung/Entlassung) zudem auf den Bestand des Organs aus, zB indem es wegen Absinkens unter die Hälfte der gesetzlich vorgesehenen Mitgliederzahl dauernd funktionsunfähig wird (§ 62 Z 2 ArbVG), kommt dem BR die Stellung eines streitgenössischen Nebenintervenienten (§ 20 ZPO) zu.⁵²² Auch hier zeigt sich deutlich, dass der Zweck des besonderen Bestandsschutzes nicht in erster Linie im arbeitsvertraglichen Schutz des Mandatars sondern **„überwiegend“ im Schutz der Interessen der Belegschaft und der Aufrechterhaltung der Interessenvertretung** liegt.⁵²³

Wenn das Betriebsverfassungsrecht einen solchen besonderen Bestandsschutz gegen individuelle, funktionsbedingte Diskriminierungen⁵²⁴ eines Mandatars vorsieht, der primär kollektive Interessen schützen soll, so muss dieser – um einen Mandatar vor **Repressalien oder Repressionsmaßnahmen** zu schützen und die **Funktionsfähigkeit der Interessenvertretung** im Betrieb zu gewährleisten – für alle gewählten Belegschaftsfunktionäre gelten. Es kann nicht darauf ankommen, ob es sich beim gewählten Mandatar um einen Stamm-AN oder einen überlassenen AN handelt. Allein das Fehlen einer vertraglichen Bindung zum BI kann die Ausschaltung dieser zentralen betriebsverfassungsrechtlichen Schutznormen nicht rechtfertigen.

Im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung besteht die reale Gefahr, dass Überlasser und Beschäftigter zum Nachteil des überlassenen AN zusammenwirken. Um einen solchen

⁵¹⁹ Vgl *Schneller* in ArbVR III⁵ § 120 Rz 31.

⁵²⁰ Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung), RGBI Nr 1895/113 idF BGBl I Nr 2015/94.

⁵²¹ *Schneller* in ArbVR III⁵ § 120 Rz 31.

⁵²² Prozesshandlungen (Schriftsätze, Beweisanträge etc) des BR sind in einem solchen Fall für das beklagte BR-Mitglied rechtlich verbindlich, sofern sie nicht mit dessen eigenen Prozesshandlungen im Widerspruch stehen, vgl *Schneller* in ArbVR III⁵ § 120 Rz 31. Zum Klarstellungsinteresse der Belegschaft an der Zusammensetzung und der Funktionsfähigkeit des BR, vgl OGH 01.12.1999, 9 ObA 276/99z, Arb 11.973.

⁵²³ Im Ergebnis auch *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 121 Rz 18, 21.

⁵²⁴ Vgl ua OGH 26.01.1994, 9 ObA 280/93, ARD 4543/26/94 = DRdA 1994/44, 496 (*Csebrenyak*) = ecolex 1994, 341; OGH 20.04.1994, 9 ObA 59/94, Arb 11.180 = ARD 4571/28/94 = infas 1994, A 161 = RdW 1994, 319.

Rechtsmissbrauch zu verhindern, reicht es entgegen *Mazal*⁵²⁵ und *Krejci*⁵²⁶ auch nicht aus, das zumeist vertraglich eingeräumte Recht des Beschäftigten, den überlassenen AN zurückzustellen, für die Dauer des sonst bestehenden Bestandsschutzes zu suspendieren. Ein solches **Rückstellungsverbot** ist sicherlich ein Schritt in die richtige Richtung, um dem Schutzanliegen der Betriebsverfassung Geltung zu verschaffen, aber bei näherer Betrachtung dennoch nicht ausreichend.

Dem Überlasser stünde es immer noch frei, willkürlich in die Mitbestimmungsmöglichkeiten einer fremden Belegschaft einzugreifen und diese gegenfalls sogar auszuschalten indem er den überlassenen AN ohne vorherige **gerichtliche Rechtskontrolle** kündigt oder entlässt. Dem überlassenen AN stünde in diesem Fall (ohne die vorbeugende Rechtskontrolle der §§ 120ff ArbVG) nur die Anfechtung im Rahmen des § 105 ArbVG offen. Auch wenn es ihm gelingt ein verpöntes Motiv beim Überlasser glaubhaft zu machen, könnte er im Falle seines Obsiegens nur seinen Arbeitsplatz beim Überlasser, nicht aber sein BR-Mandat beim Beschäftigten zurückerlangen.⁵²⁷ Das, was durch die besonderen Bestimmungen der §§ 120 bis 122 ArbVG eigentlich verhindert werden sollte – der Mandatsverlust ohne vorherige gerichtliche Kontrolle – wäre dadurch festgeschrieben. Hinzu kommt, dass die betroffene Belegschaft des Beschäftigtenbetriebes zudem keine Möglichkeit hätte, sich – wenn die Beendigung Auswirkungen auf den Bestand des Gremiums hat – im Bestandsprozess ihres Mandatars als (streitgenössischer) Nebenintervenient zu beteiligen. Ein solches Ergebnis kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, der sich zum einen um den Schutz der Belegschaft und ihrer ungestörten Interessenvertretung sowie zum anderen um eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung überlassener AN mit Stamm-AN bemüht.⁵²⁸ Hier muss somit die Möglichkeit des Überlassers, frei unternehmerische Entscheidungen im Hinblick auf diese speziellen AN zu treffen, aufgrund des umfassenden Schutzanliegens der Betriebsverfassung hinter das Erfordernis der vorbeugenden gerichtlichen Missbrauchskontrolle zurücktreten.

⁵²⁵ RdW 1987/11, 378.

⁵²⁶ In *Krejci*, Bau-Arge 162.

⁵²⁷ Nach *Schrattbauer* (Arbeitskräfteüberlassung 173) ist es in einer solchen Konstellation ausreichend, dass eine Kündigung oder Entlassung *wegen* der BR-Tätigkeit im Beschäftigtenbetrieb als sittenwidrig und damit als rechtsunwirksam beurteilt wird und die Nichtigkeit der Beendigung somit gem § 879 ABGB geltend gemacht werden kann. Dabei soll die Beweislasterleichterung des § 105 Abs 5 ArbVG analog angewandt werden.

⁵²⁸ Erklärtes Ziel des AÜG wie auch der Leiharbeits-RL ist die möglichst weitreichende Gleichbehandlung von überlassenen AN mit Stamm-AN.

Neben dem Telos des besonderen Bestandsschutzes spricht für die Annahme einer planwidrigen Lücke zudem, dass der Gesetzgeber um die Problematik lang dauernder Überlassungen wusste. Das zumindest legen die Erläuterungen zur RegV zum AÜG 1988 nahe. Diesen liegt die Studie von *Clemenz/Grünwald/Mikinovic*⁵²⁹ zugrunde, welche schon damals darauf hinwies, dass eine „*massive Verschiebung zu (...) länger dauernden Beschäftigungsverhältnissen*“ zu erwarten war. Auch die nicht umgesetzte Regierungsvorlage⁵³⁰, welche noch betriebsverfassungsrechtliche Regelungen (§ 39a) vorsah, normierte keine gesonderten Regeln für überlassene AN, die im Beschäftigerbetrieb zu BR-Mitgliedern gewählt wurden.⁵³¹ Klar ist somit, dass der Gesetzgeber wusste, dass längerdauernde Überlassungen zu erwarten sind. Dass er aber auch die Möglichkeit der Wahl überlassener AN zum BR-Mitglied im Beschäftigerbetrieb vorhergesehen, aber den mit der Wahl einhergehenden besonderen betriebsverfassungsrechtlichen Schutz nicht auf überlassene AN ausdehnen wollte, kann ungeachtet mancher Stimmen im Schrifttum⁵³² in Anbetracht der damaligen Rsp⁵³³ aber zu Recht bezweifelt werden. Diese ging davon aus, dass überlassene AN nur bei einer entsprechend langen Überlassungsdauer und Eingliederung überhaupt AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb werden konnten. Eine Wahl zum BR-Mitglied im Beschäftigerbetrieb war aus damaliger Sicht daher mehr als unwahrscheinlich. Im Schrifttum war zudem schon im Zeitpunkt der Gesetzgebung des AÜG 1988 und seiner Begleitgesetze klar, dass es sich dabei um ein Gesetz mit „*Kompromisscharakter, Rechtslücken und Formulierungsschwächen*“⁵³⁴ handelt, das in vielen Punkten „*lücken- und damit mangelhaft*“⁵³⁵ ist. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber die Gleichbehandlung überlassener AN mit den AN der Stammbeschäftigten immer stärker forciert. Das ist letztlich den Anstrengungen auf europäischer Ebene zu verdanken.⁵³⁶ Die Leiharbeits-RL sah

⁵²⁹ Personalbereitstellung 27. Nach einer Hochrechnung der Arbeitsmarktvorschau von 1985 ging „(f)ast die Hälfte aller Leiharbeitsverhältnisse (...) praktisch über das ganze Jahr“.

⁵³⁰ Nicht umgesetzte RegV 1046 BlgNR 16. GP.

⁵³¹ Da diese RegV nie Gesetz wurde, kann das Fehlen dieser Bestimmungen – wenn überhaupt – nur als sehr schwaches Indiz gewertet werden.

⁵³² Vgl. *Geppert* (Arbeitskräfteüberlassung 139f) sprach sich schon 1977, *Krejci* (in *Krejci*, Bau-Arge 161) 1979 gegen die Anwendbarkeit des besonderen Bestandsschutzes mangels Vorliegen eines Arbeitsvertrages aus.

⁵³³ Vgl. OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87, ARD 3921/10/87.

⁵³⁴ So *Geppert* in FS *W. Schwarz* 242; *Geppert*, DRdA 2011, 508.

⁵³⁵ So zB *Mazal*, RdW 1987/11, 375.

⁵³⁶ Das Ziel der Leiharbeits-RL ist es die Rechtsposition überlassener AN jenen der Stammbeschäftigten anzugleichen.

zudem ursp auch die Ausweitung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten der überlassenen AN vor – eine Regelung, die schlussendlich aber aus kompetenzrechtlichen Gründen unterbleiben musste.⁵³⁷

Es spricht somit einiges für das Vorliegen einer planwidrigen Lücke. Sowohl der Telos der besonderen betriebsverfassungsrechtlichen Normen zum Schutz der Mandatäre (und auch der vertretenen Belegschaft als Ganzer) als auch die geschichtliche Entwicklung sprechen für die Notwendigkeit der Gleichbehandlung überlassener AN. Ohne die analoge Anwendung dieser Bestimmungen würde das Schutzziel der Betriebsverfassung (vorbeugende gerichtliche Kontrolle um Rechtsmissbrauch hintan zu halten) am dreipersonalen Verhältnis der Arbeitskräfteüberlassung scheitern und im Endeffekt dem Mandatar (wie auch der betroffenen Belegschaft) jeglichen Schutz vorenthalten. Überlasser und Beschäftiger könnten zum Nachteil des überlassenen AN – und damit letztlich auch der Belegschaft des Beschäftigerbetriebes – zusammenwirken. Dem überlassenen AN stünde ohne vorbeugende Rechtskontrolle gem §§ 120 ff ArbVG nur die (nachträgliche) Anfechtung im Rahmen des § 105 ArbVG offen. Auch im Falle seines Obsiegens hätte der überlassene AN aber nur Anspruch auf seinen Arbeitsplatz beim Überlasser zurückzukehren, jedoch nicht darauf sein BR-Mandat beim Beschäftiger zurückzuerlangen. Hinzu kommt, dass sich die betroffene Belegschaft des Beschäftigerbetriebes im Verfahren nicht als (streitgenössischer) Nebenintervenient beteiligen könnte. Das, was durch die besonderen Bestimmungen der §§ 120 bis 122 ArbVG eigentlich verhindert werden soll (der Verlust des BR-Mandats ohne vorherige gerichtliche Rechtskontrolle) wäre dadurch festgeschrieben. Ein solches Ergebnis kann – wie bereits ausgeführt – nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, der sich um eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung überlassener AN mit Stamm-AN bemüht.

Eine zusätzliche, sachliche Rechtfertigung für die Einschränkung der Beendigungsmöglichkeit des Überlassers ergibt sich aus seiner **Pflicht zur**

⁵³⁷ Vgl *Hamann* (EuZA 2/2009, 322) wonach das Koalitionsrecht gem Art 137 Abs 5 EGV der Regelungsbefugnis der europäischen Rechtssetzungsorgane grds entzogen ist. Der Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten des Europäischen Parlaments hatte ursprünglich weitergehende Regelungen vorgeschlagen, vgl Bericht des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten, A5-0356/2002 endg, Änderungsantrag 21 zu Erwägungsgrund 21 und Änderungsantrag 51 zu Art 7. Die Regelung sah vor, dass für Leih-AN wie für Stamm-AN die Rechtsvorschriften in Bezug auf Information, Konsultation und Beteiligung gelten, zudem sollten sie Zugang zu internen Beschwerdeverfahren bekommen. Diese Regelungen wurden nicht in den Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 15. September 2008 (Dok 10599/2/08 Rev 2, 16) übernommen, da sie über den Geltungsbereich des Art 7 der Leiharbeits-RL hinausgingen, zudem wäre – so wurde argumentiert – eine Regelung nicht erforderlich, da Art 8 des Gemeinsamen Standpunktes (der Art 8 Leiharbeits-RL entspricht) bereits auf die RL 2002/14/EG (Richtlinie Information und Konsultation) zur Festlegung eines gemeinsamen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft verweist.

kaufmännischen Sorgfalt. Einem sorgfältigen Überlasser muss klar sein, dass sich an eine längere Überlassungsdauer bestimmte Rechte und Pflichten knüpfen können.⁵³⁸ Durch die Vereinbarung einer längeren Überlassungsdauer nehmen sowohl der Überlasser als auch der Beschäftigte die Wahl eines überlassenen AN zum Betriebsrat im Beschäftigterbetrieb in Kauf.⁵³⁹ Die kaufmännische Sorgfalt würde im Fall einer geplanten längeren Überlassung eine zeitliche Befristung oder die Vereinbarung von Bedingungen für die Rückstellung des überlassenen AN verlangen.⁵⁴⁰ Wurden solche Vorkehrungen getroffen, so könnte auch ein überlassener BR-Mandatar, ohne die Grenzen der §§ 115 bis 122 ArbVG beachten zu müssen, in den Überlasserbetrieb zurückgestellt werden.⁵⁴¹ Wurde aber ein überlassener AN ohne entsprechende Vorkehrung zum Betriebsratsmitglied im Beschäftigterbetrieb gewählt, so sind damit folgerichtig auch Pflichten für den Überlasser verbunden. Der Überlasser hat daher die in §§ 115 bis 122 ArbVG festgelegten Vorgaben für den arbeitsvertraglichen Handlungsspielraum des AG sinngemäß einzuhalten und insb wird sein Beendigungsrecht durch den besonderen Bestandsschutz für BR-Mitglieder wesentlich eingeschränkt.⁵⁴²

3.3. Vergleich mit Mandataren gem § 53 Abs 4 ArbVG?

*Mazal*⁵⁴³ vergleicht die Position eines überlassenen AN mit einem **externen Mandatar** iSd § 53 Abs 4 ArbVG. Nach dieser Bestimmung kommt Vorstandsmitgliedern und Angestellten einer zuständigen freiwilligen Berufsvereinigung der Arbeitnehmer das passive Wahlrecht in einem (fremden) Betrieb zu, wenn mindestens vier Betriebsratsmitglieder in diesem Betrieb zu wählen sind.

⁵³⁸ Vgl dazu zB die Rsp des OGH zum Extremfall der sog „atypischen“ Überlassungen, vgl OGH 03.12.2003, 9 ObA 113/03p, SZ 2003/156 = DRdA 2004/47 (zust *Balla*); OGH 30.08.2011, 8 ObA 54/11s, SZ 2011/110 = ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*).

⁵³⁹ IdS auch schon *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 317.

⁵⁴⁰ Würden sie im Dienstverschaffungsvertrag solche Vorkehrungen treffen, wäre auch eine längere Überlassungsdauer oder die Wahl des überlassenen AN zum BR im Beschäftigterbetrieb unproblematisch. Vgl dazu eingehend die Ausführungen zum Beschränkungsverbot.

⁵⁴¹ Allgemein endet bei vereinbarter Befristung trotz Wahl zum BR-Mitglied das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Befristung, wodurch auch das BR-Mandat erlischt, vgl dazu *Radner/Preiss* in *ArbVR II*⁵ § 64 Rz 23.

⁵⁴² So schon zutr *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 317.

⁵⁴³ Arbeitskräfteüberlassung 83; *Ders*, RdW 1987/11, 377f.

Diesen Vergleich lehnt *Geppert*⁵⁴⁴ zutreffenderweise aufgrund des Ausnahmecharakters dieser Regelung ab. § 53 Abs 4 ArbVG darf nicht auch auf Fälle angewandt werden, in denen die für die Regelung maßgebliche (**Ausnahme-)**Situation nicht vorliegt. § 53 Abs 4 ArbVG schafft für BR-Mitglieder, die im Betrieb nicht beschäftigt sind und daher dort nicht AN iSd § 36 ArbVG sind ein betriebsverfassungsrechtliches Rechtsverhältnis sui generis, das erst durch die Wahl begründet wird. Dieses Rechtsverhältnis ist durch das ArbVG nur rudimentär geregelt und macht teilweise die analoge Anwendung des ArbVG erforderlich.⁵⁴⁵ Im Hinblick auf überlassene AN liegt eine grundsätzlich andere Situation vor. Sie sind schon vor der Wahl zum Betriebsratsmitglied Träger betriebsverfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten aufgrund ihrer AN-Eigenschaft iSd § 36 ArbVG im Beschäftigertrieb. Diese betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition wird – anders als bei externen Mandataren – durch die Wahl nicht neu begründet, sondern nur modifiziert.⁵⁴⁶

Zudem besteht anders als im Fall von § 53 Abs 4 ArbVG im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung die reale Gefahr von **Rechtsmissbrauch** durch Kollision von Überlasser und Beschäftigter, um sich eines unliebsamen BR-Mitglieds im Beschäftigertrieb zu entledigen.⁵⁴⁷ Für externe Mandatare iSd § 53 Abs 4 ArbVG ist eine solche nicht auszumachen, handelt es sich doch bei ihren Arbeitgebern um freiwillige Berufsvereinigungen der Arbeitnehmer, die wohl idR kein Interesse am Ende des Mandats ihres Vertreters zugunsten des Beschäftigters haben werden, ist doch der Beschäftigter auch nicht ihr Geschäftspartner. Ihre Vorstandsmitglieder und/oder Angestellten sind zudem nicht Arbeitnehmer des Betriebes in dem sie zum BR gewählt wurden. Ihre einzige Aufgabe ist es, die im Betrieb Beschäftigten und zum Betriebsratsmitglied gewählten AN interessenpolitisch unterstützen.⁵⁴⁸

Es könnte aber nun auch überlegt werden – anstelle der analogen Anwendung der besonderen Schutznormen gem §§ 115 bis 122 ArbVG – die Rechtsfolgen einer Wahl

⁵⁴⁴ In FS *W. Schwarz* 249ff.

⁵⁴⁵ Vgl *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 53 Rz 37.

⁵⁴⁶ So schon zutr *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 53 Rz 37.

⁵⁴⁷ AA *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 161. Für ihn bieten weder Fälle, in denen der Beschäftigter vom Überlasser verlangt, er möge den überlassenen AN als unangenehmen BR kündigen oder entlassen noch Fälle, in denen der Überlasser von sich aus den Drang verspürt, überlassene AN zu kündigen oder zu entlassen, um die Betriebsverfassungssituation des Beschäftigters zu entlasten, ausreichend Anlass für eine generelle Belegung der Überlasser mit den Schranken des besonderen Bestandsschutzes für BR-Mitglieder fremder Betriebe.

⁵⁴⁸ So schon zutr *Geppert* in FS *W. Schwarz* 250, dort auch eingehend zur Entstehungsgeschichte und dem Zweck des § 53 Abs 4 ArbVG und der gleichlautenden Vorgängerregelung des § 8 Abs 5 BRG.

externer Mandatare für überlassene AN analog eintreten zu lassen. Dagegen spricht zum einen schon – wie zuvor dargestellt – der Umstand, dass § 53 Abs 4 ArbVG aufgrund seines Ausnahmecharakters keine Basis für einen Analogieschluss bietet. Bei näherer Betrachtung entsprechen aber auch die damit verbundenen Rechtsfolgen nicht dem Sinn und Zweck der Betriebsverfassung. Die analoge Anwendung von § 53 Abs 4 ArbVG hätte zur Folge, dass überlassene AN auch wenn sie aus dem Beschäftigertbetrieb (warum auch immer) ausgeschiedenen sind, ihr **Mandat** – wie externe Mandatare, die auch nicht im Betrieb beschäftigt sind, in dem sie zum BR-Mitglied gewählt wurden – **weiterhin ausüben** können. Das ArbVG versucht mit vielen Bestimmungen (prominent ist hier insb § 115 Abs 1 ArbVG, wonach das BR-Mandat ein Ehrenamt ist) die Entfremdung des Mandatars von der Belegschaft, deren Interessen er vertreten soll, zu verhindern. Die grundsätzliche Intention des Betriebsverfassungsrechts besteht somit darin, dass BR-Mandatare eines Betriebes auch in dem Betrieb tätig sein sollen, deren Belegschaftsinteressen sie vertreten. Das geht zum einen klar aus § 64 Abs 1 Z 3 ArbVG hervor, wonach die Mitgliedschaft zum BR mit dem Ausscheiden aus dem Betrieb endet. Aber auch § 64 Abs 4 ArbVG zielt in diese Richtung, wenn er bestimmt, dass die Mitgliedschaft zum BR vom Gericht abzuerkennen ist, wenn das BR-Mitglied die Wählbarkeit nicht mehr besitzt. Zudem ist zu bedenken, dass ein überlassener AN, der aus dem Beschäftigertbetrieb in dem er gewählt wurde, abgezogen wird, idR bei einem anderen Beschäftigert tätig wird, beim Überlasser auf einen neuen Einsatz wartet oder – was in der Praxis häufig der Fall ist⁵⁴⁹ – sich der (einvernehmlichen) Beendigung seines Arbeitsverhältnisses gegenüber sieht. Würde man die Ansicht vertreten, der überlassene AN würde sein Mandat auch nach seinem Ausscheiden aus dem Beschäftigertbetrieb behalten, wären damit nach mE unlösbare Fragen im Zusammenhang mit Freistellungs- und auch Entgeltfortzahlungsansprüchen des überlassenen AN für seine Betriebsratstätigkeit im ehemaligen Beschäftigertbetrieb verbunden.

Zusammengefasst zeigt sich daher, dass eine solche analoge Anwendung der Bestimmungen für externe Mandatare für überlassene AN klar der gesetzgeberischen Wertung widerspricht. Zum einen ist § 53 Abs 4 ArbVG – wie bereits dargestellt – auf eine Ausnahmesituation zugeschnitten, die hier nicht in vergleichbarer Weise vorliegt. Zum anderen widerspricht diese Lösung auch der grundsätzlichen Intention des Betriebsverfassungsrechts, wonach BR-Mandatare eines Betriebes auch in dem Betrieb

⁵⁴⁹ Nach *Schindler* (DRdA 2009, 177) erfolgen 80% der Auflösungen einvernehmlich mit dem Einsatzende synchronisiert.

tätig sein sollen, deren Belegschaftsinteressen sie vertreten. Mit Ausscheiden aus dem Beschäftigerbetrieb verlieren überlassene AN daher nach der gesetzgeberischen Intention ihre AN-Eigenschaft gem § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb und somit auch ihre Wählbarkeit zum BR. Aus diesem Grund muss ein notwendiger Schutz schon früher ansetzen, weshalb die analoge Anwendung der §§ 120 bis 122 ArbVG geboten erscheint.

3.4. Flexibilität im Prozessrecht

Der besondere Bestandsschutz sieht vor, dass das Arbeitsverhältnis von BR-Mandataren nur nach vorheriger Rechtskontrolle durch das Gericht und bei Vorliegen bestimmter Gründe beendet werden darf. Die Zustimmung des Gerichtes ist dabei von der rechtsgeschäftlichen Beendigung strikt zu trennen: Mit der Zustimmung des Gerichts wird lediglich der besondere Bestandsschutz mittels Rechtsgestaltungsurteil aufgehoben.⁵⁵⁰ Die Zustimmung bewirkt somit nur, dass das **betriebsverfassungsrechtliche Beendigungsverbot aufgehoben** wird. Das Urteil wirkt damit nur dann unmittelbar auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses, wenn es sich um einen Fall der nachträglichen Zustimmung (§ 122 Abs 1 Z 2 und Z 5 ArbVG) handelt, ansonsten kommt es auf die (rechtzeitige) rechtsgeschäftliche Beendigung im Anschluss auf das Urteil an, wobei **keine Pflicht** des Arbeitgebers **zur Beendigung** besteht.⁵⁵¹

§ 120 ArbVG bestimmt die Klagslegitimation. Danach ist das einzelne BR-Mitglied passiv klagslegitimiert (§ 120 Abs 2 ArbVG). Das Gesetz lässt jedoch offen, wer **aktiv klagslegitimiert** ist. In der Regel ist die Frage nach der aktiven Klagslegitimation unproblematisch, da der BI in aller Regel auch vertraglicher Arbeitgeber des BR-Mitgliedes ist. Im Fall eines überlassenen AN, der zum BR-Mitglied im Beschäftigerbetrieb gewählt wurde, fallen aber BI und AG auseinander.

Aus arbeitsvertraglicher Sicht kommt man auf den ersten Blick zu dem Schluss, dass allein der arbeitsvertragliche AG die Klage auf Zustimmung des Gerichtes einbringen kann, da nur er das Arbeitsverhältnis mit dem überlassenen AN auch beenden kann. Auf den zweiten Blick zeigt sich jedoch ein anderes Bild. Das Betriebsverfassungsrecht stellt grundsätzlich auf den Betriebsinhaber ab wenn es den **interessemäßigen Gegenpol** zum

⁵⁵⁰ Vgl OGH 08.11.1989, 9 ObA 253/89, SZ 62/171 = RdW 1990, 52 = wbl 1990, 111; OGH 05.11.1997, 9 ObA 148/97y; OGH 22.10.2007, 9 ObA 102/06z; so auch *Wollinger* in ZellKomm² § 120 Rz 47.

⁵⁵¹ Vgl *Schneller* in ArbVR III⁵ § 120 Rz 45f.

BR (aber wohl auch zum AN), wie im Rahmen des besonderen Bestandsschutzes, meint.⁵⁵² Dieser ist auch von den in §§ 121f ArbVG genannten Beendigungsgründen **unmittelbar betroffen**. Die in § 121 ArbVG normierten Kündigungsgründe betreffen einerseits betriebliche Aspekte (Z 1), andererseits die Person des AN (Z 2) und dessen Verhalten (Z 3). Die in Z 2⁵⁵³ und Z 3 aufgezählten Gründe, die die Person des AN und dessen Verhalten betreffen, haben in erster Linie Auswirkungen auf den *Beschäftiger als BI*, da der überlassene AN ja in seinem Betrieb faktisch beschäftigt ist. Aber auch jene Gründe, die sich auf betriebliche Aspekte (Z 1) beziehen, können sich – mit Ausnahme einer Änderungskündigung – beim *Beschäftiger als BI* realisieren.⁵⁵⁴ Die Relevanz der unmittelbaren Betroffenheit zeigt sich insb im Rahmen der notwendigen **Interessenabwägung** im Rahmen des § 122 ArbVG. Hier hat das Gericht das *betriebsverfassungsrechtliche Interesse* am Fortbestand des Mandats (bzw das persönliche Interesse des BR-Mitglieds am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses) und die *Zumutbarkeit* der Weiterbeschäftigung *für den Betriebsinhaber* gegeneinander abzuwägen.⁵⁵⁵ Zudem handelt es sich bei der Klage auf Zustimmung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines BR-Mitgliedes um eine **betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit**, die sich aus dem zweiten Teil des ArbVG ergibt (§ 50 Abs 2 ASGG). Angesprochen ist damit die Betriebspartnerschaft zwischen *Betriebsinhaber* und Belegschaft (hier: BR-Mitglied) und nicht zwischen dem arbeitsvertraglichen AG und dem jeweiligen AN.⁵⁵⁶ Der überlassene AN ist – sowohl als AN iSd § 36 ArbVG sowie (modifiziert) als BR-Mandatar – Träger betriebsverfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten und steht als solcher in einem betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis zu dem BI des Beschäftigerbetriebes. Zudem geht es in dem Verfahren auf Zustimmung des Gerichts lediglich um die **Aufhebung eines betriebsverfassungsrechtlichen Beendigungsverbotes** nach vorheriger gerichtlicher Missbrauchskontrolle, nicht um die Beendigung an sich. Der arbeitsvertragliche Arbeitgeber ist auch bei Einholung der Zustimmung des Gerichts nicht zur Beendigung verpflichtet.

⁵⁵² So zutr *Trost in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 120 Rz 116.

⁵⁵³ Unter rechtlichen Arbeitsunfähigkeitsgründen versteht man den Wegfall rechtlich geforderter Voraussetzungen für die Berufsausübung, vgl *Trost in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 121 Rz 27. Im Fall von überlassenen AN kann wohl auch der Verlust der Gewerbeberechtigung des Überlassers oder dessen Konkurs unter diesen Kündigungstatbestand subsumiert werden.

⁵⁵⁴ Insb die dauernde Einstellung des Betriebes, die Stilllegung von Betriebsabteilungen, die Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung des AN, der Betriebsübergang und Betriebsteilübergang.

⁵⁵⁵ Vgl *Wollinger in ZellKomm²* § 122 Rz 76.

⁵⁵⁶ Vgl dazu eingehend *Kuderna*, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, 2. Auflage (1996) 315ff; *Neumayr in ZellKomm²* § 50 ASGG Rz 24f.

Würde man die Klagslegitimation rein von der arbeitsvertraglichen Seite betrachten, so hätte der aktiv klagslegitimierte Überlasser (als AG) kein ernsthaftes emotionales Interesse an der Klagsführung und derjenige, der unter der Unzumutbarkeit leidet, der Beschäftigte, wird in die Position eines Zeugen gedrängt, der keinen Einfluss auf das Prozessgeschehen hat.⁵⁵⁷ Wie *Trost* überzeugend darglegt, müsste der Überlasser, wenn er allein zur Klagshebung berechtigt wäre (da er nur die Beendigung aussprechen kann) auch zB im Fall einer Kündigung gem § 121 Z 3 ArbVG nachweisen, dass (nicht ihm, sondern) „dem Betriebsinhaber“ die Weiterbeschäftigung aus Gründen der Arbeitsdisziplin unzumutbar ist. Diesen Nachweis kann der Überlasser als *Arbeitgeber* im Prozess aber nicht selbst erbringen, sondern braucht dafür den BI als Zeugen. Das kann offenkundig nur eine Hilfskonstruktion sein.

Aus diesem Grund ist dem Beschäftigten als interessenmäßiger Gegenpol zum BR/AN und unmittelbar Betroffenen die aktive Klagslegitimation zuzubilligen. Hier sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: **(1)** Wurden dem Beschäftigten schon im Dienstverschaffungsvertrag arbeitsvertragliche Gestaltungsrechte (zB Kündigungs- und Entlassungsrecht) vom Überlasser übertragen, so kann er bei Gericht eine Klage auf Zustimmung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses einbringen und danach das Arbeitsverhältnis selbst beenden.⁵⁵⁸ **(2)** Wurden ihm im Dienstverschaffungsvertrag keine solchen funktionalen AG-Kompetenzen übertragen, steht dem Beschäftigten nur die Möglichkeit offen die Zustimmung zur Beendigung des AV durch das Gericht einzuholen und den Überlasser dadurch zur Rücknahme des überlassenen AN zu zwingen.⁵⁵⁹ Hiermit wäre dem Erfordernis der **vorgelagerten gerichtlichen Missbrauchskontrolle** der Beendigung des AV eines Mandatars genüge getan. Der überlassene AN würde aus dem Beschäftigterbetrieb ausscheiden und hierdurch sein Mandat verlieren. Danach stünde es

⁵⁵⁷ So schon zutr *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 120 Rz 117.

⁵⁵⁸ IdS wohl schon auch *Trost* (in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 120 Rz 117).

⁵⁵⁹ In diese Richtung schon *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 120 Rz 117; idS auch *Wollinger* in *ZellKomm*² § 120 Rz 62. Ein solcher Vorschlag ist nicht neu. Ein ähnliche Lösung schlug schon *Löschnigg* (in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 53 Rz 38) im Zusammenhang mit dem Mandat von „externen“ Mandataren (§ 53 Abs 4 ArbVG) vor. Hintergrund seiner Überlegung ist, dass das ArbVG auch hier keine Lösungsmechanismen für Konflikte mit externen Mandataren vorsieht, die bei sonstigen BR-Mitgliedern über den besonderen Bestandsschutz einer Rechtskontrolle unterliegen, zB kommt eine Entlassung wegen Verrats von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen oder erheblichen Ehrverletzungen gegenüber dem BI mangels Arbeitnehmereigenschaft nicht in Frage. Er schlägt daher – analog zu § 122 ArbVG – die Anerkennung eines Verfahrens zur Aberkennung der BR-Mitgliedschaft über § 64 Abs 4 ArbVG hinaus vor.

dem Überlasser frei das Arbeitsverhältnis mit dem überlassenen AN zu beenden.⁵⁶⁰ Eine Pflicht zur Beendigung besteht aber nicht.

Aber auch umgekehrt muss der Überlasser – unter der Voraussetzung das er von einem der Beendigungsgründe des §§ 121ff ArbVG unmittelbar betroffen ist – die Möglichkeit besitzen, eine Klage auf Zustimmung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Gericht einzubringen. Die Flexibilität des Prozessrechts räumt daher sowohl Überlasser wie auch Beschäftiger die Möglichkeit ein, das betriebsverfassungsrechtliche Beendungsverbot durch Zustimmung des Gerichts aufheben zu lassen.

3.5. Kündigung des Dienstverschaffungsvertrages als Beendigungsgrund?

Nach *B. Schwarz*⁵⁶¹ kann das Gericht – analog zu § 121 Z 1 ArbVG – der Kündigung des überlassenen AN zustimmen, wenn die vertragliche Beziehung zwischen Überlasser und Beschäftiger dauerhaft und aus objektiv nachvollziehbaren Gründen beendet wurde. In diesem Fall müsste das Gericht prüfen, ob die Beendigung der Vertragsbeziehung erfolgte, da die Tätigkeiten, die der Überlasser anbietet, im Beschäftigerbetrieb überhaupt nicht mehr erledigt werden, und ob das Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Kenntnisse und Fähigkeiten in der Lage wäre, im Beschäftigerbetrieb andere betriebliche Arbeiten auszuführen. Nur wenn jegliche Möglichkeit einer solchen anderweitigen Tätigkeit verneint wird, wäre einer Kündigung zuzustimmen. Der Kündigungsschutz des überlassenen AN könne nicht allein von der willkürlichen Beendigung der Vertragsbeziehung zwischen Überlasser und Beschäftiger abhängen.

Dieser Ansicht ist grundsätzlich beizutreten, sie ist aber im Lichte der Schutzanliegen der Arbeitskräfteüberlassung noch näher zu konkretisieren. Richtig ist zwar, dass es beim Kündigungsgrund der Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung (§ 121 Z 1 ArbVG) grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob eine Stelle im Restbetrieb vorhanden ist. Grundsätzlich muss stets geprüft werden, ob nach der Kündigung anderer AN, deren Arbeit der Mandatar willens und fähig ist, eine Weiterbeschäftigung möglich ist.⁵⁶² Im Fall von überlassenen AN als Mandataren im Beschäftigerbetrieb ist eine solche Vorgehensweise aber ausgeschlossen, da sie klar der Anordnung des § 2 Abs 3 AÜG

⁵⁶⁰ So schon zutr *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 120 Rz 117.

⁵⁶¹ In *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 317.

⁵⁶² Vgl *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 121 Rz 17.

widerspricht, wonach durch den Einsatz überlassener Arbeitskräfte im Beschäftigerbetrieb keine Gefährdung der Arbeitsplätze der Stammarbeitnehmer bewirkt werden darf. Wurde der Dienstverschaffungsvertrag zwischen Beschäftiger und Überlasser beendet, weil die Tätigkeit des überlassenen AN nicht mehr benötigt wird und auch kein anderer passender Arbeitsplatz (im angestammten Tätigkeitsbereich oder in einem Bereich, in dem das BR-Mitglied aufgrund seiner Kenntnisse und Fähigkeiten eingesetzt werden könnte) im Betrieb frei ist, so hat das Gericht das Kündigungsverbot aufzuheben.

4. Grundsätze der Mandatsausübung

4.1. Allgemeines

§ 115 ArbVG regelt die Grundsätze der Mandatsausübung von BR-Mitgliedern, die Verschwiegenheitspflicht sowie das Benachteiligungs- und Beschränkungsverbot. Diese Bestimmung soll die gesetzmäßige, ungestörte und unbeeinflusste Interessenvertretung der Belegschaft sicherstellen. Schutzobjekt ist daher die Belegschaft als Ganzes.⁵⁶³ In der Folge werden die sich aus § 115 ArbVG ergebenden Ansprüche und Pflichten auf ihre Anwendbarkeit auf überlassene AN hin untersucht.

4.2. Verschwiegenheitspflicht

Gemäß § 115 Abs 4 ArbVG sind die Mitglieder des BR zu besonderer Verschwiegenheit über alle ihnen in Ausübung ihres Amtes bekanntgewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und vertraulichen persönlichen Angelegenheiten der AN verpflichtet. Diese Verschwiegenheitspflicht reicht über das Ende der Mitgliedschaft im BR hinaus und besteht solange ein rechtliches Interesse an der Geheimhaltung anzuerkennen ist.⁵⁶⁴ Auch überlassene AN können in ihrer Funktion als BR – wie andere Mandatare im Beschäftigerbetrieb – von geschützten Informationen Kenntnis erlangen. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, ist daher auch in dieser Konstellation ein Geheimhaltungsinteresse anzuerkennen, das über das Ende der Mitgliedschaft zum Beschäftiger-BR hinaus reicht. Die betriebsverfassungsrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 115 Abs 4 ArbVG) trifft somit auch überlassene AN in vollem Umfang. Erlangen überlassene AN in ihrer Funktion als BR im Beschäftigerbetrieb

⁵⁶³ Vgl *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 115 Rz 8, 53.

⁵⁶⁴ Vgl *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht² 611.

Kenntnis von geschützten Informationen, so sind sie zur Verschwiegenheit verpflichtet. Verletzungen können unterlassungs- und bei Verschulden schadenersatzpflichtig machen.⁵⁶⁵ So kann etwa die Verbreitung bei Betriebsversammlungen zur Kenntnis gebrachter interner Angelegenheiten im Beschäftigterbetrieb eine Pflichtverletzung begründen.⁵⁶⁶ Darüber hinaus stellt die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht eine Verwaltungsübertretung nach § 160 Abs 1 ArbVG dar, die der BI des Beschäftigterbetriebes (§ 160 Abs 2 Z 4 ArbVG) geltend machen kann. In Bezug auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse kommt uU auch eine gerichtliche Strafbarkeit des überlassenen AN in Betracht (§ 122 StGB).

4.3. Bevorzugungsverbot

Aus der Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsmandats leitet sich ab, dass ein Betriebsratsmitglied aus seinem Mandat keine Vorteile erlangen darf und Bevorzugungen jedweder Art daher rechtswidrig sind („*Bevorzugungsverbot*“).⁵⁶⁷ Das gilt auch ausnahmslos⁵⁶⁸ für Vorteile von dritter Seite. Um die unbeeinflusste Interessenvertretung der Belegschaft des Beschäftigterbetriebes sicherzustellen, ist folglich jegliche Einflussnahme auf den überlassenen AN sowohl durch den Beschäftigter als auch den Überlasser (für den Beschäftigter als BI) verboten.

4.4. Benachteiligungs- und Beschränkungsverbot

Betriebsratsmitglieder⁵⁶⁹ dürfen wegen ihres Mandats nicht benachteiligt und in ihrer Mandatsausübung nicht beschränkt werden (§ 115 Abs 3 ArbVG). Das Schutzobjekt ist hier ein Zweifaches: Zum einen soll die faktische und rechtliche Möglichkeit der

⁵⁶⁵ Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht stellt auch einen Entlassungsgrund dar (§ 122 Abs 1 Z 4 ArbVG). Die Frage, ob der besondere Bestandsschutz (§§ 120ff ArbVG) auf überlassene AN zur Anwendung kommt, wurde bereits im vorangegangenen Kapitel untersucht.

⁵⁶⁶ So schon zutr. *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 318.

⁵⁶⁷ Vgl *Kietzbl*, Arbeitsrecht I 129. Vergleichsmaßstab sind stets die anderen Belegschaftsmitglieder.

⁵⁶⁸ Vgl *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 115 Rz 25; aA *Mosler* (in *ZellKomm*² § 115 ArbVG Rz 14), der eine marginale Lockerung im Hinblick auf Zuwendungen von dritter Seite bei Fehlen einer Einflussnahmemöglichkeit durch den BI befürwortet.

⁵⁶⁹ Ersatzmitglieder sind durch das Benachteiligungs- und Beschränkungsverbot in analoger Anwendung der Schutzfristen des § 120 Abs 4 Z 1 ArbVG geschützt, vgl *Mayr*, Arbeitsrecht § 115 ArbVG E 28 (EA Leoben 26.11.1984, Re 26/84, Arb 10.369). Danach besteht ein Schutz für den Zeitraum der Vertretungstätigkeit bis zum Ablauf von drei Monaten nach dem Ende der Vertretungstätigkeit, wenn das Ersatzmitglied ein Mitglied des BR mindestens zwei Wochen ununterbrochen vertreten hat und der BI davon unverzüglich verständigt wurde.

Ausübung des Mandats geschützt werden und zum anderen die persönliche Rechtssphäre des Mandatars.⁵⁷⁰

Im Gegensatz zum Beschränkungsverbot, das unmittelbar die Mandatsausübung betrifft, zielt das Benachteiligungsverbot auf das Arbeitsverhältnis. Es umfasst das gesamte Arbeitsverhältnis, insb in Bezug auf Entgelt, Aufstieg und Weiterbildung.⁵⁷¹ Daraus ergibt sich, dass Adressat des **Benachteiligungsverbots** derjenige sein muss, dem Einfluss auf das Arbeitsverhältnisses zukommt. Das wird in erster Linie der vertragliche Arbeitgeber des Mandatars sein, da idR nur dieser Einfluss auf die arbeitsvertragliche Stellung des AN hat. Im Fall von überlassenen AN trifft somit primär den Überlasser das Benachteiligungsverbot.⁵⁷² Er darf den überlassenen AN nicht wegen seines Betriebsratsmandates beim Beschäftiger benachteiligen. Irrelevant ist dabei, ob der Überlasser aus eigenem Antrieb oder über Aufforderung des Beschäftigers tätig wird. Entscheidend ist einzig der Kausalzusammenhang mit dem Betriebsratsmandat („wegen“) und somit der Vorsatz des Überlassers, wobei die Glaubhaftmachung des Motivs ausreicht. Da die gleichen Gründe für die Geltung des Benachteiligungsverbot (idR immer in Verbindung mit dem Beschränkungsverbot) wie für die analoge Anwendbarkeit des besonderen Bestandsschutzes sprechen, kann im Hinblick auf die Begründung der Geltung auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Da zwischen dem Beschäftiger und dem überlassenen AN kein Arbeitsvertrag besteht, kommt das Benachteiligungsverbot in dieser Beziehung grds nicht unmittelbar zur Anwendung. Der Schutz vor arbeitsvertraglichen Beeinträchtigungen ist in diesem Verhältnis idR auch nicht notwendig, da dem Beschäftiger – ohne ausdrückliche Vereinbarung – nicht das Recht zukommt, in das Arbeitsverhältnis des überlassenen AN einzugreifen. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen der Überlasser dem Beschäftiger im Dienstverschaffungsvertrag weitreichende Kompetenzen im Hinblick auf den AV mit dem überlassenen AN (zB das Recht zur Vornahme von Rechtsgestaltungen wie Vertragsänderung oder Kündigung) delegiert.⁵⁷³ Auch wenn eine solche Vorgehensweise in der Praxis unüblich ist, ist sie dennoch zulässig und würde eine massive Schutzlücke für

⁵⁷⁰ Vgl *Winkler in Tomandl*, ArbVG § 115 Rz 16.

⁵⁷¹ Vgl *Mosler in ZellKomm*² § 115 ArbVG Rz 35.

⁵⁷² Im Rahmen des Benachteiligungs- und Beschränkungsverbots können die gleichen Überlegungen ins Treffen geführt werden, die schon für die Begründung der analogen Anwendung der §§ 120 bis 122 ArbVG ausschlaggebend waren. An dieser Stelle kann somit auf die Ausführungen im Rahmen des besonderen Bestandsschutzes verwiesen werden.

⁵⁷³ Vgl dazu II. Teil: Grundlagen, 2. Kapitel, 2. Das Rechtsverhältnis zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Überlasser.

den Mandatar und damit letztlich auch für die betriebliche Interessenvertretung als Ganzes bedeuten. Schutzobjekt des Benachteiligungsverbotes ist – wie im Rahmen des besonderen Bestandsschutzes – nicht allein der Mandatar, sondern auch die funktionierende, unbeeinträchtigte Interessenvertretung als Ganzes. Das zeigt sich va auch darin, dass auch dem jeweiligen BR (hier: dem Beschäftigter-BR) als Kollegialorgan das Recht zukommt, eine Feststellungsklage einzubringen, wenn er aufgrund konkreter Umstände die Benachteiligung eines seiner Mitglieder befürchtet, also ein Feststellungsinteresse (§ 228 ZPO) vorliegt.⁵⁷⁴

Um dem Schutzzweck des § 115 Abs 3 ArbVG gerecht zu werden, ist daher in einem solchen Fall das Benachteiligungsverbot im Verhältnis Beschäftigter und überlassenen AN analog anzuwenden.⁵⁷⁵ Der Umfang der Schutzes richtet sich dabei nach der konkreten Einflussmöglichkeit des Beschäftigters und damit nach dem Inhalt des Dienstverschaffungsvertrages. Bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot stehen dem benachteiligten Betriebsratsmitglied neben Unterlassungs- und Feststellungsansprüchen insb Erfüllungs- und Gleichstellungsansprüche in Bezug auf vorenthaltene Leistungen zu.⁵⁷⁶ Anordnungen oder entsprechende Vereinbarungen, die das Benachteiligungsverbot verletzen, sind nichtig (§ 879 ABGB).⁵⁷⁷

Das **Beschränkungsverbot** (§ 115 Abs 3 ArbVG) schützt unmittelbar die Mandatsausübung iSd ArbVG, also die Wahrnehmung der Betriebsratsbefugnisse innerhalb der gesetzlichen Grenzen.⁵⁷⁸ Aus diesem Grund ist der Beschäftigter als BI des Betriebes in dem der überlassene AN zum BR-Mitglied gewählt wurde in erster Linie Adressat des Beschränkungsverbots.⁵⁷⁹ Dem Beschäftigter sind daher grds alle Anordnungen untersagt, die innerhalb des betriebsverfassungsrechtlichen Wirkungsbereichs dem Betriebsrat die Ausübung seiner Befugnisse erschweren oder

⁵⁷⁴ Vgl *Schneller* in ArbVR III⁵ § 115 Rz 33.

⁵⁷⁵ Ähnlich auch schon *B. Schwarz* (in FS *W. Schwarz* 323), der hier eine Lücke ortet und daher die analoge Anwendung der Bestimmungen über die besondere arbeitsvertragliche Stellung von BR-Mitgliedern fordert. Der BI des Beschäftigterbetriebes ist danach verpflichtet alles zu unterlassen, was die Rechtsstellung des Betriebsratsmitglieds beeinträchtigen könnte, insb auch alles, was etwa ein Abziehen aus dem Beschäftigterbetrieb durch den Überlasser nach sich ziehen könnte. Auch *Krejci* (in *Krejci*, Bau-Arge 161) spricht sich dafür aus, dass den Beschäftigter das Benachteiligungsverbot – wohl unmittelbar (arg: „jedenfalls“) – trifft.

⁵⁷⁶ Bei Benachteiligungen im Hinblick auf Beförderungen kommt hingegen nur Schadenersatz in Form der Entgeltendifferenz in Betracht, vgl OGH 05.12.1990, 9 ObA 266/90; OGH 12.04.2001, 8 ObA 21/01y.

⁵⁷⁷ Vgl *Mosler* in ZellKomm² § 115 Rz 38.

⁵⁷⁸ Vgl *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 130.

⁵⁷⁹ So schon zutr *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 161.

unmöglich machen.⁵⁸⁰ Geschützt ist nicht nur das Gremium als Ganzes, sondern jedes einzelne Mitglied hat einen Unterlassungsanspruch.⁵⁸¹

Gemäß § 115 Abs 3 S 2 ArbVG sind vom Beschränkungs- und Benachteiligungsverbot auch **Versetzungen** umfasst.⁵⁸² Hier sind im Zusammenhang mit überlassenen AN mehrere Fallkonstellationen denkbar. Liegt das Versetzungs- und Rückstellungsrecht nach der Vereinbarung im Dienstverschaffungsvertrag im selbstständigen Ermessen des Beschäftigers, so besteht die Möglichkeit, dass der Beschäftiger **(1)** den überlassenen AN auf einen anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb versetzt, **(2)** einen Arbeitsplatz in einem seiner anderen Betriebe oder **(3)** ihn an den Überlasser zurückstellt. Verbleiben (Weiter-)Versetzungs- und Rückstellungsrecht hingegen beim Überlasser, ist denkbar, dass **(4)** der Überlasser die Vorgänge (1) bis (3) selbst anordnet oder den AN in den Betrieb eines anderen Beschäftigers weiterversetzt. Fraglich ist, ob diese Vorgänge im Lichte des besonderen betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes zulässig sind.

Ad (1): In der ersten Fallkonstellation ist fraglich, ob der Beschäftiger einen überlassenen AN, der im Beschäftigerbetrieb zum BR-Mitglied gewählt wurde, auf einen anderen Arbeitsplatz innerhalb desselben Betriebes versetzen darf, wenn ihm hierzu ein Recht im Dienstverschaffungsvertrag eingeräumt wurde. Obwohl der Mandatar bei einer innerbetrieblichen Versetzung seine Betriebszugehörigkeit und daher sein Mandat behält, kann eine solche Versetzung dennoch eine unzulässige Beschränkung darstellen, wenn dadurch die Ausübung des Mandats erschwert wird.⁵⁸³ Aus diesem Grund ist eine solche *innerbetriebliche Versetzung* nur dann zulässig, wenn sie im Einzelfall durch betriebliche Gründe im Beschäftigerbetrieb gerechtfertigt ist. Die Rechtfertigung ist dabei in Beachtung des Normzwecks des § 115 ArbVG im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zwischen den Interessenvertretungsaufgaben und den Betriebsinteressen zu prüfen.⁵⁸⁴

⁵⁸⁰ Vgl OGH 28.10.2013, 8 ObA 58/13g, ARD 6380/9/2014 = DRdA 2014/35, 351 (Mayr).

⁵⁸¹ Vgl OGH 26.08.2009, 9 ObA 175/08p, ARD 6009/5/2009 (Adamovic) = DRdA 2010, 152 = RdW 2010/45, 40 = Arb 12.847 = DRdA 2011/15, 140 (Trost); OGH 19.03.2013, 9 ObA 133/12t, ARD 6322/5/2013 = ZAS 2013/37, 228 (Gerhartl) = RdW 2013/418, 407 = wbl 2013/143, 407 = DRdA 2013/53, 522 (Jabornegg); zuletzt OGH 28.10.2013, 8 ObA 58/13g, ARD 6380/9/2014 = DRdA 2014/35, 351 (Mayr).

⁵⁸² Da der besondere Versetzungsschutz gem § 115 ArbVG zum allgemeinen nach § 101 ArbVG hinzutritt, haben Betriebsratsmitglieder einen „doppelten“ betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutz, vgl AB 1062 BlgNR 16. GP 3. Zum Versetzungsschutz überlassener AN gem § 101 ArbVG, vgl das vierte Kapitel des vorliegenden Teils der Arbeit.

⁵⁸³ Vgl Mosler in ZellKomm² § 115 Rz 33; Majoros, Versetzung von Mitgliedern eines „Betriebsabteilungsrates“, ecoloX 2008, 65 mwN.

⁵⁸⁴ Vgl Schneller in ArbVR III⁵ § 115 Rz 30.

Kann der Beschäftiger betriebliche Gründe vorbringen, die im Rahmen einer Interessenabwägung für die Belegschaft schwerer wiegen als die Beschränkung des Mandates, ist die innerbetriebliche Versetzung zulässig.

Ad (2): Gemäß § 64 Abs 1 Z 3 ArbVG endet die Mitgliedschaft zum BR vorzeitig, wenn das BR-Mitglied auf dem Betrieb ausscheidet.⁵⁸⁵ Versetzt nun der Beschäftiger den überlassenen AN auf einen Arbeitsplatz in einem seiner anderen Betriebe endet dadurch die Betriebszugehörigkeit des überlassenen AN und er verliert sein Mandat. Nach der (nicht unbestrittenen) Rsp⁵⁸⁶ ist auch in diesem Fall eine Interessenabwägung möglich und notwendig. Wie im Rahmen einer innerbetrieblichen Versetzung ist auch hier das Vorliegen wichtiger betrieblicher Gründe im Beschäftigerbetrieb für die Versetzung zu prüfen. Es ist zwar richtig, dass eine Versetzung in einen anderen Betrieb und der damit verbundene Mandatsverlust für das einzelne BR-Mitglied die größtmögliche Beschränkung seiner individuellen Tätigkeit darstellt. Man muss sich aber vor Augen halten, dass das Beschränkungsverbot in erster Linie die Funktionsfähigkeit des Organs und damit die ordnungsgemäße Interessenvertretung der Belegschaft schützen soll.⁵⁸⁷ Auch das ergibt sich wieder daraus, dass dem BR (hier dem Beschäftiger-BR) als Kollegialorgan das Recht zukommt, eine Feststellungsklage zu erheben, wenn er aufgrund konkreter Umstände die Beschränkung eines seiner Mitglieder befürchtet, also ein Feststellungsinteresse (§ 228 ZPO) besteht.⁵⁸⁸ Es kann daher der Fall eintreten, dass die Versetzung des überlassenen AN im Vergleich zu den betrieblichen Interessen für die Belegschaft einen geringeren Nachteil mit sich bringt, da es (idR) zu einem Nachrücken eines

⁵⁸⁵ Bei nicht im Betrieb beschäftigten Gewerkschaftsmitgliedern mit dem Ende der Funktion oder Anstellung bei der Gewerkschaft (§ 64 Abs 2 ArbVG).

⁵⁸⁶ Vgl dazu *Mosler* in *ZellKomm*² § 115 Rz 33, 97, der auf die Rsp des VwGH (Erk vom 27.01.1958, Arb 6803) verweist; auch *Mayr*, *Arbeitsrecht* § 115 ArbVG E 9 (EA Graz 26.06.1985, Re 79/84, Arb 10.422); die Möglichkeit einer Interessenabwägung befürwortend *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 177; abl *Majoros* (ecolex 2008, 65f) für den *jede* Versetzung aus dem Betrieb unzulässig ist; ebenfalls abl *Schneller* (in *ArbVR III*⁵ § 115 Rz 35, 37) wonach der BI anstelle einer betriebsorganisatorisch objektiv erforderlichen Versetzung eine zumutbare Umschulung des BR-Mitgliedes ermöglichen muss, um dessen Verbleib im Betrieb zu gewährleisten. Er begründet seine Ansicht damit, dass das BR-Mitglied durch das Ausscheiden aus dem Betrieb sein Mandat verlieren würde und drei Monate später auch seinen Kündigungsschutz, weshalb eine derartige Versetzung stets im Verdacht stünde, der erste Schritt einer Repressions- oder Retorsionsmaßnahme zu sein. Aus meiner Sicht würde man aber auch hier im Rahmen einer Interessenabwägung zum Schluss kommen, dass bei Vorliegen einer zumutbaren Umschulungsmöglichkeit betriebliche Interessen nicht ausreichend schwer wiegen um eine Versetzung zu rechtfertigen.

⁵⁸⁷ Vgl zutr *Dusak*, *Änderungen im Bereich der personellen Mitbestimmung*, ZAS 1986, 200.

⁵⁸⁸ Vgl *Schneller* in *ArbVR III*⁵ § 115 Rz 33.

Ersatzmitglieds kommt.⁵⁸⁹ Kann der Beschäftigte betriebliche Gründe vorbringen, die für die Belegschaft schwerer wiegen als die Beschränkung eines ihrer BR-Mitglieder, ist die Versetzung zulässig. Diese Vorgehensweise entspricht mE im gegebenen Zusammenhang auch der besonderen Situation der Arbeitskräfteüberlassung am Besten. Die Annahme der absoluten Unzulässigkeit der Versetzung/Abberufung des überlassenen AN widerspricht mE sowohl dem Zweck der Arbeitskräfteüberlassung als auch dem Beschränkungsverbot.

Ad (3): Der Beschäftigte könnte auch versuchen den überlassenen AN an den Überlasser zurückzustellen. Wann und unter welchen Umständen eine Rückstellung zulässig ist, hängt dabei in erster Linie von der Vereinbarung im Dienstverschaffungsvertrag ab.⁵⁹⁰ Wurde die Überlassung von vornherein für bestimmte Zeit vorgesehen oder die Rückstellung vom Eintritt bestimmter Bedingungen abhängig gemacht, ist eine Rückstellung problemlos möglich, wenn die Befristung ausgelaufen oder die Bedingung eingetreten ist. Hier kann man davon ausgehen, dass mit der Versetzung keine Beschränkung der Mandatsausübung intendiert ist. Die ordnungsgemäße Rückstellung des überlassenen AN führt zum Ende seiner Betriebszugehörigkeit und damit zum Ende seiner Betriebsratsfunktion im Beschäftigterbetrieb.⁵⁹¹

Liegt das Rückstellungsrecht nach der Vereinbarung im Dienstverschaffungsvertrag hingegen im selbstständigen Ermessen des Beschäftigten, so ist denkbar, dass es ausgeübt wird, um ein unangenehm empfundenen BR-Mitglied loszuwerden. Eine derartige Vorgehensweise stellt grds einen Verstoß gegen das Beschränkungsverbot dar und ist daher gem § 879 ABGB nichtig.⁵⁹² Als Konsequenz daraus sprechen sich *Mazal*⁵⁹³ und *Krejci*⁵⁹⁴ dafür aus, dass für die Dauer des sonst bestehenden Bestandsschutzes das zumeist vertraglich eingeräumte Recht des Beschäftigten, den überlassenen AN zurückzustellen, suspendiert wird. Eine (Weiter-)Versetzung oder Rückstellung des überlassenen AN, die aus betrieblichen Gründen beim Beschäftigten notwendig wäre, ist nach dieser Ansicht generell ausgeschlossen. Als einzige Möglichkeit verbliebe die Rückrufung oder die

⁵⁸⁹ So schon zutr *Dusak* (ZAS 1986, 200) mit dem Hinweis, dass die Versetzung allenfalls gleichzeitig gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen kann, was gesondert zu prüfen ist; zust *Mosler* in *ZellKomm*² § 115 Rz 97.

⁵⁹⁰ So schon zutr *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 161f.

⁵⁹¹ So schon zutr *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 162. Vgl dazu auch schon die Ausführungen zum besonderen Bestandsschutz.

⁵⁹² So schon zutr *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 161f. Allg zur Nichtigkeit § 115 Abs 3 ArbVG entgegenstehender Anordnungen, vgl *Mosler* in *ZellKomm*² § 115 Rz 38.

⁵⁹³ RdW 1987/11, 378.

⁵⁹⁴ In *Krejci*, Bau-Arge 162.

Kündigung/Entlassung des AN durch den Überlasser. Beide Optionen wäre nach dieser Ansicht ohne besondere Rechtskontrolle möglich. Weigert sich der Überlasser jedoch zur Rücknahme, hätte der Beschäftiger – nach dieser Auffassung – trotz Bestehen betrieblicher Gründe – keine Möglichkeit den AN zurückzustellen. Dass diese Rechtsfolge nicht im Sinne der Betriebsverfassung sein kann, ist nach allem was bisher zum Telos des besonderen Schutzes von Betriebsratsmandataren gesagt wurde offensichtlich. Aus diesem Grund ist auch in diesem Fall die Vornahme einer Interessenabwägung und damit die Einräumung eines Rückstellungsrechts bei Überwiegen betrieblicher Interessen beim Beschäftiger dringend angezeigt. Da sich der Fall der Rückstellung nicht von der Versetzung in einen anderen Betrieb des Beschäftigers (2) unterscheidet, ist aber auch hier die Zulässigkeit der Versetzung anzunehmen, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass die betrieblichen Gründe für die Belegschaft des Beschäftigerbetriebes schwerer wiegen als die Beschränkung des überlassenen AN. Muss der Beschäftiger zB aus betrieblichen Gründen die Zahl der überlassenen AN im Betrieb senken, so hat er somit ein etwaiges BR-Mandat bei der Auswahl der rückzustellenden, überlassenen AN zu berücksichtigen.⁵⁹⁵ Es besteht aber keine Notwendigkeit der vorrangigen Kündigung von Stamm-AN des Betriebes. Eine solche Vorgehensweise verstieße gegen § 2 Abs 3 AÜG, wonach durch den Einsatz überlassener Arbeitskräfte keine Gefährdung der Arbeitsplätze der Stammbeschäftigten des Beschäftigerbetriebes bewirkt werden darf.

Ad (4): Mangels gegenteiliger Vereinbarung im Dienstverschaffungsvertrag verbleiben dem Überlasser trotz Weisungsdelegation an den Beschäftiger noch wichtige Gestaltungsrechte im Verhältnis zum überlassenen AN, insb kann er den AN grds jederzeit aus dem Betrieb des Beschäftigers abziehen oder auch weiterversetzen.⁵⁹⁶ Denkbar ist daher, dass der Überlasser den überlassenen AN aus eigenem oder über Aufforderung des Beschäftigers innerhalb des Beschäftigerbetriebes versetzen oder diesen aus dem Beschäftigerbetrieb abziehen möchte (weiterversetzen oder rückstellen). Auch hier ist die reale Gefahr einer Kollusion des Überlasser und des Beschäftigers nicht von der Hand zu weisen. Natürlich wird der Überlasser wenig Veranlassung sehen, den Einsatz im Beschäftigerbetrieb vorzeitig zu beenden, wenn der überlassene AN dort zum Betriebsratsmitglied gewählt wurde und vom Beschäftiger nur nach den zuvor

⁵⁹⁵ So überzeugend *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 177.

⁵⁹⁶ Vgl eingehend dazu II. Teil: Grundlagen, 2. Kapitel, 2. Das Rechtsverhältnis zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Überlasser.

besprochenen Regeln zurückgestellt werden kann.⁵⁹⁷ Auf der anderen Seite hat es zB aber der Beschäftiger als Geschäftspartner des Überlassers in der Hand, an wen er Folgeaufträge erteilt. Nicht von der Hand zu weisen ist daher die Möglichkeit, dass der Beschäftiger den Überlasser mit dem Fortbestand der Geschäftsbeziehung unter Druck setzt damit dieser den betroffenen AN aus den Betrieb abzieht. Aus diesem Grund ist auch in dieser Beziehung ein Schutz des Mandatars zu gewährleisten.

In dem Fall, dass der Überlasser die Versetzung anweist, kann § 115 Abs 3 ArbVG nicht unmittelbar angewandt werden. Der Überlasser ist nicht Adressat des Beschränkungsverbot, da er nicht BI des betroffenen Betriebes ist. Eine Möglichkeit, um den Schutz des überlassenen AN sicherzustellen, wäre die analoge Anwendung der entsprechenden Bestimmung. Der Nachweis einer planwidrigen Lücke ist aber in diesem Fall nicht notwendig, da eine andere Bestimmung des ArbVG in diesem Fall ausreichenden Schutz bietet. § 37 Abs 1 ArbVG normiert ein allgemeines Benachteiligungs- und Beschränkungsverbot, das AN grds in der Ausübung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse **unabhängig** davon schützt, wem gegenüber diese Rechte zum Tragen kommen.⁵⁹⁸ Somit kommt das Beschränkungsverbot des § 37 ArbVG im Hinblick auf die Ausübung der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse des überlassenen AN unmittelbar gegenüber dem Überlasser zur Anwendung.⁵⁹⁹ Hierbei ist die Glaubhaftmachung des verpönten Motivs durch den überlassenen AN analog zu § 105 Abs 5 ArbVG ausreichend.⁶⁰⁰

Mit *Strasser*⁶⁰¹ ist davon auszugehen, dass entgegen dem Wortlaut des Gesetzes zur Erfüllung dieses Tatbestandes neben der objektiv gegebenen Einschränkung auch ein Nachweis eines subjektiven Tatbestandsmerkmals auf Seiten des Überlassers, dh der Absicht, den AN gerade an dieser Befugnisausübung zu beschränken, erforderlich ist. Wurde ein überlassener AN *wegen* seiner Mandatsausübung im Beschäftigerbetrieb

⁵⁹⁷ Allein auf diesen Aspekt abstellend *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 174f.

⁵⁹⁸ Vgl *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 37 Rz 5, 7.

⁵⁹⁹ So schon überzeugend *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 174.

⁶⁰⁰ Vgl *Resch* (in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 115 Rz 67) im Zusammenhang mit dem Benachteiligungsverbot unter Zugrundelegung der umfangreichen Judikatur zum Thema; ebenfalls *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 176f. Dieser Nachweis wird zB dann gelingen, wenn nur der überlassene Mandatar aus dem Beschäftigerbetrieb abgezogen wird, andere überlassene AN aber auf vergleichbaren Arbeitsplätzen beim selben Beschäftiger weiterhin beschäftigt werden.

⁶⁰¹ In *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 37 Rz 9. *Strasser* verweist hier auf den Zweck der Bestimmung.

versetzt oder abberufen, ist eine solche Weisung als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot jedenfalls nichtig (§ 879 ABGB).⁶⁰²

Auch im Fall des allgemeinen Beschränkungsverbot des § 37 Abs 1 ArbVG ist bei vernünftiger, die Ratio der Schutzbestimmung beachtenden Auslegung eine Interessenabwägung notwendig.⁶⁰³ Das Interesse des Überlassers an der Abberufung ist dem Interesse des AN sowie der Belegschaft des Beschäftigterbetriebes an der Beibehaltung des Arbeitsplatzes wie auch der damit verbundenen weiteren Mandatsausübung gegenüberzustellen. Dabei werden nur sehr gewichtige Interessen des Überlassers gegenüber dem Mandatsschutz überwiegen können.⁶⁰⁴ Wie bereits zum besonderen Beschränkungsverbot des § 115 Abs 3 ArbVG kurz dargestellt, ist auch im Rahmen des allgemeinen Beschränkungsverbot des § 37 Abs 1 ArbVG zu betonen, dass die Interessenabwägung im gegebenen Zusammenhang auch der besonderen Situation der Arbeitskräfteüberlassung am Besten entspricht. Eine absolute Unzulässigkeit der Versetzung/Abberufung des überlassenen AN widerspräche mE sowohl dem Zweck der Arbeitskräfteüberlassung als auch demjenigen des Beschränkungsverbotes.

Von der Frage, ob der Überlasser zulässigerweise eine Versetzung oder Rückstellung des überlassenen AN anordnen kann, ist aber die Frage zu unterscheiden, ob der Überlasser das Arbeitsverhältnis des Mandatars zulässigerweise beenden kann. Das ist bei Vorliegen eines der Gründe der §§ 121f ArbVG ohne weiteres möglich. Hier ist auf die Ausführungen zum besonderen Bestandsschutz zu verweisen.

Verstöße gegen das Beschränkungsverbot können je nach Art des Verstoßes Unterlassungs-, Beseitigungs-, Erfüllungs- und Feststellungsansprüche des überlassenen Arbeitnehmers auslösen, bei Verschulden auch Schadenersatzansprüche. Zur Sicherstellung der Möglichkeit der Mandatsausübung kommt auch die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung in Betracht, zB um ein gegen § 115 ArbVG verstoßendes Zutrittsverbot zum Beschäftigterbetrieb zu bekämpfen.⁶⁰⁵

⁶⁰² Vgl *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 37 ArbVG Rz 3.

⁶⁰³ Vgl *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 37 Rz 9 mwN.

⁶⁰⁴ So schon zutr *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 174. ZB könnte der Fall eintreten, dass der Überlasser einen AN mit den speziellen Qualifikationen des betroffenen überlassenen AN für die Erfüllung seines Dienstverschaffungsvertrages mit einem anderen Beschäftigter benötigt. Hier ist ganz klar, dass er seinen Arbeitnehmerbedarf durch eine Neueinstellung decken muss. Diese ist (zudem) für alle Beteiligten das gelindeste Mittel. Der Überlasser kann hierdurch seinen Vertrag erfüllen, der überlassene AN behält im Interesse der Beschäftigterbelegschaft sein Mandat. Hier überwiegt klar der Mandatsschutz gegenüber dem Interesse des Überlassers, frei über seine AN verfügen zu können.

⁶⁰⁵ Vgl OGH 24.02.1993, 9 ObA 14/93. Auch dann wenn das BR-Mitglied begründet vom Dienst suspendiert wurde, vgl OGH 02.09.1992, 9 ObA 155/92, ARD 4410/29/92 = *ecolex* 1992, 866 = ZAS 1993/11, 141

5. Exkurs: Entsendung in den Aufsichtsrat

Da alle Betriebsratsmitglieder, denen das aktive Wahlrecht zum BR zusteht, von den jeweils Entsendungsberechtigten für die Funktion eines Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat nominiert werden können, steht der Übernahme einer Aufsichtsratsfunktion überlassener AN gem § 110 ArbVG im Beschäftigertbetrieb nichts im Weg.⁶⁰⁶ Sie müssen aber wie alle anderen AN in dieser Funktion die entsprechenden Verschwiegenheitspflichten wahren.⁶⁰⁷ Die Funktionsperiode beginnt mit der Entsendung und endet mit dem Ende des BR-Mandats oder mit der Abberufung durch das (formal) entsendende Belegschaftsorgan.⁶⁰⁸ Die §§ 115 bis 122 ArbVG gelten (sinngemäß) auch für die Tätigkeit der BR-Mitglieder als AN-Vertreter im Aufsichtsrat, wobei § 110 Abs 3 ArbVG Sonderregelung enthält.⁶⁰⁹

6. Zusammenfassung

In diesem Kapitel konnte gezeigt werden, dass manche, aber nicht alle Bestimmungen, die dem Schutz von Betriebsratsmandatären (§§ 115 bis 122 ArbVG) dienen, direkt auf überlassene AN anwendbar sind. Überlassenen Arbeitnehmern, die im Beschäftigertbetrieb zum BR-Mitglied gewählt wurden, stehen gegenüber dem BI des Beschäftigertbetriebes Freizeit- und Freistellungsansprüche zu. Der damit korrespondierende Anspruch auf Entgeltfortzahlung steht ihnen – aufgrund der gespaltenen AG-Stellung – jedoch gegenüber dem Überlasser zu. In ihrer Position als Mandatar im Beschäftigertbetrieb trifft sie auch die betriebsverfassungsrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 115 Abs 4 ArbVG) direkt und in vollem Umfang.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass andere Bestimmungen – aufgrund der gespaltenen Arbeitgeberstellung – nur analog auf überlassene AN anwendbar sind. Dazu zählen das Benachteiligungs- und Beschränkungsverbot sowie insbesondere der besondere

(*Strasser*). Oder wenn ein Verfahren zur Zustimmung zur Kündigung oder Entlassung gegen dieses Mitglied anhängig ist, vgl OGH 24.11.1993, 9 ObA 244/93, Arb 11.127 = ARD 4531/18/94 = DRdA 1994/46, 502 (*Eypeltauer*). Das Betreten des Betriebes zur Erfüllung seiner Aufgaben muss dem BR-Mitglied somit stets möglich sein.

⁶⁰⁶ So schon zutr *B. Schwarz* in FS *W. Schwarz* 328.

⁶⁰⁷ Vgl zutr *B. Schwarz* in FS *W. Schwarz* 328. Vgl auch die gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten (§§ 84, 99 AktG, Bundesgesetz über Aktiengesellschaften [Aktiengesetz], BGBl Nr 1965/98 idF BGBl Nr 1985/24 idF BGBl Nr 2016/43).

⁶⁰⁸ Vgl *Putzer*, Mitwirkung 63; auch *Risak* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap III Rz 188.

⁶⁰⁹ Vgl *Mosler* in *ZellKomm*² § 115 Rz 5.

Bestandsschutz für Betriebsratsmitglieder. Es konnte gezeigt werden, dass eine planwidrige Lücke vorliegt. Die Notwendigkeit der Lückenschließung mittels Analogie ergibt sich dabei aus dem Telos der Bestimmungen zum Schutz des Mandatars sowie der Belegschaft als solcher. Anders als bei externen Mandataren gem § 53 Abs 4 ArbVG besteht im Fall von überlassenen AN als BR-Mitgliedern die reale Gefahr einer Kollusion von Überlasser und Beschäftiger, um betriebsverfassungsrechtliche Schutzmechanismen zu umgehen. Aus diesem Grund ist eine vorbeugende gerichtliche Rechtskontrolle auch hier geboten, wobei auch der Beschäftiger im Rahmen des besonderen Bestandsschutzes aufgrund der Flexibilität des Prozessrechts neben dem Überlasser aktiv klagslegitimiert ist. Er kann daher als unmittelbar Betroffener das Beendigungsverbot für den Überlasser gerichtlich aufheben lassen und so die Rücknahme des überlassenen AN durch den Überlasser erzwingen.

3. Kapitel: Die Betriebsratsumlage

1. Einleitung

Da die Belegschaft nur eingeschränkt rechtsfähig ist und insb nicht vermögensfähig ist, sieht das ArbVG den Betriebsratsfonds⁶¹⁰ vor. Dieser entsteht ex lege, wenn und soweit der Belegschaft Geld- oder Sachmittel zur Deckung der Kosten der Geschäftsführung des BR, zur Errichtung und Erhaltung von Wohlfahrtseinrichtungen oder zur Durchführung von Wohlfahrtsmaßnahmen für die Belegschaft und deren ehemalige Mitglieder zugewendet werden.⁶¹¹ Diese Mittel können sowohl aus Zuwendung des Betriebsinhabers, von Dritten als auch aus der Einhebung einer **Betriebsratsumlage** stammen.⁶¹²

Beschließt die die Betriebs-(gruppen-)versammlung die Einhebung einer Betriebsratsumlage (§ 73 Abs 2 ArbVG), so ist jeder AN iSd § 36 ArbVG verpflichtet, eine Abgabe an den Betriebsratsfonds zu leisten. Wie bereits festgestellt, sind überlassene AN sowohl im Überlasser- wie auch Beschäftigerbetrieb AN iSd § 36 ArbVG und sind daher grundsätzlich zur Leistung der Umlage in beiden Betrieben verpflichtet. Problematisch ist

⁶¹⁰ Der BR-Fonds ist eine mit voller Rechtspersönlichkeit ausgestattete Vermögensmasse, welche auch parteifähig ist, vlg statt vieler OGH 19.09.2002, 8 ObA 22/02x, DRdA 2003/46, 447 (*Preiss*). Details zur Umlage und zum BR-Fonds sind neben den §§ 73 bis 75 ArbVG auch in der Betriebsratsfonds-Verordnung (BRF-VO) BGBl II Nr 1974/524 idF BGBl II Nr 2012/142 geregelt.

⁶¹¹ Vgl §§ 73, 74 ArbVG; OGH 15.02.2001, 8 ObA 182/00y, SZ 74/22; zuletzt OGH 30.06.2005, 8 ObA 13/05b, ARD 5627/5/05 = RdW 2005, 709 = DRdA 2006/24, 286 (*Resch*).

⁶¹² Maßgeblich ist somit die Zweckwidmung der Zuwendung, welche zugleich auch die zulässigen Zwecke der Mittelverwendung vorgibt (§ 74 Abs 3 ArbVG).

in diesem Zusammenhang, dass § 73 Abs 1 ArbVG normiert, dass die Umlage höchstens ein halbes Prozent des Bruttoarbeitsentgelts des Arbeitnehmers betragen darf. Umstritten ist, ob nun die Belegschaften beider Betriebe von überlassenen AN eine Umlage in voller Höhe einheben dürfen. In der Literatur werden dazu unterschiedliche Meinungen vertreten, höchstgerichtliche Judikatur fehlt bislang.

In der Folge wird in einem ersten Schritt die Frage nach der Umlagepflicht überlassener AN untersucht. Fraglich ist, ob sie nur in einem oder in beiden Betrieben umlagepflichtig sind und in welcher Höhe. Hierzu wird zuerst der divergierende Meinungsstand im Schrifttum dargestellt. Anschließend erfolgt eine Analyse der einschlägigen Bestimmungen. In einem zweiten Schritt wird gefragt, ob sachliche Gründe für den Ausschluss überlassener AN von der Umlagepflicht bestehen. In einem letzten Schritt wird die Durchsetzung der Umlagepflicht näher untersucht. Am Ende des Kapitels erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

2. Ansätze und Meinungsstand im Schrifttum

2.1. Einleitung

Gemäß § 73 Abs 1 ArbVG darf die Betriebsratsumlage höchstens 0,5% des Bruttoarbeitsentgelts des Arbeitnehmers betragen. Da sowohl die Überlasser- als auch Beschäftigerbelegschaft grundsätzlich zur Einhebung einer Umlage berechtigt sind, ist im Schrifttum umstritten, ob beide Belegschaften von überlassenen AN eine Umlage in voller Höhe einheben dürfen. In der Literatur werden dazu drei divergierende Standpunkte vertreten, höchstgerichtliche Judikatur fehlt bislang.

Ein Teil des Schrifttums vertritt die Ansicht, dass nur der Betriebsratsfonds des Überlasserbetriebes zur Einhebung berechtigt ist, ein anderer Teil wiederum spricht sich für eine Deckelung der Umlage in beiden Betrieben in der Höhe von insgesamt 0,5% aus. Andere Autoren halten wiederum die Einhebung der Umlage in beiden Betrieben in voller Höhe (insgesamt 1%) für zulässig. Im Folgenden werden die unterschiedlichen Ansätze genauer dargestellt.

2.2. Einhebung nur im Überlasserbetrieb

*Felten*⁶¹³ und *Rauch*⁶¹⁴ kommen mit teilweise unterschiedlicher Begründung zum gleichen Ergebnis. Sie sind beide der Auffassung, dass allein der Überlasser-BR befugt ist eine Umlage von überlassenen AN einzuheben. *Felten*⁶¹⁵ räumt zwar ein, dass der Beschäftiger-BR zur Vertretung der Interessen der überlassenen AN berufen ist und diese AN daher auch grds zur Entrichtung einer BR-Umlage verpflichtet werden können. Beide Autoren⁶¹⁶ sind aber der Ansicht, dass die ausdrückliche Anordnung des § 73 Abs 1 ArbVG die Höhe der Umlage auf ein 0,5% des Bruttoarbeitsentgelts beschränkt, wodurch das Entgelt des AN vor übermäßigen Abzügen geschützt werden soll. Sie lehnen daher die doppelte Umlagepflicht ab, da diese im Ergebnis diese gesetzliche Höchstgrenze verletzen würde.

Nach *Rauch*⁶¹⁷ sei zudem die doppelte Umlagepflicht auch aus praktischen Gründen nicht notwendig, denn dem Überlasser-BR stünde es frei zu beschließen an den jeweiligen Beschäftiger-BR eine Vergütung zu entrichten, zudem könne der AN freiwillig Zahlungen an den BR-Fonds des Beschäftigers leisten.

*Felten*⁶¹⁸ argumentiert wiederum, dass es im Kern um die Auflösung einer Kollision von Beschlüssen geht. Er vergleicht diese Situation mit der Kollision zweier KollV aufgrund freiwilliger Mitgliedschaft zu zwei unterschiedlichen, kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigungen mit überschneidenden Wirkungsbereich. In einem solchen Fall komme jener KollV zur Anwendung, zu dem die größere „Mitgliedschaftsnähe“ beim KollV-Abschluss besteht. Nach *Felten* lässt sich dieser Gedanke auch hier fruchtbar machen. Es sei daher nur jene Umlage abzuführen, deren Umlagebeschluss der überlassene AN zuerst unterlegen ist, was typischerweise der Umlagebeschluss der Überlasserbelegschaft ist.

Für diese Ansicht spreche zusätzlich, dass der überlassene AN der Überlasserbelegschaft dauerhaft angehört, der des Beschäftigerbetriebes hingegen idR nur

⁶¹³ In *Tomandl*, ArbVG § 73 Rz 8.

⁶¹⁴ *Ecolex* 2008, 158.

⁶¹⁵ In *Tomandl*, ArbVG § 73 Rz 8.

⁶¹⁶ Vgl *Felten* in *Tomandl*, ArbVG § 73 Rz 8. Um seinen Standpunkt zu untermauern, listet *Rauch* (*ecolex* 2008, 159) beispielhaft andere zwingende Regelungen auf (ua § 4 Abs 2 AVRAG [Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, BGBl Nr 1993/459 idF BGBl I Nr 2016/44], § 10 AÜG, § 26 Z 2 AngG [Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten, BGBl Nr 1921/292 idF BGBl I Nr 2015/152]) mit denen der Gesetzgeber die Absicht verfolgt, das Arbeitsentgelt vor übermäßigen Abzügen zu schützen.

⁶¹⁷ *Ecolex* 2008, 159.

⁶¹⁸ In *Tomandl*, ArbVG § 73 Rz 9.

vorübergehend. Anderes mag nach *Felten* allenfalls bei langjährigen, sog „*atypischen*“ Überlassungen gelten. Zudem vertritt der Beschäftiger-BR nicht die Interessen der überlassenen AN im Speziellen, sondern aller AN im Betrieb, wobei die Stamm-AN regelmäßig in der Mehrheit und jedenfalls umlagepflichtig sind. Für *Felten* ließe sich nur schwer argumentieren, dass dem BR im Bezug auf die überlassenen AN Mehrkosten entstehen würden, die durch die eingehobene Umlage nicht gedeckt werden könnten. Es spreche daher nichts dagegen, dass überlassene AN, obwohl sie keine Umlage leisten, dennoch von Rechtshandlungen des Beschäftiger-BR, zB BVen erfasst sind. Im Gegensatz dazu könnte der Überlasser-BR seine Interessenvertretung tatsächlich nur schwer wahrnehmen, wenn alle Arbeitnehmer, die bei Beschäftigern zum Einsatz kommen, nicht mehr an den BR-Fonds der Überlasserbelegschaft leisten müssten. Nach *Felten*⁶¹⁹ hat daher, sobald im Überlasserbetrieb ein entsprechender Umlagebeschluss besteht, dieser gegenüber einem konkurrierenden Beschluss im Beschäftigertbetrieb Vorrang.

2.3. Deckelung der Betriebsratsumlage für beide Betriebe mit gesamt 0,5%

Auch *Löschnigg*⁶²⁰, *B. Schwarz*⁶²¹ und *Tomandl*⁶²² vertreten die Ansicht, dass eine Belastung von überlassenen AN über die in § 73 Abs 1 ArbVG vorgesehenen 0,5% des Bruttoarbeitsentgelts unzulässig ist. Sie folgern daraus, dass die Umlage in beiden Betrieben gemeinsam nicht mehr als 0,5% des Bruttoarbeitsentgelts des überlassenen AN betragen darf. Nach *B. Schwarz*⁶²³ ist der Beschäftiger-BR, wenn er beschließt von überlassenen AN eine Umlage einzuheben, verpflichtet eine allfällige Umlagepflicht im Überlasserbetrieb zu berücksichtigen. Falls erforderlich soll die Umlage zwischen den beiden Fonds entsprechend aufgeteilt werden. Wie die Aufteilung konkret zu erfolgen hat, lässt *B. Schwarz* jedoch offen. Hier liefert *Tomandl*⁶²⁴ einen konkreteren Lösungsansatz: Für ihn entspricht es eher der Intention des ArbVG zunächst nur die im Überlasserbetrieb geltende Umlage zu berücksichtigen. Besteht aber im Beschäftigertbetrieb eine Umlagebeschluss für überlassene AN dann ist dieser nur insofern wirksam, als dieser in

⁶¹⁹ In *Tomandl*, ArbVG § 73 Rz 10.

⁶²⁰ Arbeitsrecht¹² Rz 9/049.

⁶²¹ In *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 318.

⁶²² Arbeitskräfteüberlassung² 123f; *Ders*, ZAS 2011/41, 251. Eine diese Grenze übersteigende Belastung wäre daher rechtswidrig und damit nichtig.

⁶²³ In *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 318.

⁶²⁴ ZAS 2011/41, 251; *Ders*, Arbeitskräfteüberlassung² 123f.

Summe mit der Umlage des Überlasserbetriebs die 0,5%-Grenze nicht überschreitet. Im Falle des Überschreitens spricht sich *Tomanđl* für eine anteilige Kürzung der Umlagen in beiden Betrieben aus.

2.4. Einhebung in beiden Betrieben in voller Höhe

Nach *Anzenberger*⁶²⁵, *Neumayr*⁶²⁶, *Priewasser*⁶²⁷ und *Radner/Preiss*⁶²⁸ ist die Einhebung sowohl durch BR des Überlasser- sowie Beschäftigertetriebs jeweils in voller Höhe (0,5%) möglich. Wurde also in beiden Betrieben eine Umlage im Höchstausmaß beschlossen, trifft den überlassenen AN eine Umlagepflicht von insgesamt 1%. Die Begrenzung von 0,5% bezieht sich ausschließlich auf die jeweilige Belegschaft, die zur Einhebung der Umlage berechtigt ist, da das ArbVG von einer „geschlossenen Betriebspartnerschaft“ – und damit von einer „geschlossenen Belegschaft“ – ausgeht.⁶²⁹ Wie hoch aber nun die Umlagepflicht konkret ist, hängt allein von der demokratischen Willensbildung in den beiden Belegschaften ab, in die sich jedes Belegschaftsmitglied einbringen kann. Eine Umlagepflicht von insgesamt 1% des Bruttoarbeitsentgelts lässt sich daher aus Sicht aller Autoren durch entsprechende Beschlüsse im Beschäftigert- und/oder Überlassertetrieb verhindern. *Priewasser*⁶³⁰ schlägt zudem vor in einer BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG zu regeln, dass der Beschäftigert die BR-Umlage für überlassene AN oder die Kosten der Teilnahme an Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen übernimmt.

3. Stellungnahme zur Umlagepflicht überlassener AN

3.1. Einleitung

Da – wie gezeigt werden konnte – die Meinungen im Schrifttum stark divergieren, sind nun in der Folge die Bestimmungen des ArbVG zur Betriebsratsumlagepflicht eingehend zu untersuchen. In einem ersten Schritt wird die Qualität der Grenze des § 73 Abs 1 S 2 ArbVG („höchstens ein halbes Prozent des Bruttoarbeitsentgelts“) beleuchtet. Danach ist

⁶²⁵ ASoK 2001, 390; idS wohl auch *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 106f, der die Umlagepflicht grds bejaht, aber keine Aussage über die maximale Höhe trifft; idS auch *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 155.

⁶²⁶ In *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 73 Rz 17.

⁶²⁷ Der Betriebsratsfonds, 5. Auflage (2007) 62.

⁶²⁸ In ArbVR II⁵ § 73 Rz 8.

⁶²⁹ Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 390.

⁶³⁰ Betriebsratsfonds 63.

auf die Frage einzugehen, ob eine Umlagepflicht überlassener Arbeitnehmer in beiden Betrieben besteht. Abschließend wird untersucht, ob *freiwillige* Kostenbeiträge eine Alternative zu einer (echten) Umlagepflicht in einem der beiden Betriebe darstellen können.

3.2. Qualität der Grenze des § 73 Abs 1 S 2 ArbVG

Bei der BR-Umlage handelt es sich um einen Solidaritätsbeitrag der Belegschaft.⁶³¹ Grundsätzlich gilt, dass ein Beschluss, der die Einhebung einer Umlage von mehr als 0,5% des Bruttoentgelts vorsieht insoweit nichtig ist als, dass der gesetzliche Prozentsatz überschritten wird.⁶³² Alle Autoren⁶³³ stimmen darin überein, dass es sich bei den 0,5% um eine **Höchstgrenze** handelt. Im Hinblick auf die Frage, worauf sich diese Höchstgrenze konkret bezieht gehen die Meinungen jedoch auseinander.

Ein Teil des Schrifttums⁶³⁴ ist der Ansicht, dass es sich bei der Begrenzung der Umlagehöhe um eine absolute Höchstgrenze für das jeweilige Bruttoarbeitsentgelt (somit das individuelle Arbeitsverhältnis) des jeweiligen AN handelt. Der Zweck der Höchstgrenze bestünde darin, eine unzumutbare Belastung des verfügbaren Einkommens der Belegschaftsmitglieder zu vermeiden. Die Grenze bezwecke damit in erster Linie den **Entgeltsschutz** des Arbeitnehmers.

Der andere Teil des Schrifttums bezieht die Höchstgrenze hingegen auf den jeweiligen **Betrieb**.⁶³⁵ Die Grenze von 0,5% beziehe sich ausschließlich auf die jeweilige Belegschaft, die zur Einhebung der Umlage berechtigt ist, da das ArbVG von einer „geschlossenen Betriebspartnerschaft“ – und damit einer „geschlossenen Belegschaft“ –

⁶³¹ Vgl Radner/Preiss in ArbVR II⁵ § 73 Rz 1.

⁶³² Vgl Priewasser, Betriebsratsfonds 52.

⁶³³ Vgl Anzenberger, ASoK 2001, 390; Felten in Tomandl, ArbVG § 73 Rz 8; Kietaihl, Arbeitsrecht I 106f; Klein in Brodil, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG 155; Löschnigg, Arbeitsrecht¹² Rz 9/049; Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 73 Rz 17; Priewasser, Betriebsratsfonds 62; Radner/Preiss in ArbVR II⁵ § 73 Rz 8; Rauch, ecolex 2008, 159; B. Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² 318; Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung² 123f; Ders, ZAS 2011/41, 251.

⁶³⁴ Vgl Felten in Tomandl, ArbVG § 73 Rz 8; Klein in Brodil, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); Löschnigg, Arbeitsrecht¹² Rz 9/049; Rauch, ecolex 2008, 159; B. Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² 318; Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung² 123f; Ders, ZAS 2011/41, 251.

⁶³⁵ Vgl Anzenberger, ASoK 2001, 390; idS wohl auch Kietaihl (Arbeitsrecht I 106f) der die Umlagepflicht grds bejaht, aber keine Aussage über die maximale Höhe trifft; idS auch Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG 155; Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 73 Rz 17; Priewasser, Betriebsratsfonds 62; Radner/Preiss in ArbVR II⁵ § 73 Rz 8.

ausgeht.⁶³⁶ Nach Vertretern dieser Ansicht kann jede Belegschaft von ihren Mitgliedern maximal 0,5% des Bruttoarbeitsentgelts als Umlage fordern.

Ein Blick in die Materialien⁶³⁷, um den Willen des (historischen) Gesetzgebers zu ergründen, ist im vorliegenden Fall nicht zielführend, da sich keine Erläuterungen zur Umlagepflicht überlassener Arbeitnehmer finden. Allein die nicht umgesetzte RegV⁶³⁸ sah in ihrem **§ 39a Abs 2 Z 1** ausdrücklich einen Anspruch des Beschäftigterbetriebsrates gegenüber dem Überlasser auf Einbehaltung und Abfuhr der Betriebsratsumlage überlassener AN im Beschäftigterbetrieb vor. Hinsichtlich der Höhe der Umlage wurden aber auch hier keine Vorgaben getroffen. Das könnte für die Möglichkeit der Einhebung in voller Höhe sprechen⁶³⁹, würde aber gleichzeitig auch die gegenteilige Auffassung nicht ausschließen. Auch hier fehlen aber Hinweise in den Erläuterungen. Weitere Spekulationen sind aber an dieser Stelle ohnehin nicht zielführend, wurde diese Regelung doch letztlich nicht Gesetz. Aus den Materialien lässt sich somit für die Beantwortung der vorliegenden Problemstellung nichts gewinnen.

Lohnender erscheint hier schon sich dem Wortlaut des § 73 ArbVG zuzuwenden, bietet dieser dem Rechtsanwender doch schon mehr Anhaltspunkte. § 73 Abs 1 S 1 ArbVG sieht **keine Einschränkungen** im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich der Betriebsratsumlagenpflicht vor. Umlagepflichtig sind danach **alle Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG** eines Betriebes.⁶⁴⁰ Da überlassene AN – wie bereits festgestellt wurde – ab dem ersten Tag ihrer Tätigkeit AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigterbetrieb sind, unterliegen sie dort daher auch grundsätzlich der Umlagepflicht. Auf der anderen Seite bleiben überlassene Arbeitnehmer auch AN iSd § 36 ArbVG im Überlasserbetrieb und sind

⁶³⁶ So *Anzenberger*, ASoK 2001, 390.

⁶³⁷ Vgl ErläutRV 450 BlgNR 17. GP.

⁶³⁸ Nicht umgesetzte RegV 1046 BlgNR 16. GP.

⁶³⁹ Vorstellbar ist, dass der Gesetzgeber damit implizit die Umlagepflicht in beiden Betrieben bejahen wollte, aber auch, dass nur der Belegschaft des Beschäftigterbetriebs ein Umlagerecht zugebilligt werden sollte, da der überlassene AN dort faktisch beschäftigt ist. Es ist auch denkbar, dass der Gesetzgeber dem Beschäftigter-BR auch nur einen durchsetzbaren Anspruch gegenüber dem Beschäftigter einräumen bzw einen solchen gesetzlich klarstellen wollte. Interessant ist zudem, dass diese Regelung schlussendlich nicht umgesetzt wurde. Das könnte zB dafür sprechen, dass der Gesetzgeber keine gesonderte Umlagepflicht im Beschäftigterbetrieb vorsehen wollte oder aber, dass eine solche Bestimmung lediglich der Klarstellung gedient hätte, da der Betriebsratsfonds des Beschäftigterbetriebes aufgrund der bestehenden Regelungen ohnehin einen Anspruch gegenüber dem Überlasser auf Einbehaltung und Abfuhr der Umlage hat (mehr dazu im fünften Unterkapitel „*Anspruchsdurchsetzung*“).

⁶⁴⁰ Vgl OGH 26.03.1997, 9 ObA 88/97z, DRdA 1998/16, 183 (*Hoyer*) = DRdA 1997, 405 = *ecolex* 1997, 796 = *infas* 1997, A 87 = *wbl* 1997, 389 = *ZASB* 1997, 33.

auch dort aus diesem Grund grundsätzlich umlagepflichtig. Eine Umlagepflicht in beiden Betrieben in voller Höhe ist danach theoretisch möglich.

Eine Begrenzung der Umlagepflicht erfolgt erst im zweiten Satz des § 73 Abs 1 ArbVG. Danach darf die Umlage „*höchstens ein halbes Prozent des Bruttoarbeitsentgelts*“ betragen. Diese Formulierung liefert mE den ersten Anhaltspunkt dafür, dass sich die Beschränkung von 0,5% nicht auf die Höhe der „*jeweiligen*“ Umlage im Betrieb, sondern auf ein **(einheitliches) Bruttoarbeitsentgelt** im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses bezieht und somit dem Entgeltschutz des Arbeitnehmers dient.

Systematisch spricht auch die Konzeption der **Zentralbetriebsratsumlage** dafür, dass es sich bei den 0,5% um eine (absolute) Höchstgrenze für das individuelle Arbeitsverhältnis handelt. Die ZBR-Umlage darf gem § 85 Abs 1 ArbVG maximal 10% der BR-Umlage (somit 0,05% des Bruttoarbeitsentgelts) betragen. Da sie von der BR-Umlage abzuziehen ist, stellt sie **keinen zusätzlichen Belastungsfaktor** für das (einheitliche) Bruttoarbeitsentgelt des Arbeitnehmers dar.⁶⁴¹

Auch ein Blick auf ein praktisches Anwendungsbeispiel für eine doppelte Umlagepflicht außerhalb der Sonderkonstellation der Arbeitskräfteüberlassung ergibt hier kein anderes Bild. Stellen wir uns vor, ein Arbeitnehmer ist in zwei Betrieben zweier unterschiedlicher Betriebsinhaber aufgrund zwei verschiedener Arbeitsverträge auf Teilzeitbasis (20h/Woche) beschäftigt. In beiden Betrieben wurde eine Betriebsratsumlage in voller Höhe von der Betriebsversammlung beschlossen. Da § 73 ArbVG keine Einschränkungen im Hinblick auf den Anwendungsbereich enthält, ist der AN in beiden Betrieben aufgrund seiner AN-Eigenschaft gem § 36 ArbVG voll umlagepflichtig. Anders als bei überlassenen Arbeitnehmern ergibt sich für ihn jedoch *keine* Belastung von insgesamt 1% seines Bruttoarbeitsentgelts, da von jeder Belegschaft das Bruttoarbeitsentgelt des jeweiligen Arbeitsverhältnisses (je 20h/Woche) der Berechnung zugrundegelegt wird. Zudem erhält der AN – anders als überlassene AN (dazu gleich noch mehr) – dafür in jedem Betrieb die „*volle Gegenleistung*“ aus der Betriebsratsumlage.⁶⁴² Diese Situation ist folglich nicht mit jener überlassener AN vergleichbar. Die Bemessungsgrundlage der Umlagepflicht eines überlassenen AN wäre sowohl im Überlasser- wie auch im Beschäftigetrieb ein und dasselbe **Bruttoarbeitsentgelt**, das

⁶⁴¹ Vgl *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 9/049 und 10/370. In land- und forstwirtschaftlichen Betrieben des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände und der Gemeinden darf die ZBR-Umlage höchstens 30% der BR-Umlage betragen, vgl § 134a Abs 3 ArbVG.

⁶⁴² Nach § 73 Abs 1 ArbVG sind das die Vertretung durch den Betriebsrat und die Teilnahmemöglichkeit an belegschaftseigenen Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen.

ihm sein Arbeitgeber (der Überlasser) aus dem einheitlichen Arbeitsverhältnis schuldet. Das würde für den überlassenen AN – anders als für den AN in unserem Beispiel – zu einer Gesamtbelastung von 1% seines (einheitlichen) Bruttoarbeitsentgelts führen.⁶⁴³

Zum selben unbefriedigenden Ergebnis kommt man, wenn man den Fall eines (regulären) Arbeitnehmers betrachtet, der im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsvertrags in einem **mehrgliedrigen Unternehmen** beschäftigt ist. Wird dieser AN innerhalb seines Arbeitsverhältnisses von seinem AG in mehreren Betrieben regelmäßig beschäftigt, so würde er als AN iSd § 36 ArbVG in mehreren Betrieben seines AG auch den Umlagebeschlüssen mehrerer Belegschaften unterliegen. Es wäre daher denkbar, dass er bei regelmäßiger Beschäftigung in zB drei Betrieben seines Arbeitgebers einer Umlagepflicht von (maximal) 1,5% seines (einheitlichen) Bruttoarbeitsentgelts unterliegen würde. Auch wenn man auf der Betriebsebene noch argumentieren könnte, dass der AN in jedem Betrieb vom jeweiligen Betriebsrat (theoretisch) im vollen Umfang vertreten wird und (ebenso theoretisch) alle der dortigen belegschaftseigenen Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen in Anspruch nehmen kann, tritt schon in einem nächsten Schritt die Diskrepanz zwischen Beitrag und Leistung deutlich(er) zu Tage.

Bestünde in diesem Unternehmen ein Zentralbetriebsrat, so könnte dieser gem § 85 Abs 1 ArbVG von der Umlage der Arbeitnehmer in jedem Betrieb 10% einbehalten. Dem ZBR stünden somit in unserem Fallbeispiel insgesamt 30% von 1,5% des (einheitlichen) Bruttoarbeitsentgelts des Arbeitnehmers zu. Dieser dreifachen Belastung stünde aber – spätestens auf Ebene des Zentralbetriebsrates – kein dreifacher Vertretungsaufwand für ein und denselben AN gegenüber. Spätestens an diesem Punkt zeigt sich somit aus meiner Sicht klar, dass die Grenze des § 73 Abs 1 ArbVG einen **absoluten Entgeltschutz für das jeweilige Arbeitsverhältnis** darstellt. Das muss – um Wertungswidersprüche hintan zu halten – sowohl für Stamm-AN, die in mehreren Betrieben ihres Arbeitgebers faktisch tätig sind, als auch für überlassene AN gelten.

3.3. Besteht eine Umlagepflicht in beiden Betrieben?

Bislang konnte festgestellt werden, dass es sich bei der Grenze des § 73 Abs 1 ArbVG um eine **absoluten Höchstgrenze für das individuelle Arbeitsverhältnis** handelt. Es können

⁶⁴³ Auch *Löschnigg* (Arbeitsrecht¹² Rz 9/049) zeigt die Relevanz dieser Höchstgrenze als Entgeltschutz anschaulich anhand des Falles der Eingliederungen in mehrere Beschäftigerbetriebe auf: Wäre eine überlassene Reinigungskraft langfristig bei vier Beschäftigern tätig, hätte sie uU BR-Umlagen iHv insgesamt 2% des Bruttoarbeitsentgelts zu bezahlen.

daher vom (einheitlichen) Bruttoarbeitsentgelt überlassener Arbeitnehmer insgesamt maximal 0,5% eingehoben werden. In einem nächsten Schritt ist zu klären, ob diese 0,5% dem Überlasserbetriebsratsfonds, dem Beschäftigterbetriebsratsfonds oder beiden zustehen.

Gegen ein alleiniges Umlagerecht der Überlasserbelegschaft spricht schon der Umstand, dass § 73 ArbVG – wie bereits dargestellt – **keine Einschränkung** im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich der Betriebsratumlagepflicht normiert. Umlagepflichtig sind danach **alle Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG** eines Betriebes.⁶⁴⁴ Überlassene AN können daher grds der Umlagepflicht im Beschäftigter- wie auch im Überlasserbetrieb unterliegen.

Nach der hA⁶⁴⁵ teilen sich Überlasser- und Beschäftigter-BR im Hinblick auf überlassene AN die Zuständigkeiten. Je nachdem, ob es sich um eine arbeitsvertragliche Angelegenheit handelt oder die tatsächliche Beschäftigung im Betrieb betroffen ist, ist jeweils nur der Überlasser- oder Beschäftigter-BR zur Vertretung des überlassenen Arbeitnehmers berufen. Aus Sicht der überlassenen AN erhalten sie daher von keinem Betriebsrat die gesamte „Gegenleistung“ aus der BR-Umlage. Jeder BR ist in seinen Mitwirkungsmöglichkeiten durch die Befugnisse und Pflichten des jeweils anderen eingeschränkt. Man könnte nun daraus folgern, dass für eine geteilte Leistung auch nur eine geteilte Umlage gebührt. Die Umlagepflicht könnte zB pro Betrieb auf die **Hälfte reduziert** werden (je maximal 0,25% statt 0,5%).

Eine solche Lösung wäre zwar praktikabel, entbehrt aber einer tragfähigen dogmatischen Grundlage. Nach der hA⁶⁴⁶ differenziert die Betriebsverfassung nämlich im Hinblick auf die Umlagepflicht nicht danach, ob der umlagepflichtige AN die durch die Umlage finanzierten **Leistungen** (insb belegschaftseigene WEM) auch **in Anspruch nehmen** kann. So sind zB auch Außendienstmitarbeiter, die ständig im Ausland sind (bzw auch Staatsbürger dieser fremden Staaten sind) an den Umlagebeschluss gebunden, sofern sie etwa durch regelmäßige Weisungen in den Betrieb in persönlicher Abhängigkeit vom BI gem § 36 ArbVG eingegliedert sind.

Darüber hinaus spricht gegen diese Lösung, dass in der Praxis ein wesentlicher Teil der Vertretungsaufgaben vom Überlasser-BR übernommen wird (dazu sogleich noch

⁶⁴⁴ Vgl OGH 26.03.1997, 9 ObA 88/97z, DRdA 1998/16, 183 (*Hoyer*) = DRdA 1997, 405 = *ecolex* 1997, 796 = *infas* 1997, A 87 = *wbl* 1997, 389 = *ZASB* 1997, 33.

⁶⁴⁵ Vgl statt vieler *Friedrich*, ASoK 2007, 216 mwN.

⁶⁴⁶ Vgl *Kallab* in *ZellKomm*² § 42 ArbVG Rz 15; *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 73 Rz 3; *Radner/Preiss* in *ArbVR II*⁵ § 73 Rz 8, 19.

mehr).⁶⁴⁷ Zudem würde diese Lösung auch potentiell zu **Finanzierungsproblemen** im Überlasserbetrieb führen, da dieser nie mehr als 0,25% BR-Umlage von seinen Arbeitnehmern generieren, der Beschäftigterbetriebsratsfonds hingegen von seinen Stamm-AN jedoch theoretisch immer noch die vollen 0,5% des Bruttoarbeitsentgelts einheben könnte.

Zudem wurde bereits festgestellt, dass es sich bei der BR-Umlage um einen **Solidaritätsbeitrag** der Belegschaft handelt. Spätestens seit Erlass der Leiharbeits-RL und ihrer Umsetzung in nationales Recht ist klar, dass nach dem gesetzgeberischen Willen überlassene AN möglichst weitgehend mit Stamm-AN gleichbehandelt werden sollen. Dieser Gedanke ist auch hier zu beachten und gebietet es nach mE sowohl im Überlasser- wie auch auch im Beschäftigterbetrieb eine Umlagepflicht überlassener AN anzuerkennen.

Überlassene AN werden als AN iSd § 36 ArbVG sowohl vom Überlasser- wie auch vom Beschäftigter-BR als Teil der jeweiligen Belegschaft kollektiv vertreten und können auch grds von beiden Belegschaften durch die Umlage finanzierte Leistungen in Form von Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen in Anspruch nehmen. Aus diesem Grund scheint es mir gerechtfertigt, dass auch überlassene AN als Belegschaftsmitglieder beider Betriebe einen Solidaritätsbeitrag leisten müssen.

Hinzu kommt, dass wären überlassene AN – wie von einem Teil des Schrifttums vertreten⁶⁴⁸ – nur im Überlasserbetrieb umlagepflichtig, aus meiner Sicht ein Ausschluss von überlassenen AN von der Teilnahme an belegschaftseigenen Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen (zB Betriebsausflügen, -feiern, sozialen Hilfsaktionen oä) im Beschäftigterbetrieb wohl sachlich zu rechtfertigen wäre.⁶⁴⁹ Ein solcher Ausschluss wäre aber höchst **integrationsfeindlich** und läuft damit wiederum dem klaren Ziel der Leiharbeits-RL wie auch dem AÜG entgegen, welche beide eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung überlassener AN mit Stamm-AN bezwecken.

Auf der anderen Seite wäre es im Ergebnis aber ebenso integrationsfeindlich, würde man einen sachlich nicht ausschließbaren Anspruch überlassener AN auf die durch die

⁶⁴⁷ Vgl dazu *Schüren/Wank*, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 11. Das liegt wohl daran, dass der Überlasser-BR die überlassenen AN alleinig in arbeitsvertraglichen Angelegenheiten vertritt. Hinzu kommt, dass er auch für Angelegenheiten zuständig ist, die die tatsächliche Beschäftigung im Überlasserbetrieb betrifft (zB in überlassungsfreien Zeiten) und idR somit in Summe ein weiteres Aufgabenfeld als der Beschäftigter-BR zu erfüllen hat.

⁶⁴⁸ Vgl *Felten* in *Tomandl*, ArbVG § 73 Rz 8; *Rauch*, *ecolex* 2008, 159.

⁶⁴⁹ In diese Richtung argumentiert auch *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 319.

Umlage finanzierten Leistungen im Beschäftigertbetrieb ohne korrespondierende Umlagepflicht bejahen. Dies ginge zulasten der Stamm-AN, die ihren Beitrag leisten und würde sich gleichfalls negativ auf die Integration der überlassenen AN und die Solidarität innerhalb der Beschäftigertbelegschaft auswirken. Zudem ist es auch eine praktische Frage, welche Anreize es für die Arbeitnehmervertretung im Beschäftigertbetrieb gibt, sich für überlassene AN einzusetzen, die – wie bereits dargestellt – immer noch in einem Konkurrenzverhältnis⁶⁵⁰ zur übrigen Belegschaft gesehen werden, wenn diese keinen Solidaritätsbeitrag leisten. Darüber hinaus entstünde – wie *Anzenberger*⁶⁵¹ zutreffend aufzeigt – auch eine schiefe Optik wenn zB ein überlassener AN zum BR-Mitglied gewählt wird, aber keinen Beitrag zu den selbst verursachten Geschäftsführungskosten erbringt.

Nach Würdigung aller Umstände besteht mE somit die sachgerechteste Lösung darin, eine **Umlagepflicht in beiden Betrieben** mit insgesamt 0,5% des Bruttoarbeitsentgelts des überlassenen Arbeitnehmers zu bejahen. Dem **Überlassertbetrieb** ist aber **ein Vorrang** bei der Einhebung der Betriebsratsumlage einzuräumen.⁶⁵² Dieser Vorrang spiegelt aus meiner Sicht den Stellenwert des Überlassertbetriebsrates bei der Vertretung überlassener AN adäquat wider. Zum einen gehören die überlassenen AN dem Überlassertbetrieb **dauerhaft** an. Beim Beschäftigert sind sie nach der Intention des Gesetzgebers jedoch (theoretisch) nur „*vorübergehend*“ beschäftigt.⁶⁵³ Hinzu kommt, dass sich die beteiligten Betriebsräte nach der hA⁶⁵⁴ die betriebsverfassungsrechtlichen Kompetenzen für überlassene AN teilen, je nachdem, ob es sich um eine arbeitsvertragliche Angelegenheiten (Überlassert-BR) handelt oder die tatsächliche Beschäftigung (Beschäftigert-BR) betroffen ist. Jeder BR ist in seinen Mitwirkungsmöglichkeiten eingeschränkt, wobei der Überlassertbetriebsrat im Gegensatz zum BR des Beschäftigertbetriebes in der Praxis einen wesentlich **größeren Teil der Vertretungsaufgaben** übernimmt.⁶⁵⁵ Das liegt daran, dass der Überlassert-BR die überlassenen AN alleinig in arbeitsvertraglichen Angelegenheiten vertritt. Darüber hinaus ist er aber auch für Angelegenheiten zuständig, die die tatsächliche Beschäftigung im Überlassertbetrieb betreffen (zB in überlassungsfreien Zeiten) und idR somit in Summe ein

⁶⁵⁰ Vgl dazu zB *Radner/Preiss* in ArbVR II⁵ § 73 Rz 8.

⁶⁵¹ ASoK 2001, 390f.

⁶⁵² So schon zutr *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 318; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 123f; *Ders*, ZAS 2011/41, 251.

⁶⁵³ Vgl dazu die Ausführungen im vierten Kapitel des zweiten Teils der vorliegenden Arbeit.

⁶⁵⁴ Vgl statt vieler *Friedrich*, ASoK 2007, 216 mwN.

⁶⁵⁵ Vgl dazu *Schüren/Wank*, RdA 2011, 11.

größeres, arbeitsintensiveres Aufgabenfeld als der Beschäftiger-BR hat. Als weiteres, aber eher schwaches Indiz für das primäre Umlagerecht des Überlasserbetriebes kann zudem ins Treffen geführt werden, dass § 73 Abs 3 ArbVG vom „Arbeitgeber“ als **Entgeltschuldner** spricht und damit eine bestimmte Nähe zum Überlasserbetrieb nahelegt. Im Dreiecksverhältnis der Arbeitskräfteüberlassung ist der Überlasser der vorrangige Entgeltschuldner. Der Beschäftiger hat hingegen nur die Position eines Bürgen (§ 14 AÜG) inne. Schlussendlich werden durch diese Lösung die zuvor thematisierten Finanzierungsprobleme des Überlasserbetriebsratsfonds am Besten⁶⁵⁶ adressiert.

Zusammengefasst stellt diese Vorgehensweise aus meiner Sicht daher eine der Intention der Betriebsverfassung entsprechende und die verschiedenen Interessen ausgleichende, pragmatische wie auch sachliche Lösung dar. Die konkret zu leistende Umlage bestimmt sich hierbei wie folgt: Zuerst ist nur die im Überlasserbetrieb geltende Umlage zu berücksichtigen. Besteht im Beschäftigerbetrieb auch ein Umlagebeschluss, der überlassene AN erfasst, dann ist dieser nur insoweit wirksam, als dieser in Summe mit der Umlage des Überlasserbetriebs die 0,5%-Grenze nicht übersteigt. Im Falle des Überschreitens werden die Umlagen in beiden Betrieben anteilig gekürzt.⁶⁵⁷

*Felten*⁶⁵⁸ bringt gegen diese Lösung vor, dass die konkrete Durchführung einer solch „komplexen anteiligen Kürzung“ in der Praxis kaum realisierbar wäre. Da es sich bei der anteiligen Kürzung um eine einfache Schlussrechnung handelt, sind nach mE keine ernsthaften Anwendungsschwierigkeiten in der Praxis zu erwarten.⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ Klar ist, dass die volle Umlagepflicht generell die beste Lösung aus Sicht des Überlasserbetriebes darstellt. Im Rahmen einer ausgewogenen Lösung müssen aber auch die Interessen der überlassenen AN im Hinblick auf den Schutz ihres Entgelts sowie des Beschäftigerbetriebes auf Erhalt eines Solidaritätsbeitrags berücksichtigt werden. Nach *B. Schwarz* (in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 319) soll die Deckelung Auswirkungen auf das Recht der überlassenen AN auf Teilnahme an den Wohlfahrtseinrichtungen des Beschäftiger-BR haben. Wird keine Umlage eingehoben, so sollen die betroffenen AN auch von der Teilnahme an Betriebsausflügen und ähnlichen Veranstaltungen ausgenommen werden, die vom Betriebsratsfond bezahlt werden. Wie bereits gezeigt werden konnte, leisten überlassene AN ihren anteiligen Solidaritätsbeitrag im Beschäftigerbetrieb, sollte dort die Einhebung einer BR-Umlage beschlossen worden sein. Zudem wäre für *B. Schwarz* bei einer geringeren als der im Beschäftigerbetrieb beschlossenen Umlage, ein (höherer) Kostenbeitrag denkbar. Die Antwort auf die Frage auf welcher Rechtsgrundlage dieser Kostenbeitrag von den überlassenen AN eingehoben werden soll, bleibt *B. Schwarz* hingegen schuldig. Freiwillige Zahlungen – ob nun vom Überlasser-BR, vom überlassenen AN oder auch vom Beschäftiger – sind jederzeit möglich, ein Rechtsanspruch darauf besteht jedoch nicht.

⁶⁵⁷ So bereits überzeugend die Lösung von *Tomandl*, ZAS 2011/41, 251; *Ders*, Arbeitskräfteüberlassung² 123f.

⁶⁵⁸ Vgl *Felten* in *Tomandl*, ArbVG § 73 Rz 9.

⁶⁵⁹ Beispiel: Im Überlasserbetrieb besteht ein Umlagebeschluss in Höhe von 0,5%. Im Beschäftigerbetrieb besteht ein Beschluss in Höhe von 0,3%. Beide Beschlüsse gemeinsam würden eine Belastung von 0,8% des Bruttoarbeitsentgelts des überlassenen AN ergeben. Der Umlagebeschluss des Überlasserbetriebes beträgt dabei anteilig 62,5% der Gesamtbelastung von 0,8% (0,5/0,8), der des Beschäftigerbetriebes 37,5% (0,3/0,8). Nun sind diese beiden Prozentwerte für den Grundwert von maximal 0,5% zu errechnen. Für den

3.4. Freiwillige Kostenbeiträge als Alternative zur Umlagepflicht?

Als Lösung des Problems der fehlenden Beitragsleistung im Beschäftigertbetrieb wird von manchen Autoren vorgeschlagen, dass der Überlasserbetriebsratsfonds zB **freiwillig Kostenbeiträge** an den BR-Fonds des Beschäftigerters für die überlassenen AN für die Teilnahme an einzelnen Wohlfahrtsmaßnahmen und anteilig für die Kosten der Geschäftsführung des Beschäftigert-BR leisten kann.⁶⁶⁰ Gegen diese Variante spricht zum einen, dass solche Refundierungen gegenüber anderen Arbeitnehmern des Überlassers, die während ihrer Tätigkeit in ihrem Beschäftigertbetrieb derartige Vergünstigungen nicht erhalten, nicht zu rechtfertigen sind.⁶⁶¹ Zum anderen mag die geldmäßige Bewertung von Wohlfahrtsmaßnahmen in Einzelfällen noch gelingen, nicht aber die Ermittlung eines Kostenersatzes für die Inanspruchnahme an Wohlfahrtseinrichtungen oder eines gerechten Anteils an den Geschäftsführungskosten.⁶⁶² Schlussendlich spricht auch der fehlende Rechtsanspruch des Beschäftigertbetriebsratsfonds gegen diese Variante, denn diese Refundierungen obliegen ausschließlich der freien Willensbildung des Überlasser-BR.⁶⁶³ Auch eine freiwillige Verpflichtung des überlassenen AN die BR-Umlage im Beschäftigert zu zahlen, wäre nicht ausreichend. Auch hier hätte der Beschäftigert-BR – da eine solche Freiwilligkeit vom Gesetz nicht vorgesehen ist – keinen Leistungsanspruch.⁶⁶⁴ Der überlassene AN kann seine Verpflichtungserklärung jederzeit widerrufen.

Möglich ist auch, in einer **BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG** zu regeln, dass der Beschäftigert für überlassene AN bis zur vollen Höhe der BR-Umlage im Beschäftigertbetrieb aufzahlt oder die Kosten der Teilnahme an Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen übernimmt.⁶⁶⁵ Eine sachgerechte Alternative zur Umlagepflicht in beiden Betrieben bietet aber auch diese Lösung nicht. Der Beschäftigert kann nicht zur Zusage eines solchen Kostenbeitrages gezwungen werden. Es ist zwar richtig, dass die BV

Überlasserbetrieb ergibt sich hierdurch eine anteilig gekürzte Umlagepflicht von 0,3125% ($0,5 \cdot 0,625$). Das entspricht einem Wert von 62,5% von 0,5%. Für den Beschäftigertbetrieb ergibt sich ein anteilig gekürzter Wert von 0,1875% ($0,5 \cdot 0,375$), also 37,5% von 0,5%. Insgesamt ergibt sich damit die maximal zulässige Umlage von 0,5% ($0,3125\% + 0,1875\%$) für beide Betriebe. Diese Rechnung sollte für jeden Beschäftigten einer Buchhaltungsabteilung ein Leichtes sein.

⁶⁶⁰ Das wurde zB von *Rauch* (eolex 2008, 159) vorgeschlagen.

⁶⁶¹ So schon zutr *Anzenberger*, ASoK 2001, 390f.

⁶⁶² Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 390f.

⁶⁶³ Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 390f.

⁶⁶⁴ Allg dazu *Priewasser*, Betriebsratsfonds 62.

⁶⁶⁵ IdS schon *Priewasser*, Betriebsratsfonds 63.

als solche im Fall der Nichteinigung vor der Schlichtungsstelle erzwungen werden kann, aber über den konkreten Inhalt entscheidet die Schlichtungsstelle nach Abwägung der, von den Parteien des Verfahrens, eingebrachten Vorschläge, weshalb es keineswegs gesagt ist, dass eine solche Kostentragungspflicht schlussendlich Inhalt der erzwungenen BV wird. In der Praxis würde daher erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen.

Zusammengefasst lässt sich somit feststellen, dass freiwillige Zahlungen – unabhängig davon, ob sie vom Überlasserbetriebsratsfonds oder vom Beschäftiger geleistet werden – keine echte Alternative zu einer Umlagepflicht des überlassenen Arbeitnehmers darstellen. Nichtsdestotrotz können solche Zahlungen ergänzend geleistet werden. Ein Rechtsanspruch darauf besteht aber nicht.

4. Sachliche Gründe für die Reduktion der Umlagehöhe

Umlagepflichtig sind – wie bereits ausgeführt – alle Arbeitnehmer iSd § 36 Abs 1 ArbVG eines Betriebes. Nach der Rsp⁶⁶⁶ räumt das Gesetz keine Möglichkeit ein, bestimmte Arbeitnehmer von der Umlagepflicht auszunehmen. Das betrifft zB AN die aufgrund der Entfernung ihres Wohn- bzw Beschäftigungsortes vom Ort des Betriebes nicht oder nicht im gleichen Umfang an WEM, zu deren Finanzierung die Umlage dient, teilhaben können wie am Betriebsort Beschäftigte. Beschlüsse, die bestimmte Personen oder Gruppen von AN ausnehmen, sind nichtig.⁶⁶⁷ Zulässig ist es aber, die BR-Umlage nach **sachlichen Kriterien zu staffeln**.

Nach im Ergebnis zutreffender Ansicht des überwiegenden Schrifttums⁶⁶⁸ kann eine geringere Umlagehöhe für überlassene AN im Beschäftigerbetrieb, die im Überlasserbetrieb eine Umlage zu zahlen haben (oder umgekehrt) sachlich gerechtfertigt werden. Eine Reduktion wäre danach insb möglich, um dem jeweils anderen Betriebsrat (in erster Linie sei hier an den Überlasserbetriebsrat gedacht) die Einhebung der dort beschlossenen Umlage in voller Höhe zu ermöglichen.

⁶⁶⁶ Vgl OGH 26.03.1997, 9 ObA 88/97z, DRdA 1998/16, 183 (Hoyer).

⁶⁶⁷ Vgl Kallab in ZellKomm² § 73 ArbVG Rz 15; Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 73 Rz 16.

⁶⁶⁸ Vgl Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 73 Rz 17, 18; Radner/Preiss in ArbVR II⁵ § 73 Rz 36. Auch Felten (in Tomandl, ArbVG § 73 Rz 8), Priewasser (Betriebsratsfonds 62f) und B. Schwarz (in Sacherer/Schwarz, AÜG² 318) sprechen sich ebenfalls für die Möglichkeit der Reduktion aus. Darüber hinaus sind sie aber auch der Ansicht, dass der ein Beschluss, der den gänzlichen Entfall der Umlagepflicht für überlassene AN im Beschäftigerbetrieb vorsieht, aus sachlichen Gründen gerechtfertigt wäre.

5. Anspruchsdurchsetzung

Nach § 73 Abs 3 ArbVG ist der „Arbeitgeber“ für die technische Umsetzung der Einhebung und Abfuhr der BR-Umlage zuständig. Der Umstand, dass das ArbVG im Zusammenhang mit der Betriebsratsumlagepflicht – als einer der wenigen Ausnahmen – ausdrücklich das Wort „Arbeitgeber“ anstatt „Betriebsinhaber“ verwendet, stellt kein Versehen des Gesetzgebers dar.⁶⁶⁹ Der Gesetzgeber will damit klar zum Ausdruck bringen, dass der Schuldner der BR-Umlage damit in jedem Fall der vertragliche Arbeitgeber ist, auch wenn dieser nicht mit dem BI ident ist. Grund hierfür ist, dass die Basis der Einhebung der Betriebsratsumlage immer das Bruttoarbeitsentgelt des Arbeitnehmers ist. Der arbeitsvertragliche AG hat also die Umlage vom Bruttoarbeitsentgelt einzubehalten und bei jeder Lohn- bzw Gehaltsauszahlung an den Betriebsratsfonds abzuführen.⁶⁷⁰

Der überlassene AN erhält sein Bruttoarbeitsentgelt vom **Überlasser** – seinem arbeitsvertraglichen Arbeitgeber – weshalb der Überlasser auch für die Einbehaltung und Abfuhr der Umlage sowohl für den **Überlasser- als auch den Beschäftigterbetriebsratsfonds** zuständig ist.⁶⁷¹ Ähnlich wie bei der Lohnsteuer ist somit zwischen dem Abgabenschuldner (dem überlassenen AN) und dem Abfuhrpflichtigen (dem Überlasser) zu unterscheiden.⁶⁷² Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, dass dem Beschäftigter für die Dauer der Überlassung gewisse Arbeitgeberfunktionen (zB das Weisungsrecht in Bezug auf die laufende Arbeitsleistung) übertragen werden, da der Gesetzgeber in § 5 AÜG ausdrücklich festgehalten hat, dass die Pflichten des Überlassers als AG durch die Überlassung nicht berührt werden.⁶⁷³

Da die Umlage Teil des Arbeitsentgelts ist, haftet der Beschäftigter dem Betriebsratsfonds – sowohl im Beschäftigter- als auch Überlasserbetrieb – für die korrekte

⁶⁶⁹ So zutr *Felten* in *Tomandl*, ArbVG § 73 Rz 5 mwN. Im Gegensatz zu § 73 Abs 3 ArbVG spricht § 2 BRF-VO hingegen wieder vom „Betriebsinhaber“. Im Lichte des Gebotes gesetzeskonformer Interpretation untergesetzlicher Rechtsquellen ist dieser Normkonflikt zugunsten des § 73 Abs 3 ArbVG zu lösen, vgl *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 73 Rz 20.

⁶⁷⁰ Vgl § 73 Abs 3 ArbVG.

⁶⁷¹ So schon zutr *Anzenberger*, ASoK 2001, 389f; *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Kietai*, Arbeitsrecht I 106f; *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 73 Rz 20; *Priewasser*, Betriebsratsfonds 62; *Radner/Preiss* in ArbVR II⁵ § 73 Rz 37; auch *B. Schwarz* (in FS *W. Schwarz* 324) der zutr darauf hinweist, dass das ArbVG anstelle des Wortes „Betriebsinhaber“ das Wort „Arbeitgeber“ verwendet und damit den „jeweiligen Arbeitgeber“ meint. Die nicht umgesetzte RegV (1046 BlgNR 16. GP 24) sah noch explizit die Pflicht des Überlassers vor, die BR-Umlage für den BR-Fonds des Beschäftigterbetriebes einzubehalten und an diesen abzuführen. Diese Bestimmung wurde schlussendlich nicht ins AÜG 1988 und die damit einhergehende Novelle des ArbVG übernommen, wohl weil es sich dabei um eine reine Klarstellung gehandelt hätte.

⁶⁷² Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 389.

⁶⁷³ So zutr *Rauch*, eolex 2008, 158.

Überweisung als **Bürge** (§ 14 AÜG).⁶⁷⁴ Weigert sich zB der Überlasser dem Betriebsratsfonds des Beschäftigertbetriebes die festgesetzte Umlage zu leisten, kann der Betriebsratsfonds entweder unmittelbar den Überlasser als Schuldner (arg „Arbeitgeber“) – allenfalls auch den Beschäftigert als Bürgen – klagen. Die Frage, ob die auf den Betrieb beschränkte Partnerschaft (zwischen BR und BI) zulässigerweise durchbrochen wird, stellt sich somit in diesem Fall nicht.⁶⁷⁵

Da es sich hierbei um eine Streitigkeit über Ansprüche handelt, die sich aus dem zweiten Teil des ArbVG ergeben, sind für die Rechtsdurchsetzung die Arbeits- und Sozialgerichte zuständig (§ 50 Abs 2 ASGG). Die örtliche Zuständigkeit richtet sich gemäß § 5 Abs 2 ASGG nach dem Sitz des Betriebs, auf den sich die Rechtsstreitigkeit bezieht. Prozessualer Anknüpfungspunkt ist somit jener Betrieb, in dem die gegenständliche Umlage beschlossen wurde. Damit können sowohl der Überlasser- als auch der Beschäftigertbetriebsratsfonds die Leistungsklage gegen den Überlasser als auch den mithaftenden Beschäftigert bei dem ASG ihres Sprengels einbringen.⁶⁷⁶

In jedem Fall empfiehlt es sich für Überlasser und Beschäftigert, entsprechende Vorkehrungen für die ordnungsgemäße Information des Überlassers über die Höhe der Umlage im Beschäftigertbetrieb sowie über die konkrete Einbehaltung und Abfuhr durch den Überlasser im Dienstverschaffungsvertrag zu treffen. Sollte eine solche Informationspflicht nicht vorgesehen sein, spricht aus meiner Sicht aber auch nichts dagegen, dass der Beschäftigert-BR direkt an den Überlasser und den Überlasser-BR herantritt, um die ordnungsgemäße Einbehaltung und Abfuhr der Umlage an den Beschäftigertbetriebsratsfonds durch gegenseitige Information sicherzustellen.⁶⁷⁷

Abschließend sei noch angemerkt, dass nach mE eine Klarstellung durch den Gesetzgeber **de lege ferenda** wünschenswert ist, um den bestehenden Meinungsstreit im Schrifttum endgültig zu beenden und Rechtssicherheit für die Beteiligten im vorliegenden Fünfecksverhältnis (überlassener AN – Überlasser – Überlasser-BR – Beschäftigert – Beschäftigert-BR) herzustellen.

6. Zusammenfassung

⁶⁷⁴ Vgl auch *Anzenberger*, ASoK 2001, 390; *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 73 Rz 20.

⁶⁷⁵ So schon zutr *Anzenberger*, ASoK 2001, 391.

⁶⁷⁶ Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 391.

⁶⁷⁷ IdS auch *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

Die Meinungen im Schrifttum zur Frage, ob überlassene AN in beiden Betrieben der Umlagepflicht gem § 73 ArbVG unterliegen und in welcher Höhe divergieren stark. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung konnte gezeigt werden, dass es sich bei der Grenze des § 73 Abs 1 ArbVG um eine absolute Höchstgrenze für das individuelle Arbeitsverhältnis handelt. Der Entgeltschutz für das (einheitliche) Bruttoarbeitsentgelt des überlassenen AN steht damit im Vordergrund der Regelung.

Weiterführende Überlegungen haben zu dem Schluss geführt, dass eine Umlagepflicht in beiden Betrieben in Verbindung mit einer Deckelung der Umlage mit insgesamt 0,5% eine der Intention der Betriebsverfassung entsprechende und die verschiedenen Interessen ausgleichende, pragmatische wie auch sachliche Lösung darstellt. Der Überlasserbelegschaft ist dabei ein Vorrang bei der Einhebung einzuräumen. Sollten die Umlagen in beiden Betrieben die 0,5%-Grenze überschreiten, ist eine anteilige Kürzung angezeigt. Eine Reduktion der Umlagepflicht für überlassene AN kann unter bestimmten Umständen sachlich gerechtfertigt sein. Freiwillige Zahlungen – unabhängig davon von wem sie geleistet werden – stellen mangels Rechtsanspruch keine echte Alternative zu einer Umlagepflicht von überlassenen Arbeitnehmern dar. Nichtsdestotrotz können solche Zahlungen ergänzend geleistet werden. Sowohl der Überlasser- als auch der Beschäftigterbetriebsratsfonds können ihren Anspruch auf Einbehaltung und Abfuhr der Betriebsratsumlage gegenüber dem Überlasser (bzw auch den gem § 14 AÜG mithaftenden Beschäftigter) geltend machen.

4. Kapitel: Mitwirkung bei Versetzungen

1. Problemaufriss

Arbeitsverträge, die zum Zweck der Überlassung abgeschlossen werden, sind darauf ausgerichtet, dass die Arbeitnehmer im Zeitverlauf an verschiedene Beschäftiger überlassen werden. Hierbei können sich die Arbeitsbedingungen verbessern, aber auch verschlechtern. Das ArbVG verlangt für die Zulässigkeit einer dauernden, verschlechternden Versetzung eines Arbeitnehmers iSd § 36 ArbVG auf einen anderen Arbeitsplatz grundsätzlich die Zustimmung des Betriebsrates (§ 101 ArbVG). Im Hinblick auf die Überlassung von Arbeitskräften an Dritte ist fraglich, ob § 101 ArbVG grundsätzlich anwendbar ist, und wenn ja, welcher Betriebsrat die Zustimmung zu einer dauernden, verschlechternden Versetzung überlassener Arbeitnehmer zu erteilen hat.

Um diese Frage zu klären, ist in einem ersten Schritt die Funktionsweise des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes zu untersuchen. In diesem Rahmen soll auch die grundsätzliche und im Zusammenhang mit der Überlassung von AN an Dritte wichtige Frage geklärt werden, ob das Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG überhaupt bei betriebsübergreifenden Versetzungen anwendbar ist.

In einem zweiten Schritt ist die Anwendbarkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes im Rahmen der Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte zu untersuchen. Im Anschluss daran wird anhand verschiedener Fallkonstellationen geklärt, welcher beteiligten Belegschaft das Mitwirkungsrecht zukommt. Am Ende des Kapitels erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

2. Grundsätzliches zur Funktionsweise des Versetzungsschutzes

§ 101 ArbVG regelt den betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutz. Das Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG bezieht sich dabei auf alle AN iSd § 36 ArbVG. Im Rahmen des Versetzungsschutzes ist zwischen der arbeitsvertraglichen und der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene zu unterscheiden („Zwei-Ebenen-Theorie“). Beide Ebenen sind völlig getrennt voneinander zu betrachten, dh eine gültige Versetzung muss die Voraussetzung beider Bereiche erfüllen.⁶⁷⁸

⁶⁷⁸ Vgl auch schon ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 85; statt vieler vgl OGH 14.09.1995, 8 ObA 211/95, infas 1996, A 51 = ZAS 1998/1, 18 (B. Gruber); OGH 12.02.1998, 8 ObA 35/98z, Arb 11.695 = SZ 71/25.

Das Arbeitsvertragsrecht kennt zwei Möglichkeiten der Versetzung, die direktoriale und die vertragsändernde Versetzung. Welche Art der Versetzung vorliegt, bestimmt sich nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages. Die **direktorale Versetzung** besteht in einer Weisung des Arbeitgebers, wenn die Versetzung vom AV gedeckt ist.⁶⁷⁹ Eine **vertragsändernde Versetzung** liegt dann vor, wenn die einseitige Versetzung vom AV nicht gedeckt ist. Hier gilt grds, je allgemeiner und umfassender die Verpflichtungen des AN festgelegt sind, desto weiter reicht das Versetzungsrecht.⁶⁸⁰

Unabhängig vom Inhalt des AV und auch unabhängig vom Willen der Arbeitsvertragsparteien besteht nach der „Zwei-Ebenen-Theorie“ daneben noch das betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkungsrecht des Betriebsrates gem § 101 ArbVG. Dieses ist auch vom Verhalten des AN unabhängig.⁶⁸¹ Auch wenn der AN der Versetzung zugestimmt hat oder wenn die Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz der vertraglich übernommenen Arbeitspflicht des AN entspricht⁶⁸², ist der BR bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 101 ArbVG zu beteiligen.

Unter dem Begriff **Versetzung** – § 101 ArbVG spricht synonym von der „*Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz*“ – wird die nicht unerhebliche Änderung des Arbeitsortes oder des Tätigkeitsbereichs oder beider Aspekte verstanden.⁶⁸³ Von der Rsp⁶⁸⁴ werden darüber hinaus noch nicht unerhebliche Änderungen der Arbeitszeitgestaltung in den Versetzungsbegriff miteinbezogen. Ob eine Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz vorliegt, ist dabei von der Frage zu trennen, ob dieser für den AN verschlechternd ist. Für die Prüfung der ersten Frage ist vom Begriff des

⁶⁷⁹ Bei der Auslegung einschlägiger Vertragsbestimmungen spielt auch die Verkehrssitte eine Rolle (§ 914 ABGB), vgl dazu mwN OGH 13.01.1987, 14 Ob 198/86, JBl 1987, 468 = RdW 1987, 300 = ZAS 1987/16, 30 (*Tomandl*); OGH 12.09.1996, 8 ObA 2108/96z; OGH 17.12.2003, 9 ObA 140/03h; zuletzt OGH 26.02.2016, 8 ObA 25/15g.

⁶⁸⁰ Vgl *Kietaibl*, Die Versetzung aus arbeitsvertraglicher Sicht, ZAS 2005/11, 52; auch *Pačić*, Versetzung mit Weisung des Arbeitgebers – Grenzen für ein einseitiges Gestaltungsrecht, In *Resch* (Hrsg), Versetzung – Der Arbeitnehmer als Schachfigur des Arbeitgebers (2012) 48. Umgekehrt bedeutet das, je konkreter Arbeitsaufgaben, -ort und -ablauf im AV bestimmt sind, desto geringer ist das Versetzungsrecht des AG.

⁶⁸¹ Vgl OGH 25.06.1985, 4 Ob 79/85, Arb 10.472 = RdW 1985, 381; OGH 04.10.2000, 9 ObA 198/00h.

⁶⁸² Vgl OGH 04.03.1986, 14 Ob 7/86; OGH 12.10.1994, 9 ObA 171/94.

⁶⁸³ Vgl OGH 29.06.1988, 9 ObA 49/88, RdW 1988, 459 = wbl 1989, 126; OGH 06.04.2005, 9 ObA 88/04p, ARD 5628/4/2005 = ASoK 2005, 341. Werden nur die Entgeltbedingungen verändert, ohne das damit eine Änderung des Tätigkeitsbereichs verbunden ist, ist der Versetzungsbegriff nicht erfüllt, vgl OGH 26.08.1999, 8 ObA 196/99b, DRdA 2000, 73.

⁶⁸⁴ Vgl OGH 23.05.1996, 8 ObA 2057/96z, ARD 4814/18/97 = RdW 1997, 356 = wbl 1996, 456 = ZAS 1997/13 (*Spitzl*) („*Unter einer Versetzung ist [...] jede wesentliche Verschlechterung von Bestimmungsmerkmalen des Arbeitsverhältnisses [zu verstehen]*“); OGH 10.12.1997, 9 ObA 275/97z, infas 1998, A 50 = DRdA 1998, 212. Allg zur Bagatellgrenze im Rahmen des Versetzungsschutzes („*nicht unerheblich*“), vgl *Reissner* in ZellKomm² § 101 ArbVG Rz 3f mwH und Beispielen aus der Rsp.

„Arbeitsplatzes“ als Gesamtheit aller mit dem Arbeitsverhältnis verbundener Rechte und Pflichten auszugehen.⁶⁸⁵ Nur wenn sich dieser so wesentlich ändert, dass die Identität des Arbeitsplatzes nicht mehr gegeben ist, liegt eine Einreihung auf einen *anderen* Arbeitsplatz und damit eine Versetzung vor.

§ 101 ArbVG bestimmt, dass der BR über die **dauernde** (also für 13 Wochen oder länger) Einreihung eines AN auf einen anderen Arbeitsplatz unverzüglich zu informieren ist.⁶⁸⁶ Auf Verlangen ist darüber hinaus mit ihm darüber zu beraten. Ist mit der Versetzung eine Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen (oder beider Aspekte) verbunden, so bedarf sie zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des BR.

Der Begriff der **Verschlechterung** ist weit zu interpretieren, wobei die konkrete Gesamtsituation des AN jeweils vor und nach der Versetzung anhand eines objektiven Maßstabes zu vergleichen ist.⁶⁸⁷ Erteilt der BR die Zustimmung nicht, so kann sie durch Urteil des Gerichts ersetzt werden. Der BI muss hierfür das zuständige Belegschaftsorgan – und nicht den AN – klagen.⁶⁸⁸ Das Gericht hat die Zustimmung zu erteilen, wenn die Versetzung sachlich gerechtfertigt ist.⁶⁸⁹ Wurde im Betrieb kein BR errichtet, so besteht auch kein Schutz nach § 101 ArbVG. Wurde das Mitwirkungsrecht ignoriert, so hat der BR – obwohl § 101 ArbVG als Mitbestimmungsrecht konstruiert ist – nicht die Möglichkeit das ASG zum Thema anzurufen.⁶⁹⁰ Aktiv klagslegitimiert ist nur der AN.⁶⁹¹ Dieser kann auf Feststellung der Nichtigkeit der Versetzungsweisung mangels Einhaltung des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes (§ 101 ArbVG) klagen.

⁶⁸⁵ Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 9 mHA VwGH 20.06.1952, Arb 5448 = VwSlgNF 2580.

⁶⁸⁶ Der OGH geht davon aus, dass eine, ohne nähere Zeitangabe – also ohne Befristung – vorgenommene Versetzung jedenfalls als dauernd anzusehen ist, vgl ua OGH 16.03.1988, 9 ObA 34/88, ARD 4006/8/88 = infas 1988, A 67; OGH 28.11.2002, 8 ObA 202/02t, SZ 2002/163; OGH 06.04.2005, 9 ObA 88/04p, ARD 5628/4/2005 = ASoK 2005, 341.

⁶⁸⁷ Vgl stRsp des OGH RIS-Justiz RS0021232; ua OGH 25.06.1985, 4 Ob 79/85, Arb 10472; zuletzt OGH 25.06.2014, 9 ObA 2/14f, ARD 6410/12/2014 = Arb 13.157 = ecolex 2014/466, 1086 = RdW 2014/661, 602 = wbl 2014/218, 644 = ZAS 2015/15, 91 (*Krömer*).

⁶⁸⁸ Vgl OGH 30.01.1997, 8 ObA 2053/96m, SZ 70/21; in diese Richtung schon *Dusak*, ZAS 1986, 199.

⁶⁸⁹ Nach *Löschnigg* (Arbeitsrecht¹² Rz 6/045) kann die sachliche Rechtfertigung in betrieblichen Gründen oder in Gründen, die in der Person des AN liegen, bestehen. Arbeitsvertragliche Aspekte (zB eine allfällige Vertragswidrigkeit der Versetzung) spielen bei der Beurteilung keine Rolle, vgl *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 105.

⁶⁹⁰ Vgl OGH 09.04.1997, 9 ObA 2291/96v, SZ 70/62; OGH 04.10.2000, 9 ObA 198/00h.

⁶⁹¹ So schon *Dusak*, ZAS 1986, 199.

3. Betriebsübergreifende Anwendbarkeit von § 101 ArbVG?

Der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG ist unstrittig auf innerbetriebliche Versetzungen anwendbar. Die Anwendbarkeit bei betriebsübergreifenden Versetzungen wird aber von manchen Autoren⁶⁹² bezweifelt. Die Klärung der Frage ist für die Beurteilung des Versetzungsschutzes im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung zentral – ist doch der häufige Wechsel des Beschäftigerbetriebes der Arbeitskräfteüberlassung immanent. In der Folge ist daher zu klären, ob betriebsübergreifende Versetzungen grundsätzlich von § 101 ArbVG erfasst sind.

Nach der Judikatur⁶⁹³ und einem Teil des Schrifttums⁶⁹⁴ unterliegt die Versetzung eines AN in einen anderen Betrieb desselben Unternehmens der Mitbestimmung gem § 101 ArbVG. Danach ist zwischen dem Ausscheiden aus dem Betrieb und dem Eintritt in den neuen Betrieb zu unterscheiden. Nur das Ausscheiden aus dem Betrieb ist als **Versetzung iSd § 101 ArbVG** anzusehen, weshalb hierfür der BR des abgebenden Betriebes zuständig ist, wohingegen der Eintritt in den neuen Betrieb als **Einstellung iSd § 99 ArbVG** anzusehen und der BR des aufnehmenden Betriebes zuständig ist.

Im Schrifttum wird aber auch die gegenteilige Auffassung vertreten. Diese geht auf *Schrammel*⁶⁹⁵ zurück. Danach handelt es sich bei einem solchen betriebsübergreifenden Vorgang um das Ausscheiden des AN aus einem und den Eintritt in einen anderen Betrieb, wobei das ArbVG für diese Fälle **keine Mitbestimmung** kennt. Zum einen scheitert ein Mitwirkungsrecht eines der beteiligten BR daran, dass seine Kompetenz auf die von ihm repräsentierte Belegschaft beschränkt ist, die Zustimmung oder Nichtzustimmung aber voraussetzt, dass die personelle Maßnahme von den Belegschaften beider Betriebe geprüft wird.⁶⁹⁶ Würde darüber nur ein BR entscheiden, griffe er damit in die Rechte einer Belegschaft ein, die er nicht repräsentiert. Dieses Problem könne auch nicht durch die

⁶⁹² Statt vieler zB *Holzer/Reissner*, Strategien der „Austöchterung“ von Unternehmensfunktionen aus arbeitsrechtlicher Sicht: Vorgaben des Betriebsübergangsrechts und des AÜG, ASoK 2004, 215ff; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 125.

⁶⁹³ Vgl OGH 16.09.1987, 14 ObA 85/87, Arb 10.672 = SZ 60/174 = JBl 1988, 127.

⁶⁹⁴ Vgl *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 97; auch *Reissner* in ZellKomm² § 99 Rz 3; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 44; *Staufner*, Die Versetzung von Arbeitnehmern aus arbeitsvertraglicher und betriebsverfassungsrechtlicher Sicht (2003) 183f; *Tinhofer*, Die kollektivrechtlichen Aspekte der Versetzung: Der Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG, ZAS 2005/12, 60f.

⁶⁹⁵ Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei Versetzung und Änderungskündigung, ZAS 1975/6, 208; *Ders* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II: Sachprobleme, 7. Auflage (2011) 113; zust *Gruber*, Glosse zu OGH 14.9.1995, 8 Ob A 211/95, ZAS 1998/1, 20; *Tomandl*, ZAS 2011/41, 252; *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II 70; *Dies*, Soziale Gestaltungspflicht über die Betriebsgrenzen hinaus? ZAS 1996, 111.

⁶⁹⁶ So *Schrammel*, ZAS 1975/6, 208; auch *Tomandl*, ZAS 2011/41, 252; *Ders* in GS *Mayer-Maly* 484; *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 111; krit *Tinhofer*, ZAS 2005/12, 59f.

Beteiligung beider BR beseitigt werden, da ein solches Modell dem ArbVG fremd ist und zudem unklar wäre, was zu geschehen hätte, wenn beide BR unterschiedliche Stellungnahmen abgeben würden.⁶⁹⁷ Das Mitbestimmungsrecht bei Versetzungen ist nach dieser Ansicht betriebsbezogen und besteht nicht bei betriebsübergreifenden Sachverhalten.

Bei genauerer Betrachtung der Argumente der Vertreter der beiden Auffassungen sticht einem als erstes der Umstand ins Auge, dass *Schrammel* eine Erklärung dafür schuldig bleibt, warum die Entscheidung des abgebenden Betriebes einen **Eingriff in die Rechte** der aufnehmenden Belegschaft darstellen sollte. Es handelt sich aus Sicht des aufnehmenden Betriebes bei diesem Vorgang nunmal um keine Versetzung iSd § 101 ArbVG, sondern um eine Einstellung.⁶⁹⁸ Eine solche kann daher nur die hierfür vorgesehenen Mitwirkungsbefugnisse gem § 99 ArbVG auslösen. Von einer Kompetenzüberschreitung des abgebenden BR kann daher keine Rede sein. Da die Interessen- und Schutzrichtung eine andere ist, erübrigen sich somit auch die Überlegungen zur kumulativen Zuständigkeit beider BR.⁶⁹⁹ Eine solche wäre – worauf *Schrammel* schon zutr hingewiesen hat – aber ohnehin aufgrund der klaren Zuständigkeitsordnung des ArbVG und dem Umstand, dass unklar wäre, was zu geschehen hätte, wenn nur einer der beiden zustimmt, ausgeschlossen.

Gegen die These der völligen Mitbestimmungsfreiheit spricht aber auch der **Wortlaut** des § 101 ArbVG. Danach muss eine „*Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz*“ vorliegen, um das Mitwirkungsrecht auszulösen. §101 ArbVG verlangt aber nicht, dass diese Einreihung im selben Betrieb zu erfolgen hat.⁷⁰⁰

Im bestehenden Gesamtkonzept der personellen Mitwirkungsrechte kann die These der völligen Mitbestimmungsfreiheit zudem auch im Hinblick auf die bestehenden **Betroffenheits- und Schutzbedürfnisse** nicht überzeugen, va da sich ja gerade mit der Eingliederung in einen anderen Betrieb die Entgelt- und sonstigen Arbeitsbedingungen uU

⁶⁹⁷ So *Schrammel*, ZAS 1975/6, 208; zust *Tomandl*, ZAS 2011/41, 252; *Ders* in GS *Mayer-Maly* 483; *Marhold*, ASoK 2008, 252; auch *Windisch-Graetz* (Arbeitsrecht II 70), wonach nur ein BR-Mitglied einen besonderen Schutz vor einer Versetzung in einen anderen Betrieb besitzt, da mit seinem Ausscheiden aus dem Betrieb auch sein BR-Mandat enden würde (§ 64 Abs 1 Z 3 ArbVG).

⁶⁹⁸ Darauf weist schon zutr *Tinhofer* (ZAS 2005/12, 60) hin.

⁶⁹⁹ Vgl *Tinhofer*, ZAS 2005/12, 60.

⁷⁰⁰ So schon überzeugend *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 44 (insb auch FN 75); aA *Tomandl*, ZAS 2011/41, 251; *Ders* in GS *Mayer-Maly* 483.

drastisch verschlechtern können.⁷⁰¹ Auch sonst sind keine Gründe ersichtlich, warum eine die Betriebsgrenzen überschreitende Versetzung vom Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG ausgenommen sein soll. Ganz im Gegenteil – würde man die These der völligen Mitbestimmungsfreiheit konsequent zu Ende denken, wären Umgehungen des § 101 ArbVG „*Tür und Tor geöffnet*“⁷⁰².

Es ist daher der Rsp und dem Teil des Schrifttums beizutreten, die sich für die **Anwendbarkeit des § 101 ArbVG** auch bei betriebsübergreifenden Versetzungen aussprechen. Im Zusammenhang mit der Beurteilung des § 101 ArbVG in Verbindung mit der Überlassung von Arbeitskräften an Dritte kann daher festgestellt werden, dass der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz außerhalb der Arbeitskräfteüberlassung auch bei einer Versetzung zwischen zwei Betrieben anwendbar ist. Dieses Argument steht somit der Anwendbarkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung nicht entgegen.

4. Anwendbarkeit des § 101 ArbVG im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung

Das Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG bezieht sich auf alle **Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG eines Betriebes**. Wie bereits im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit festgestellt werden konnte, sind überlassene AN sowohl im Überlasser- als auch Beschäftigerbetrieb ab dem ersten Tag ihrer Beschäftigung als AN iSd § 36 ArbVG anzusehen. Aufgrund ihrer Arbeitnehmereigenschaft unterlägen sie daher grundsätzlich dem betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutz sowohl im Überlasser- als auch im Beschäftigerbetrieb. Die hA⁷⁰³ spricht sich daher auch für die grundsätzliche Anwendbarkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes auf **überlassene**

⁷⁰¹ Vgl. *Tinhofer*, ZAS 2005/12, 60. Er bringt hier als Beispiel, dass durch den Betriebswechsel auf den AN neue, uU im Vergleich schlechtere BVen als im Ursprungsbetrieb anwendbar werden. In diese Richtung auch *Schrank in Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 44.

⁷⁰² *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 97 (zB durch ein „*Versetzungskarussell*“ zwischen zwei Betrieben).

⁷⁰³ Statt vieler zB *Födermayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 101 Rz 105f; *Friedrich*, ASoK 2007, 221; *Geppert*, AÜG 254; *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); auch *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 165; *Marhold*, ASoK 2008, 252; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 82; *Ders*, RdW 1987/11, 377; *Rauch*, eolex 2008, 158; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 45; *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 325.

Arbeitnehmer aus. Arbeitnehmerähnliche Personen unterliegen aber diesem Schutz grundsätzlich nicht, da sie (idR) keine Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG sind.⁷⁰⁴

Eine grundsätzlich andere Auffassung wird lediglich – soweit überblickbar – von *Tomandl*⁷⁰⁵ vertreten. Es ist der Ansicht, dass sich die Zielsetzung des AÜG nicht damit vereinbaren lässt, dass jede neue Zuweisung an einen anderen Beschäftigten, die für den AN mit Nachteilen verbunden ist, da sich dadurch zB sein Anfahrtsweg verlängert, vom BR verhindert bzw nur nach Durchführung eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens vorgenommen werden kann.⁷⁰⁶ Zwar besteht für ihn kein Zweifel daran, dass sowohl die Zuweisung an den ersten Beschäftigtenbetrieb als auch weitere Zuweisungen "*Einreihungen auf einen anderen Arbeitsplatz*" bewirken, die Bindung dieser Zuweisungen an die Zustimmung des BR des Überlasser- oder des Beschäftigtenbetriebs widerspräche sA aber den Zielsetzungen des AÜG.⁷⁰⁷

Das AÜG gehe – so *Tomandl*⁷⁰⁸ – davon aus, dass Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern, die zur Arbeitskräfteüberlassung eingestellt werden, nicht auf einen einzigen Einsatz, sondern auf eine unbestimmte Anzahl wechselnder Einsätze zugeschnitten werden. Eine mögliche Blockade durch den Überlasser- oder Beschäftigten-BR stünde nach *Tomandl* dieser gesetzgeberischen Absicht klar entgegen. Solange der vom AÜG angestrebte Typus der Arbeitskräfteüberlassung als einer Bündelung einer Vielzahl von bloß vorübergehenden und nicht auf Dauer angelegter Zuweisungen zu verschiedenen Beschäftigten zu einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis eingehalten wird, handle es sich nach *Tomandl* um „*typische Arbeitskräfteüberlassung*“⁷⁰⁹, bei der neue Zuweisungen ohne Zustimmung eines BR erfolgen können. Handle es sich hingegen um eine „*atypische, dauerhafte Überlassung*“ soll diese dennoch § 101 ArbVG unterliegen. Der BR des aufnehmenden Betriebes ist nach *Tomandl* jedoch in jedem Fall zu informieren, jener des abgebenden Betriebes aber nur bei bloß vorübergehender Versetzung.

⁷⁰⁴ Allg zur Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG arbeitnehmerähnlicher Überlassener, vgl die Ausführungen im dritten Teil der vorliegenden Arbeit.

⁷⁰⁵ ZAS 2011/41, 251; *Ders* in GS *Mayer-Maly* 485ff; *Ders*, Arbeitskräfteüberlassung² 125. Zuvor hielt *Tomandl* in diesem Fall noch den Überlasser-BR für zuständig, vgl *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung (2010) 113.

⁷⁰⁶ So krit *Tomandl* in GS *Mayer-Maly* 476.

⁷⁰⁷ Vgl *Tomandl*, ZAS 2011/41, 252.

⁷⁰⁸ ZAS 2011/41, 252; *Ders* in GS *Mayer-Maly* 482; *Ders*, Arbeitskräfteüberlassung² 125.

⁷⁰⁹ *Tomandl* in GS *Mayer-Maly* 487.

Nach *Tomandl*⁷¹⁰ blieben bei dieser Lösung die Individualinteressen des zu Versetzenden auch ohne Einschaltung des BR gewahrt. **Nachteile** könnten – so *Tomandl* – für den überlassenen AN nur innerhalb jener Grenzen entstehen, mit denen er sich im Arbeitsvertrag oder einer Versetzungsvereinbarung einverstanden erklärt hat.

Im Hinblick auf die Ausführungen von *Tomandl* kann nicht geleugnet werden, dass die **Flexibilität** der Arbeitskräfteüberlassung einen ihrer größten Vorzüge darstellt.⁷¹¹ Der doch relativ strenge betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz scheint daher auf den ersten Blick schwer mit dem vom AÜG verfolgten Konzept vereinbar.

Zudem könnte man argumentieren, dass die Verweigerung der Zustimmung zu einer betriebsübergreifenden Versetzung uU einen bloßen „*Pyrrhussieg*“⁷¹² für den überlassenen AN darstellen kann. Dies deshalb, da ein Verbleib beim bisherigen Beschäftiger idR nicht infrage kommt. Der Beschäftiger kann nicht zu einer Weiterbeschäftigung des überlassenen AN gezwungen werden. Mangels Alternativeinsätzen kann dann der Fall eintreten, dass der überlassene AN eine Stehzeit beim Überlasser – und nach *Schrattbauer*⁷¹³ im Zuge dessen ggf auch die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses – in Kauf nehmen muss.

Vermutlich aus diesem Grund geht *Tomandl*⁷¹⁴ auch davon aus, dass im Rahmen seiner Lösung die **Individualinteressen** des zu Versetzenden auch ohne Einschaltung des BR gewahrt werden. Nachteile könnten – so *Tomandl* – für den überlassenen AN nur innerhalb jener Grenzen entstehen, mit denen er sich bereits im Arbeitsvertrag oder einer Versetzungsvereinbarung einverstanden erklärt hat. Aber gerade aufgrund der Flexibilität dieser Beschäftigungsform und der damit idR einhergehenden arbeitsvertraglichen Flexibilität ist aus meiner Sicht Vorsicht beim Ausschluss kollektiver Rechte geboten.

Der Normzweck des § 101 ArbVG besteht insbesondere auch darin, den einzelnen Arbeitnehmer wegen seiner **Abhängigkeit** vom Betriebsinhaber unter den Schutz des Kollektivs zu stellen.⁷¹⁵ Aus diesem Grund kommt der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz auch unabhängig davon zur Anwendung, ob der AN der Versetzung

⁷¹⁰ ZAS 2011/41, 252; *Ders* in *GS Mayer-Maly* 485.

⁷¹¹ Vgl dazu die Ausführungen zu den Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit.

⁷¹² *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 187f.

⁷¹³ Arbeitskräfteüberlassung 188.

⁷¹⁴ ZAS 2011/41, 252; *Ders* in *GS Mayer-Maly* 485.

⁷¹⁵ Vgl OGH 25.06.1985, 4 Ob 79/85, Arb 10472 = RdW 1985, 381; zuletzt OGH 04.10.2000, 9 ObA 198/00h.

zugestimmt hat oder die Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz der vertraglich übernommenen Arbeitspflicht des AN entspricht. Der BR ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 101 ArbVG – unabhängig von der arbeitsvertraglichen Zulässigkeit – zu beteiligen. Diese strikte Trennung zwischen der arbeitsvertraglichen und der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene spricht nach mE für die Anwendung des § 101 ArbVG auch für überlassene AN. Wäre dieses Recht bei überlassenen AN ausgeschlossen, so wären sie im Vergleich zu Arbeitnehmer in einem Standardarbeitsverhältnis **massiv benachteiligt**.⁷¹⁶ Gerade weil diese Beschäftigungsform überlassenen AN ohnehin schon eine erhöhte Flexibilität – im Vergleich zu AN in Standardarbeitsverhältnissen – abverlangt, ist aus meiner Sicht besonders darauf zu achten, dass kollektive Schutzmechanismen auch in diesem Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommen.

Den Schutz der Betriebsverfassung benötigen in diesem Zusammenhang aber nicht nur die überlassenen AN selbst, sozusagen als „letzten“ Schutzwall gegen eine dauerhafte, verschlechternde Versetzung, sondern auch die betroffene Belegschaft selbst hat ein Interesse an der Einhaltung ihrer, von der Betriebsverfassung gewährten Mitwirkungsrechte. Ein völliger Ausschluss des § 101 ArbVG würde unweigerlich zu **Mitwirkungsdefiziten** der betroffenen Belegschaften hinsichtlich überlassener Arbeitskräfte führen.⁷¹⁷ Damit ist nicht nur die unmittelbare Wahrnehmung des Zustimmungsrechts bei dauerhaften, verschlechternden Versetzungen gemeint. Vielmehr ist auch zu bedenken, dass mit § 101 ArbVG Informationsrechte des Betriebsrates verbunden sind. Der BR ist aufgrund dieser Bestimmung jedenfalls über dauerhafte Versetzungen zu informieren.

Auch **Information** ist ein Wert für sich und stellt die Grundlage für die Ausübung sämtlicher sonstiger betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse dar.⁷¹⁸ Der Beschäftigter-BR ist schon bei der Aufnahme der überlassenen AN aufgrund von § 99 Abs 5 ArbVG zu informieren. Für den abgebenden BR und auch den Überlasser-BR existiert aber keine entsprechende Bestimmung des ArbVG, die eine Information sicherstellen würde. Insb im Hinblick auf den Überlasser-BR wäre hierdurch seine ohnehin schon schwierige Interessenvertretungsaufgabe noch weiter erschwert. Mit Ausnahme des § 91 Abs 1

⁷¹⁶ So auch zutr *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 188.

⁷¹⁷ So schon zutr *Födermayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 101 Rz 103.

⁷¹⁸ So schon überzeugend *Jabornegg/Rebhahn*, Unternehmensplanung und Informationsrechte der Belegschaft im Betriebsverfassungsrecht, DRdA 1979, 286f.

ArbVG, der unter gewissen Umständen wohl einen Auskunftsanspruch umfasst, stellt keine andere Bestimmung des ArbVG sicher, dass der Überlasser-BR Kenntnis vom aktuellen Einsatzbetrieb der von ihm vertretenen Belegschaftsmitglieder hat.⁷¹⁹

Zudem spricht gegen die These von *Tomandl*, dass auch bei Anwendbarkeit des § 101 ArbVG im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung nicht zu befürchten ist, dass plötzlich jeder Beschäftigerwechsel zustimmungspflichtig wird. Wie bereits ausgeführt, verlangt § 101 ArbVG die „*Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz*“. Darunter ist die nicht unerhebliche Änderung des Arbeitsortes, des Tätigkeitsbereichs und/oder der Arbeitszeitgestaltung zu verstehen. Ob eine Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz vorliegt, ist dabei von der Frage zu trennen, ob dieser Vorgang für den Arbeitnehmer verschlechternd ist. Für die Prüfung der ersten Frage ist vom Begriff des „*Arbeitsplatzes*“ als Gesamtheit aller mit dem Arbeitsverhältnis verbundener Rechte und Pflichten auszugehen.⁷²⁰ Nur wenn sich dieser so wesentlich ändert, dass die **Identität** des Arbeitsplatzes nicht mehr gegeben ist, liegt eine Einreihung auf einen *anderen* Arbeitsplatz und damit eine Versetzung vor.

In Hinblick auf den Telos des Versetzungsbegriffes spricht somit nichts dagegen die Eigenart der Arbeitskräfteüberlassung im Rahmen der Bestimmung des „*Arbeitsplatzes*“ zu berücksichtigen. Dem Wesen der Arbeitskräfteüberlassung ist der ständige Beschäftigerwechsel immanent. Aus diesem Grund spricht viel dafür, allein den Wechsel des Beschäftigers – anders als in einem Standardarbeitsverhältnis, in der eine weit größere Beständigkeit hinsichtlich des Einsatzortes gegeben ist – nicht als „*Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz*“ zu qualifizieren.⁷²¹

Der **Wechsel des Einsatzortes** wird – anders als in Standardarbeitsverhältnissen – somit nur dann als Neueinreihung zu werten sein, wenn der neue Arbeitsbereich sich außerhalb des vereinbarten Beschäftigungsgebietes befindet.⁷²² Das ist der Intention der Regelungen zur Arbeitskräfteüberlassung geschuldet, die die gesetzgeberische Wertung

⁷¹⁹ Vgl *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 188. Das Informationsrecht des § 91 Abs 1 ArbVG verpflichtet zwar den BI den BR über alle Angelegenheiten, welche die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen oder kulturellen Interessen der AN des Betriebes berühren, Auskunft zu erteilen. Es handelt sich hierbei um eine Holschuld des BR, wobei er auf, zur Erfüllung der Interessenvertretungsaufgabe nicht erforderlicher Informationen auch dann keinen Anspruch hat, wenn diese vom Standpunkt der Vertretung der Arbeitnehmerinteressen wichtig wären.

⁷²⁰ Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 9 mHA VwGH 20.06.1952, Arb 5448 = VwSlgNF 2580.

⁷²¹ In diese Richtung wohl auch schon *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); ebenfalls *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 46.

⁷²² In diese Richtung schon überzeugend *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 46.

zum Ausdruck bringen, dass der regelmäßige Wechsel des Beschäftigungsortes ein wesentliches Charakteristikum der Arbeitskräfteüberlassung ist.⁷²³ Da sich die Arbeitskräfteüberlassung schon durch diesen ständigen Wechsel auszeichnet, kann darin keine Änderung der Identität des Arbeitsplatzes und damit keine Versetzung iS einer Einreihung auf einen *anderen* Arbeitsplatz gesehen werden. Folglich können innerhalb des vereinbarten Beschäftigungsgebietes nachteilige örtliche Veränderungen nur für die Beurteilung der Verschlechterungsfrage herangezogen werden, wenn sich die Versetzung aus anderen Umständen (zB wesentliche Änderung der Tätigkeit oder Arbeitszeit) ergibt.⁷²⁴ Aufgrund entsprechender Gestaltungen in der Praxis werden sich vertragliche Hindernisse bei überlassenen AN im Hinblick auf den Arbeitsort aber nicht allzu häufig ergeben.⁷²⁵ Nicht unwesentliche Änderungen des Tätigkeitsbereiches⁷²⁶ oder der Arbeitszeitregelungen⁷²⁷ verändern aber jedenfalls die Identität des Arbeitsplatzes, sodass eine Einreihung auf einen „neuen“ Arbeitsplatz vorliegt.

⁷²³ Da der Arbeitskräfteüberlassung der Wechsel des Arbeitsortes immanent ist, ist die Festlegung eines gewöhnlichen Arbeitsortes auch im AÜG nicht vorgesehen. § 11 Abs 1 Z 6 AÜG verpflichtet den Überlasser im Hinblick auf den Arbeitsort lediglich Bundesländer oder Staaten festzulegen, in denen der überlassene AN beschäftigt werden soll. Überlassungen in Bundesländer/Staaten, die nicht schon im AV vereinbart wurden, können vom Überlasser nicht einseitig angeordnet werden und benötigen auch bei nur vorübergehender Überlassung der Zustimmung des überlassenen AN.

⁷²⁴ Für die überlassenen AN gilt der jeweilige Beschäftigerbetrieb als Arbeitsort, was für diese insb deshalb nachteilig ist, da weder der Weg zwischen Wohn- und Arbeitsort zur Arbeitszeit zählt noch dem AN dadurch entstehende Reiseaufwendungen ersetzt werden. Lange Wegzeiten bedeuten daher nicht nur eine entsprechende Reduzierung der Freizeit, sondern uU auch erhebliche Mehrkosten für den AN. AA *Schrank* (in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 46), der den örtlichen Wechsel weder im Rahmen der Prüfung, ob eine Versetzung noch ob eine Verschlechterung vorliegt, berücksichtigen will.

⁷²⁵ Vgl auch *Wachter*, Versetzung – Begriff, Arten, Abgrenzung, In *Resch*, Versetzung 40f.

⁷²⁶ § 11 Abs 1 Z 8 AÜG verpflichtet den Überlasser zur Festlegung der vorgesehenen Verwendung sowie der voraussichtlichen Art der Arbeitsleistung im AV. Da die künftigen Tätigkeitsbereiche idR noch schwerer vorhersehbar sind als bei Standardarbeitsverhältnissen darf diese Anforderungen aber nicht überspannt werden. Nach *Schrottbauer* (Arbeitskräfteüberlassung 131 mHa OGH 09.07.2008, 9 ObA 91/07h) wird hier die Vereinbarung eines „Einsatzfeldes“ iSd Gesamtheit der in Frage kommenden Tätigkeiten als ausreichend erachtet. Wurde im Hinblick auf Art und Umfang der Dienste nichts (ausdrücklich oder konkludent) vereinbart, sind gemäß der Zweifelsregel des § 1153 S 2 ABGB angemessene Dienste zu leisten. Was angemessen ist, richtet sich nach der Verkehrssitte, wobei darauf abzustellen ist, was in Betrieben der betreffenden Art und Größe von AN mit entsprechender Ausbildung üblicherweise verlangt wird, vgl *Wachter*, Versetzung – Begriff, Arten, Abgrenzung, In *Resch* (Hrsg), Versetzung – Der Arbeitnehmer als Schachfigur des Arbeitgebers (2012) 28. Im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung soll hier das, dem ersten Einsatz entsprechende Tätigkeitsfeld als arbeitsvertraglich vereinbart angesehen werden, vgl *Schrottbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 135. Nach der Erhebung von *Riesenfelder/Wetzel* (Leiharbeit 31) haben zB 53,5% der überlassenen AN im AV mit dem Überlasser eine bestimmte Tätigkeit vereinbart; 39,2% keine bestimmte Tätigkeit und 7,2% wussten nicht, ob eine bestimmte Tätigkeit vereinbart wurde.

⁷²⁷ Die tägliche oder wöchentliche Normalarbeitszeit ist im AV zu vereinbaren (§ 11 Abs 1 Z 11 AÜG). Vor jeder Überlassung hat der Beschäftiger den überlassenen AN gem § 12 Abs 1 Z 3 AÜG über die Normalarbeitszeit und deren voraussichtliche Lage im Beschäftigerbetrieb zu informieren. Aufgrund § 10 Abs 3 AÜG sind arbeitszeitliche Regelungen, die im Beschäftigerbetrieb gelten auch auf überlassene AN anwendbar, vgl dazu die Ausführungen im zweiten Kapitel des fünften Teils der vorliegenden Arbeit („*Rechtsfragen zur Gleichbehandlung beim Entgelt, der Arbeitszeit und dem Urlaub*“). Diese Bestimmungen

Tomandl bleibt zudem eine Antwort auf die Frage schuldig, wann eine „*atypische, dauerhafte Überlassung*“ vorliegt, für die der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz anwendbar sein soll. Nach *Tomandl* sei das Vorliegen einer solchen Überlassung von den Gerichten im Einzelfall zu bestimmen. Hier würden sich aber aller Voraussicht nach die gleichen Probleme ergeben, wie hinsichtlich des von der Judikatur iZm dem Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG geforderten, unbestimmten Kriteriums der „*längeren Dauer*“.⁷²⁸ Wie schon im Rahmen des § 36 ArbVG ergäbe sich auch hier bei Anwendung dieses unbestimmten Kriteriums eine erhebliche **Rechtsunsicherheit** in der Praxis, wann eine solche „*atypische, dauernde*“ Überlassung vorliegt und damit der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz zur Anwendung gelangen muss.

Gegen die Anwendbarkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes könnte möglicherweise noch vorgebracht werden, dass die Gewährung personeller Mitwirkungsrechte im Zusammenhang mit der Zurverfügungstellung von überlassenen Arbeitnehmern einen unzulässigen, **unmittelbaren Einfluss** des BR auf eine **unternehmerische Entscheidung** darstellt. Durch die Möglichkeit des BR die Zustimmung zur einer dauernden, verschlechternden Versetzung zu verweigern, könnte er Einfluss darauf nehmen, unter welchen Bedingungen der Überlasser am Markt auftreten kann.

Bei genauerer Betrachtung kann eine solche, potentiell unzulässige Beeinflussung jedoch nicht ausgemacht werden. Die Zuweisung zu einem neuen Beschäftiger unterliegt der alleinigen Entscheidung des Überlassers. Ein Mitwirkungsrecht des BR besteht nach der gesetzlichen Konzeption nur dann und nur insoweit, als die Versetzung sowohl dauernd als auch verschlechternd ist. Der BR hat dabei zwar das „*Wohl der Arbeitnehmer des Betriebes*“ (§ 39 Abs 1 ArbVG) zu wahren, aber „*tunlichst ohne Störung des Betriebes*“ vorzugehen (§ 39 Abs 3 ArbVG). Der BR ist somit nur in Ausnahmefällen, wenn die Interessen der von ihm vertretenen Belegschaft betroffen sind, mitwirkungsbefugt und hat dabei noch tunlichst den Betrieb nicht zu stören. Eine Gefahr einer unzulässigen Beeinflussung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ist – insb auch im Vergleich zu der Situation in Standardarbeitsverhältnissen – somit nicht auszumachen.

können – innerhalb der Grenzen des AV – für den überlassenen AN auch nachteilig sein, vgl mwN *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 142ff.

⁷²⁸ Vgl dazu eingehend das dritte Kapitel des dritten Teils der vorliegenden Arbeit.

Zudem ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass nicht jede „*Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz*“ das Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG auslöst. Nur unter besonderen Umständen hängt die Versetzung von der Zustimmung des BR ab. Ansonsten löst eine Versetzung keine oder nur schwächere Mitwirkungsrechte aus. So ist eine temporäre Versetzung – unabhängig davon, ob sie verschlechternd ist oder nicht – stets mitwirkungsfrei.⁷²⁹ Aufgrund der beiden Funktionen⁷³⁰ der Arbeitskräfteüberlassung – der Deckung von kurzfristigen Personalmangels und auch der Bewältigung von zeitlich begrenzten Schwankungen des Auftragsvolumens – ist daher davon auszugehen, dass das **Gros der Überlassungen** in der Praxis schon allein aufgrund der kurzen Dauer nicht der Mitwirkung des § 101 ArbVG unterliegen wird – unabhängig davon, ob diese verschlechternd sind oder nicht. Das wird insb auf die Mitwirkung bei (Rück-)Versetzen in den Überlasserbetrieb zutreffen. Es ist davon auszugehen, dass Stehzeiten von 13 Wochen und länger in der Praxis wohl kaum vorkommen.⁷³¹

Zudem ist der BR über eine dauernde Versetzung, die für den AN nicht verschlechternd ist, lediglich zu informieren und über sein Verlangen ist mit ihm darüber zu beraten.⁷³² Dieselben Mitwirkungsbefugnisse kommen dem BR zu, wenn mit der „*Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz*“ eine Anhebung der Verwendung im Betrieb (§ 104 ArbVG) verbunden ist. Der Fall einer dauernden, verschlechternden Versetzung und damit das Vorliegen eines Zustimmungsrechts des BR wird daher auch in der Praxis der Arbeitskräfteüberlassung wohl eher die **Ausnahme** darstellen. Dennoch sind solche Konstellationen denkbar und ein Schutzinteresse der betroffenen AN wie auch der betroffenen Belegschaften gegeben.

Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass der überlassene AN nicht an die Entscheidung des Betriebsrates gebunden ist. Der Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG zeichnet sich – wie bereits eingangs dargestellt – ja gerade dadurch aus, dass die arbeitsvertragliche von der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene vollkommen **getrennt zu**

⁷²⁹ Ob es sich um eine dauernde Versetzung handelt, ist nach den Umständen im Zeitpunkt der Versetzung zu beurteilen, wobei sie nicht als dauernd gilt, wenn sie für voraussichtlich weniger als 13 Wochen erfolgt. Der OGH geht jedoch davon aus, dass eine, ohne nähere Zeitangabe – also ohne Befristung – vorgenommene Versetzung jedenfalls als dauernd anzusehen ist, vgl ua OGH 16.03.1988, 9 ObA 34/88, ARD 4006/8/88 = infas 1988, A 67; OGH 28.11.2002, 8 ObA 202/02t, SZ 2002/163; OGH 06.04.2005, 9 ObA 88/04p, ARD 5628/4/2005 = ASoK 2005, 341.

⁷³⁰ Vgl dazu die Ausführungen zu den Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit.

⁷³¹ So auch *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 188.

⁷³² Das Informationsrecht ist aber einklagbar, vgl OGH 09.04.1997, 9 ObA 2291/96v, SZ 70/62; OGH 04.10.2000, 9 ObA 198/00h.

betrachten ist („Zwei-Ebenen-Theorie“). Auch wenn der BR seine Zustimmung zur Versetzung verweigert, steht es dem überlassenen AN dennoch frei, anstelle einer allfälligen Stehzeit den Dienst beim neuen Beschäftiger anzutreten. Allein der AN kann eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Versetzungsweisung einbringen. Dem BR sind in dieser Hinsicht die Hände gebunden. Zu einer Blockade der Versetzung gegen den Willen des überlassenen AN kann es daher nicht kommen. Ein zuvor dargestellter „Pyrrhussieg“ für den überlassenen AN kann somit jedenfalls vermieden werden. Im Hinblick auf die gem § 2 Abs 2 AÜG erteilte Vorauszustimmung⁷³³ des AN zur Überlassung an Dritte im Arbeitsvertrag stellt aber der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz immer noch ein notwendiges – und idR das einzige – Korrektiv dar, mit der der uU sehr weit gehenden Einsetzbarkeit überlassener AN Grenzen gesetzt werden können.⁷³⁴

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass auf die Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG anwendbar ist. Arbeitnehmerähnliche Personen unterliegen diesem Schutz nicht, da sie idR keine AN iSd § 36 ArbVG sind. Wie bereits im vorangegangenen Kapitel gezeigt werden konnte, ist der Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG grds auch bei betriebsübergreifenden Versetzungen anwendbar. Temporäre Versetzungen – unabhängig davon, ob sie verschlechternd sind oder nicht – sind stets mitwirkungsfrei. Aufgrund der beiden Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung – der Deckung kurzfristigen Personalmangels und auch der Bewältigung von zeitlich begrenzten Schwankungen des Auftragsvolumens – wird das Gros der Überlassungen in der Praxis somit ohnehin nicht der Mitwirkung des § 101 ArbVG unterliegen. In der Folge werden verschiedene Fallkonstellationen im Hinblick auf den betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutz überlassener AN vorgestellt und im Anschluss daran einer eingehenden Untersuchung unterzogen.

⁷³³ Im Schrifttum wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass im Fall der Aufnahme einer generellen Zustimmungserklärung des AN zur Überlassung an Dritte im Arbeitsvertrag keine gesonderte Zustimmung des AN zu jeder einzelnen Überlassung erforderlich ist, vgl dazu mwN *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 126ff; aA lediglich *Schindler* in *ZellKomm*² § 2 AÜG Rz 14.

⁷³⁴ So schon zutr *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 189.

5. Vorstellung der möglichen Versetzungskonstellationen

Überlassene AN sind sowohl im Überlasser- als auch im Beschäftigerbetrieb Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG. Sie unterliegen daher – wie bereits ausgeführt – auch dem betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG, der auch betriebsübergreifend wirkt.

Im Hinblick auf die Versetzung von überlassenen Arbeitnehmern sind mehrere Konstellationen denkbar. Zum einen kann der überlassene AN von einem Arbeitsplatz im Beschäftigerbetrieb auf einen anderen Arbeitsplatz im selben Beschäftigerbetrieb versetzt werden. Im Rahmen einer solchen **innerbetrieblichen Versetzung** kann die Versetzungsweisung sowohl **(1)** vom Überlasser, als auch – wenn dieses Recht delegiert wurde – **(2)** vom Beschäftiger ohne Einbeziehung des Überlassers ausgesprochen werden.

Die Arbeitskräfteüberlassung zeichnet sich durch einen regelmäßigen Wechsel des Beschäftigers aus. Auch im Hinblick auf solche **betriebsübergreifenden Versetzungen** sind ebenfalls mehrere Konstellationen vorstellbar. Zum einen kann der überlassene AN **(3)** auf einen Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb *desselben* Beschäftigers oder **(4)** auf einen anderen Arbeitsplatz bei einem *neuen* Beschäftiger (weiter-)versetzt werden. Zu den betriebsübergreifenden Versetzungen zählt zudem auch **(5)** die (Rück-)Versetzung des überlassenen AN in den Überlasserbetrieb.

Wie allgemein im Rahmen der Untersuchung betriebsverfassungsrechtlicher Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung besteht auch im Zusammenhang mit der Versetzung von überlassenen AN die Möglichkeit, dass zwei Belegschaften von der Versetzung betroffen sind und somit theoretisch Mitwirkungsrechte von zwei Betriebsräten ausgelöst werden. Welchem BR in welcher Konstellation das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG zukommt, ist im Schrifttum umstritten und Judikatur zu dieser Frage fehlt mangels Anlassfall. In der Folge ist daher die Zuständigkeit des Überlasser- und des Beschäftigerbetriebsrates im Rahmen des Mitwirkungsrechts gem § 101 ArbVG in den unterschiedlichen Konstellationen zu untersuchen.

Es ist dabei zuerst auf die Mitwirkung im Rahmen von innerbetrieblichen Versetzungen einzugehen. Im Anschluss daran werden die möglichen Varianten betriebsübergreifender Versetzungen untersucht. Abschließend ist noch auf den Spezialfall der betriebsübergreifenden Versetzung – der Rückversetzung in den Überlasserbetrieb – einzugehen.

6. Innerbetriebliche Versetzungen

6.1. Problemaufriss

Während dem Einsatz von überlassenen AN in einem bestimmten Beschäftigerbetrieb kann die Zuweisung eines neuen Arbeitsplatzes erforderlich werden. Im Hinblick auf die Frage, welchem Betriebsrat das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG zukommen soll, werden im Schrifttum zwei gegensätzliche Standpunkte vertreten.

Nach Ansicht mancher Autoren soll das Zustimmungsrecht allein dem **Überlasser-BR**⁷³⁵ zukommen, andere Autoren vertreten wiederum die Ansicht, dass eine innerbetriebliche Versetzung dem Mitwirkungsrecht des **Beschäftiger-BR**⁷³⁶ unterliegt. Einige Autoren⁷³⁷ differenzieren dabei danach, wer die Weisung erteilt und welche Belegschaft von der Versetzung betroffen ist. Erteilt der Beschäftiger die Weisung, so soll der Beschäftiger-BR zuständig sein.⁷³⁸ Stammt die Weisung hingegen vom Überlasser, sei der Überlasser-BR zuständig. Der Großteil der Autoren unterscheidet im Hinblick auf die Bestimmung der Zuständigkeit aber nicht danach, von welchem BI die Weisung stammt.⁷³⁹

Da im Hinblick auf die Zuständigkeitsfrage bei innerbetrieblichen Versetzungen der Meinungsstand uneinheitlich ist, ist die Frage in der Folge einer erneuten Untersuchung zu

⁷³⁵ Vgl *Friedrich*, ASoK 2007, 221; im Ergebnis schon *Geppert* (AÜG 254), wonach § 101 ArbVG das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraussetzt und daher im Beschäftigerbetrieb nicht zur Anwendung kommen kann; *Marhold*, ASoK 2008, 252; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 82; *Ders* (RdW 1987/11, 377) für den ein Mitwirkungsrecht des Beschäftiger-BR nur in zwei Fällen anzunehmen ist: Entweder hat der überlassene AN einen AV mit dem Beschäftiger geschlossen oder der Überlasser und der Beschäftiger wollen mithilfe von Arbeitskräfteüberlassung die Mitwirkungsrechte der Belegschaft umgehen (§ 916 ABGB); *Rauch*, *ecolex* 2008, 158; in diese Richtung wohl auch *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 325.

⁷³⁶ Vgl *Födermayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 101 Rz 105f; *Goricnik*, Zur Entmythologisierung der „Arbeitskräfteüberlassung“ bei Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich, wbl 2011, 77; *Ders* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 103; auch *Jabornegg*, Ausgliederungen und Betriebsverfassungsrecht, In *Brodil*, Ausgliederungen: Arbeitsrecht am "Zusammenfluss" von Beamten und Arbeitnehmern (2009) 57; *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); auch *Krejci* (in *Krejci*, Bau-Arge 165), wonach der Beschäftiger-BR zuständig sein soll, da und soweit die Versetzung mit der Tätigkeit der überlassenen AN im Beschäftigerbetrieb und den mit ihr verbundenen Arbeitgeberrechten und -pflichten zusammenhängt; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 45; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 124.

⁷³⁷ So *Friedrich*, ASoK 2007, 218f; *Schneller*, *ecolex* 2006, 1020; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 45.

⁷³⁸ AA *Marhold* (ASoK 2008, 252), da die Erklärung der Versetzung – mag sie auch vom Beschäftiger vorgenommen werden – rechtlich dem Überlasser zuzuordnen ist, da der Beschäftiger über keine vom Überlasser trennbaren Arbeitgeberrechte verfügt; in diese Richtung auch *B. Schwarz* (in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 325), wonach der Beschäftiger auch im eigenen Betrieb nicht berechtigt ist die überlassene Arbeitskraft ohne Zustimmung des Überlassers zu versetzen.

⁷³⁹ So zB *Friedrich* (ASoK 2007, 221), der bis auf Fälle der atypischen Arbeitskräfteüberlassung nicht danach differenziert, wer die Versetzung innerhalb des Beschäftigerbetriebes anordnet; *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 165; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 82; *Ders*, RdW 1987/11, 377; *Rauch*, *ecolex* 2008, 158; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 124.

unterziehen. Eingangs ist die Anwendbarkeit des von der hA entwickelten Leitsatzes über die allgemeine Zuständigkeitsverteilung zwischen den beteiligten Betriebsräten im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung zu untersuchen. Danach verteilen sich die Mitwirkungsrechte zwischen Überlasser- und der Beschäftiger-BR danach, ob es sich um eine arbeitsvertragliche oder eine betriebsbezogene Angelegenheit handelt. Im Anschluss daran ist der Schutzzweck des § 101 ArbVG zu erforschen und die gewonnenen Erkenntnisse auf die eingangs vorgestellten, innerbetrieblichen Versetzungskonstellationen anzuwenden.

6.2. Zur Anwendbarkeit des Leitsatzes zur Beurteilung der Zuständigkeitsfrage

Auch nach Umsetzung der Leiharbeits-RL fehlt eine klare gesetzgeberische Verteilung der einzelnen Befugnisbereiche der beteiligten Betriebsräte in Hinblick auf überlassene AN.⁷⁴⁰ Im Schrifttum⁷⁴¹ entwickelte sich seit dem Inkrafttreten des AÜG der oft zitierten Leitsatz, die Aufgabenteilung zwischen den beiden Betriebsräten ergäbe sich aus der Art des Mitwirkungsrechts. Es sei somit nach dem **Sinn und Zweck** der jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Vorschrift zu beurteilen, ob und inwieweit sie auch auf überlassene AN anzuwenden ist.⁷⁴²

Für die Beurteilung der Zuständigkeitsfrage ist demnach zwischen **betriebsbezogenen** und **arbeitsvertraglichen** Angelegenheiten zu differenzieren. Bezieht sich die Mitwirkung auf Fragen, die nur im Verhältnis zwischen Überlasser und überlassenen AN geregelt werden können, weil sie den Arbeitsvertrag betreffen, sei der Überlasser-BR zuständig.⁷⁴³ Soweit Probleme der tatsächlichen Beschäftigung betroffen

⁷⁴⁰ So schon zutr *Schrattbauer/Goricnik*, DRdA 2013, 287.

⁷⁴¹ Vgl ua *Anzenberger*, ASoK 2001, 386; *Friedrich*, ASoK 2007, 216; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 132; *Ders*, AÜG 249; *Ders*, DRdA 2011, 512; so schon *Krejci* in *Krejci*, Bau-Arge 163; *Holzer/Reissner*, ASoK 2004, 215ff; *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 314, 324ff; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 101; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 122; *Ders*, ZAS 2011/41, 248f; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 36 Rz 1; krit *Schneller*, *ecolex* 2006, 1018. IdS auch OGH 15.07.1987, 9 Ob A 63/87, ZAS 1988/9, 95 (krit *Schnorr*).

⁷⁴² Vgl *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung 133; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 86f; *Klein* (in *Brodil*, Diener fremder Herren [erscheint voraussichtlich 2017]) stellt auf Zweck und Funktion ab; *Löschnigg* (Arbeitsrecht¹² Rz 9/044) stellt auf die Art der Mitwirkung und den Einwirkungsbereich ab, insb drauf, ob es eher am Arbeitsverhältnis oder eher an den Weisungsrechten, die der Überlasser auf den Beschäftiger überträgt, anknüpft; *Mazal*, RdW 1987/11, 376; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 101.

⁷⁴³ Vgl ua *Geppert*, AÜG 254; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 86f; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 122f; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 101; *Schrammel*, ZAS 1973, 167 (noch zum BRG); *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 314, 323f. So auch OGH 15.07.1987, 9 Ob A 63/87, ZAS 1988/9, 95 (krit *Schnorr*).

sind, die unmittelbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung zusammenhängen, sei der Beschäftiger-BR zuständig.⁷⁴⁴

Die Sachgerechtigkeit dieser Unterscheidung ist nicht unumstritten⁷⁴⁵ und führt insb im Hinblick auf den betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutz zu **keinen klaren Ergebnissen**, wie auch der eingangs dargestellte Meinungsstand im Schrifttum anschaulich beweist. Grund hierfür ist, dass das Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG – im Gegensatz zu anderen Mitwirkungsrechten des ArbVG – **zwiespältig** angelegt ist. Der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz bezieht sich nämlich sowohl auf ein beschäftigungsbezogenes Kriterium („*Einreihung auf einen Arbeitsplatz*“), berührt aber auch die vertragliche Rechtsstellung des überlassenen AN durch den Verweis auf die Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen.⁷⁴⁶

Eine klare Lösung der Zuständigkeitsfrage im Rahmen des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes ist mithilfe des Leitsatzes auf den ersten Blick somit nicht auszumachen. In der Folge ist daher der Schutzzweck des § 101 ArbVG zu untersuchen. Es ist soll dabei geklärt werden, ob dieser primär auf die arbeitsvertraglichen oder die betriebsbezogenen Aspekte einer Versetzung abzielt.

6.3. Zum Schutzzweck des § 101 ArbVG

Weder die **Materialien** zur Stammfassung des Mitwirkungsrechts des BR bei Versetzungen noch jene zu den Novellen enthalten Hinweise zum Zweck des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes.⁷⁴⁷ Auch der **Wortlaut** des § 101 ArbVG hilft zur Bestimmung der zu berücksichtigenden Interessen auf den ersten Blick nicht weiter. Er nennt insbesondere keine Gründe, bei deren Vorliegen der Betriebsrat einer Versetzung jedenfalls zu widersprechen hat.

⁷⁴⁴ Vgl *Anzenberger*, ASoK 2001, 386; *Friedrich*, ASoK 2007, 215; *Geppert*, AÜG 249; *Goricnik* (wbl 2011, 77) wonach der Beschäftiger-BR jene Mitwirkungsrechte geltend machen kann, die sich aus der Eingliederung der überlassenen AN in den Beschäftigertbetrieb ergeben und an den Beschäftigert adressiert sind; *Schrammel*, ZAS 1973, 167 (noch zum BRG); *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 314; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 123. IdS auch OGH 15.12.2009, 9 ObA 29/09v, ARD 6063/3/2010; OGH 15.12.2009, 9 ObA 24/09h, ARD 6048/5/2010 = DRdA 2011/21, 257 (*Holzer*); zuletzt OGH 26.11.2013, 9 ObA 101/13p, ARD 6391/19/2014 = RdW 2014/325, 289.

⁷⁴⁵ Krit dazu zB *Anzenberger*, ASoK 2001, 386; *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 9/046; *Schneller*, *ecolex* 2006, 1018.

⁷⁴⁶ Vgl *Marhold*, ASoK 2008, 252.

⁷⁴⁷ Vgl ErläutRV 320 BlgNR 5. GP 11; ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 85; ErläutIA 205/A BlgNR 16. GP 19f.

Einen Hinweis auf den Schutzzweck des § 101 ArbVG liefert aber die **Systematik** der Betriebsverfassung. Danach ist die Zielbestimmung des § 39 ArbVG grundsätzlich bei der Ausübung der Mitwirkungsbefugnisse gem §§ 89 bis 112 ArbVG – also auch dem Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG – sowohl von den Organen der Arbeitnehmerschaft als auch vom BI zu beachten. Es ist daher davon auszugehen, dass es auch bei der betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkung in personellen Angelegenheiten primär um die sachliche Mitwirkung des BR an der jeweiligen Maßnahme als Teil der Betriebsführung, mit dem Ziel der Herbeiführung eines Interessenausgleichs zum „**Wohl der Arbeitnehmer des Betriebes**“ (§ 39 Abs 1 ArbVG), geht.⁷⁴⁸

Mit dem „*Wohl der Arbeitnehmer*“ iSd § 39 ArbVG ist die Belegschaft als Kollektiv und nicht etwa das einzelne Belegschaftsmitglied gemeint.⁷⁴⁹ Die dem Betriebsverfassungsrecht zugrundeliegende Konzeption der Interessenvertretung weist daher einen **kollektiven Charakter** auf. Der BR hat weder im Allgemeinen noch im Speziellen bei der Ausübung seines Mitwirkungsrechts gem § 101 ArbVG das Interesse des einzelnen betroffenen AN, sondern (im Zweifel) jenes der Belegschaft, die er zu vertreten hat, zu berücksichtigen.⁷⁵⁰ Für diese Ansicht spricht auch, dass eine bloße Verstärkung der Individualinteressen dem Modell der österreichischen Betriebsverfassung widerspricht.⁷⁵¹

Diese Auffassung stimmt auch mit der stRsp⁷⁵² des **OGH** überein. Danach übt der BR im Rahmen des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes – wie auch bei anderen Mitwirkungsrechten – ein Recht der (gesamten) Belegschaft aus. Das Mitbestimmungsrecht gem § 101 ArbVG ist dabei unabhängig vom Verhalten des

⁷⁴⁸ Vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 52.

⁷⁴⁹ So *Gahleitner* in ArbVR II⁵ § 38 Rz 12. So auch der OGH (17.12.2003, 9 ObA 136/03w, *ecolex* 2004, 389 = *ARD* 5508/5/04 = *wbl* 2004, 339), wonach „*keine Verpflichtung des Betriebsrates zur Erfüllung bestimmter Wünsche einzelner Arbeitnehmer*“ besteht (hier im Zusammenhang mit dem allgemeinen Kündigungsschutz).

⁷⁵⁰ Vgl zB *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 1f; idS sind wohl auch die Ausführungen von *Löschnigg* (Arbeitsrecht¹² Rz 6/051) zu verstehen; *Schrammel*, Zur Rechtsstellung des Betriebsrates, In FS *W. Schwarz* 297; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 52; auch *Staufer* (Versetzung 176), der seine Auffassung damit begründet, dass der Gesetzgeber – hätte er Individualinteressen den Vorzug einräumen wollen – ansonsten eine den individuellen leistungsbezogenen Entgelten entsprechende Regelung getroffen hätte; so auch *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 39 ArbVG Rz 1. Dieselben Überlegungen gelten auch hinsichtlich anderer personeller Mitwirkungsrechte, wie insb dem allgemeinen Kündigungsschutz gem § 105 ArbVG, vgl eingehend *Gahleitner* in ArbVR II⁵ § 38 Rz 12 sowie § 39 Rz 2.

⁷⁵¹ Vgl *Staufer*, Versetzung 176.

⁷⁵² So zB OGH 25.06.1985, 4 Ob 79/85, Arb 10472 = *RdW* 1985, 381; OGH 16.11.1994, 9 ObA 214/94; OGH 06.04.2005, 9 ObA 88/04p, *ARD* 5628/4/2005 = *ASoK* 2005, 341; OGH 31.08.2005, 9 ObA 35/05w, *SZ* 2005/122. Diese Ansicht wird auch im Schrifttum vertreten, vgl statt vieler *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 1.

betroffenen Arbeitnehmers ausgestaltet, da der **Normzweck** darin besteht, den einzelnen Arbeitnehmer wegen seiner Abhängigkeit vom BI unter den Schutz der Betriebsverfassung zu stellen. Selbst die Verhinderung von Willkür dient aber dabei nicht primär dem Schutz des Einzelnen, sondern dem Interesse der Belegschaft an einer gerechten Personalpolitik.⁷⁵³ Aus diesem Grund vertritt der OGH in stRsp den Standpunkt, dass der Betriebsrat bei „*Ausübung seines Mitbestimmungsrechts (...) das Interesse der Belegschaft und **nicht (nur)** das Interesse des von der Versetzung betroffenen Arbeitnehmers zu wahren*“⁷⁵⁴ hat. Diese Auffassung wird auch von der hL⁷⁵⁵ vertreten.

Auch im Schrifttum wird vertreten, dass das Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG **primär im Interesse der Belegschaft** auszuüben ist. Diese Ausrichtung ist unproblematisch, wenn sich die Interessen des betroffenen AN mit jenen der Belegschaft decken. Bei widerstreitenden Interessen hat der BR jedoch jenen der Belegschaft den Vorzug zu geben.⁷⁵⁶

Auf die stRsp und hA stützt sich zB auch *Schneller*⁷⁵⁷, wenn er davon ausgeht, dass der Schutzzweck des § 101 ArbVG in der Wahrung der Globalinteressen der Belegschaft besteht und deshalb nur in geringem Maße arbeitsvertragsbezogen ist, sondern primär am **Faktum der Beschäftigung** – also der (sich ändernden) Verwendung im Betrieb –

⁷⁵³ Vgl *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 91; so auch schon *Schrammel* (in FS *W. Schwarz* 296), wonach zu den Solidarinteressen der Belegschaft auch der Schutz einzelner AN, die durch Entscheidungen des AG benachteiligt werden, gehört.

⁷⁵⁴ OGH 06.04.2005, 9 ObA 88/04p, ARD 5628/4/2005 = ASoK 2005, 341; ebenso in OGH 31.08.2005, 9 ObA 35/05w, SZ 2005/122. Hervorhebung in Fettschrift durch die Verfasserin. Davor noch in OGH 25.06.1985, 4 Ob 79/85, Arb 10472 = RdW 1985, 381 sowie in OGH 16.11.1994, 9 ObA 214/94: „*Der Betriebsrat hat bei der Ausübung seines Mitbestimmungsrechts das Interesse der Belegschaft und **nicht** das Interesse des von der Versetzung betroffenen Arbeitnehmers zu wahren.*“ Hervorhebung in Fettschrift durch die Verfasserin. Der OGH hat sich damit in der Zwischenzeit in seiner Begründung der Mehrzahl der Stimmen des Schrifttums angepasst, die im Schutzzweck des § 101 ArbVG nicht – wie der OGH zuvor – ausschließlich, aber doch überwiegend den Schutz der betroffenen Belegschaft erblicken.

⁷⁵⁵ So zB *Burger*, Glosse zu OGH 28.04.2008, 8 ObA 78/07i, DRdA 2009/49, 522f; *Födermayr*, Betriebsverfassungsrechtlicher Aspekt einer Versetzung – § 101 ArbVG, In *Resch*, Versetzung 67; *Dies* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 101 Rz 56, 105; *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 1; *Ders*, Betriebsverfassungsrechtlicher Versetzungsschutz für „ausgegliederte“ Beamte? RdW 4/2003, 207; *Kietaiabl*, Arbeitsrecht I 146; *Ders*, ZAS 2005/11, 53f; *Reissner* in *ZellKomm*² § 101 ArbVG Rz 19; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Normzweck und Rz 40; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁷ 112; *Tinhofer*, ZAS 2005/12, 62; in diese Richtung wohl auch *Tomandl*, ZAS 2011/41, 251; *Ders* in *GS Mayer-Maly* 483f; *Trost*, Glosse zu OGH 09.04.1997, 9 Ob A 2291/96v, DRdA 1998/2, 114 („*Hüter einer Befugnis der Belegschaft*“); *Wachter* in *Resch*, Versetzung 36 (insb FN 48); aA *Schrammel* (ZAS 1975/6, 208) wonach der Zweck des Versetzungsschutzes va im individualrechtlichen Bereich liegt; ähnlich *Schnorr*, Grundfragen des Arbeitsverfassungsgesetzes, DRdA 1976, 119.

⁷⁵⁶ Vgl *Födermayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 101 Rz 5, 56; *Dies* in *Resch*, Versetzung 67; *Staufner*, Versetzung 176; *Tinhofer*, ZAS 2005/12, 62.

⁷⁵⁷ *Ecolex* 2006, 1019.

anknüpft. Eine andere Ansicht vertritt hier zB *Friedrich*⁷⁵⁸. Der zentrale Zweck des § 101 ArbVG besteht für ihn darin, AN zusätzlich zu ihren (vertragsrechtlich) faktisch nur schwachen Abwehrmöglichkeiten gegen unsachliche, verschlechternde Versetzungen einen betriebsverfassungsrechtlichen Schutz zu gewähren. Der Versetzungsschutz ist für ihn daher ein klar **arbeitsvertragsbezogenes Mitwirkungsrecht**. Diese Arbeitsvertragsbezogenheit zeigt sich für ihn bei der Arbeitskräfteüberlassung sogar im gesteigerten Maße, da Arbeitsverträge hier generell durch eine relativ flexible Einsatzmöglichkeit der AN gekennzeichnet sind.

Aus meiner Sicht sprechen zum einen schon die eingangs dargestellten systematischen Überlegungen (§ 39 ArbVG: „*Wohl der Arbeitnehmer des Betriebes*“) für die Betriebs- und Beschäftigungsbezogenheit des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes (§ 101 ArbVG). Die Systematik des zweiten Teils des ArbVG weist klar auf den grundsätzlich kollektiven Charakter der betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte und somit auch des in § 101 ArbVG normierten betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes hin. Der BR hat deshalb weder im Allgemeinen noch im Speziellen bei der Ausübung seines Mitwirkungsrechts gem § 101 ArbVG das Interesse des einzelnen betroffenen AN, sondern (im Zweifel) jenes der Belegschaft, die er zu vertreten hat, zu berücksichtigen. Diese Auffassung entspricht – wie bereits gezeigt werden konnte – der hA⁷⁵⁹ und spricht folglich für die primäre Betriebs- und Beschäftigungsbezogenheit des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes.

Auch der Umstand, dass dem BR das Mitwirkungsrecht unabhängig vom Verhalten des betroffenen Arbeitnehmers zukommt, spricht gegen die Arbeitsvertragsbezogenheit des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes gem § 101 ArbVG. Unabhängig davon, ob der AN die Versetzung forciert⁷⁶⁰, mit dieser einverstanden ist oder ob die Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz der vertraglich übernommenen Arbeitspflicht des AN entspricht, kommt dem BR das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG dennoch zu.

⁷⁵⁸ ASoK 2007, 218.

⁷⁵⁹ Vgl OGH 06.04.2005, 9 ObA 88/04p, ARD 5628/4/2005 = ASoK 2005, 341; ebenso in OGH 31.08.2005, 9 ObA 35/05w, SZ 2005/122. Im Schrifttum ua *Burger*, Glosse zu OGH 28.04.2008, 8 ObA 78/07i, DRdA 2009/49, 522f; *Födermayr* in *Resch*, Versetzung 67; *Dies* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 101 Rz 56, 105; *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 1; *Kietaibl*, ZAS 2005/11, 53f; *Reissner* in *ZellKomm*² § 101 ArbVG Rz 19; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Normzweck und Rz 40; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁷ 112; *Tinhofer*, ZAS 2005/12, 62; *Tomandl*, ZAS 2011/41, 251; *Trost*, DRdA 1998/2, 114; *Wachter* in *Resch*, Versetzung 36 (insb FN 48).

⁷⁶⁰ Vgl OGH 25.06.1985, 4 Ob 79/85, Arb 10472 = RdW 1985, 381; OGH 04.10.2000, 9 ObA 198/00h.

Dieser Umstand spricht aus meiner Sicht ebenfalls für den kollektiven Normzweck und damit für die Betriebs- und Beschäftigungsbezogenheit des Mitwirkungsrechts.

Dagegen kann nach mE nicht vorgebracht werden, dass bei der vertragsändernden Versetzung die Zustimmung des BR neben der Zustimmung des AN die Voraussetzung für die Änderung des Arbeitsvertrags ist. Dieser Umstand spräche nach *Rauch*⁷⁶¹ dafür, dass die Versetzung eher der arbeitsvertraglichen Ebene zuzuordnen ist.

Zum einen spricht gegen diese Auffassung, dass die arbeitsvertragliche von der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene im Rahmen des Versetzungsschutzes völlig getrennt zu betrachten ist („Zwei-Ebenen-Theorie“). Zum anderen unterscheidet der Wortlaut des § 101 ArbVG ja gerade nicht zwischen vertragsändernden und direktorialen Versetzungen und normiert nicht das Erfordernis, dass der AN der vertragsändernden Versetzung widersprochen haben muss.⁷⁶² Darüber hinaus verpflichtet die Zustimmung des BR im Falle einer vertragsändernden Versetzung den AN nicht, einer Änderung seines Arbeitsvertrages zuzustimmen.

Diese Überlegungen können auch gegen das Argument, die Arbeitsvertragsbezogenheit des Versetzungsschutzes ergäbe sich aus dem Umstand, dass allein der Überlasser Vertragspartei des Arbeits- wie auch des Dienstverschaffungsvertrages ist⁷⁶³, ins Treffen geführt werden. Gleiches trifft auch für das Argument zu, dass die in den betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechten normierten Einschränkungen die Existenz entsprechender Gestaltungsrechte des BI voraussetzen würden, was für die Arbeitsvertragsbezogenheit des Mitwirkungsrechts spreche.⁷⁶⁴ Auch dieses Argument vermag nicht zu überzeugen, steht es doch dem Überlasser als AG frei dem Beschäftiger im Rahmen des Dienstverschaffungsvertrages entsprechende Gestaltungsrechte zu delegieren.

Bei einer Gesamtschau der vorgebrachten Argumente ist somit nach mE davon auszugehen, dass im Rahmen des Mitwirkungsrechts des § 101 ArbVG der **Betriebs- und Beschäftigungsbezug** überwiegt. Die Zuständigkeit des Beschäftiger-BR im Rahmen des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes ist daher grds nicht ausgeschlossen.

⁷⁶¹ Ecolex 2008, 158.

⁷⁶² Vgl OGH 25.06.1985, 4 Ob 79/85, Arb 10472 = RdW 1985, 381.

⁷⁶³ Vgl *Friedrich*, ASoK 2007, 221.

⁷⁶⁴ Vgl *Friedrich*, ASoK 2007, 221; so schon *Müller*, ZAS 1968, 82 (noch zum BRG); *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 82; *Ders*, RdW 1987/11, 377.

6.4. Zuständigkeit bei innerbetrieblichen Versetzungen

In der Folge ist zu untersuchen, welchem Betriebsrat das Mitwirkungsrecht bei einer innerbetrieblichen Versetzung im Beschäftigertrieb zukommt. Die Versetzungsweisung kann dabei sowohl vom Überlasser – als vertraglichem Arbeitgeber des überlassenen Arbeitnehmers – als auch vom Beschäftigter stammen. Voraussetzung für die Versetzung aufgrund einer Beschäftigterweisung ist lediglich, dass der Überlasser dem Beschäftigter dementsprechende Weisungsrechte im Dienstverschaffungsvertrag delegiert hat.⁷⁶⁵ Eine solche Delegation ist nicht ungewöhnlich, ermöglicht sie doch dem Beschäftigter den Einsatz der überlassenen AN seinen betrieblichen Bedürfnissen anzupassen.

Die Zuständigkeit im Rahmen des Mitwirkungsrechts des § 101 ArbVG hat sich primär an der Ausübung der betrieblichen Organisationsgewalt und somit, an dem Weisungsrecht zu orientieren. Die Mitwirkungspflichtigkeit bestimmt sich damit in erster Linie danach, welchem Betriebsinhaber die **Maßnahme zuzuordnen** ist. Diese Vorgehensweise hat gegenüber anderen Varianten den Vorteil der Klarheit. Die Ermittlung, auf welchen Betriebsinhaber sich die beteiligungsrelevante Entscheidung zurückführen lässt, sollte idR ohne großen Aufwand möglich sein.⁷⁶⁶

Zur Beurteilung der Frage, welchem Betriebsrat das Zustimmungsrecht gem § 101 ArbVG zukommt, ist somit eingangs zu bestimmen, welchem BI die Maßnahme zuzuordnen ist. Es kann dabei nicht primär darauf ankommen, welcher BI schlussendlich die Versetzung verfügt hat, sondern es ist vielmehr zu ermitteln, welcher BI die Versetzungsentscheidung getroffen hat. Wenn die Maßnahme auf einer Entscheidung des **Beschäftigters** beruht, da dieser einen konkreten überlassenen AN auf einen anderen Arbeitsplatz in seinem Betrieb einordnen will, so kommt das Zustimmungsrecht gem

⁷⁶⁵ Vgl zur Weisungsdelegation die Ausführungen im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit. Gerade aus diesem Grund lehnt *Mazal* (RdW 1987/11, 377) ein Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG des Beschäftigter-BR ab. Nach seiner Ansicht könne der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz nur gegenüber dem Arbeitsvertragspartner des AN Anwendung finden, da dieser die Existenz entsprechender Gestaltungsrechte zugunsten des BI voraussetzt. Hier ist aber aus meiner Sicht zu beachten, dass der Überlasser diese Gestaltungsrechte aber nicht selbst ausüben muss, er kann sie auch delegieren. Ähnlich wie *Mazal* argumentiert aber auch *Marhold* (ASoK 2008, 252). Aus seiner Sicht ist die Versetzungsweisung rechtlich dem Überlasser zuzuordnen, da der Beschäftigter über keine vom Überlasser trennbaren Arbeitgeberrechte verfügt. Soll daher das Mitwirkungsrecht des BR im Rahmen des Versetzungsschutzes Wirkungen erzeugen können, muss es nach sA gegenüber dem Überlasser ausgeübt werden, denn auf dessen Willensentscheidung komme es im Konfliktfall an. Wenn der Überlasser eine solche Willensentscheidung aber schon getroffen hat, indem er dem Beschäftigter im Rahmen des Dienstverschaffungsvertrages die entsprechenden Rechte delegiert, ist aus meiner Sicht nicht mehr zwingend von der Zuständigkeit des Überlasser-BR auszugehen.

⁷⁶⁶ Vgl *Schneller*, *ecolex* 2006, 1020 mwH und Beispielen.

§ 101 ArbVG dem **Beschäftiger-BR** zu.⁷⁶⁷ Die Pflicht des Beschäftiger-BR, seine Mitwirkungsrechte auch zugunsten der überlassenen AN auszuüben – soweit der Beschäftiger Arbeitgeberfunktionen gegenüber diesen überlassenen AN ausübt – ergibt sich dabei aus der faktischen Eingliederung des überlassenen AN und damit seiner betriebsverfassungsrechtlichen Zugehörigkeit zur Belegschaft des Beschäftigerbetriebes (§ 36 ArbVG).⁷⁶⁸ Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, ob dem Beschäftiger bereits im Dienstverschaffungsvertrag entsprechende Weisungsrechte delegiert wurden, um ohne weitere Genehmigung und ohne Rücksprache eine solche Versetzung anweisen zu können, oder ob er den Überlasser im Einzelfall ersucht hat, eine solche Versetzung im Rahmen des Dienstverschaffungsvertrages für ihn durchzuführen.

Von einer solchen innerbetrieblichen Versetzung, die auf einer Entscheidung des Beschäftigers beruht, ist in erster Linie die Belegschaft des Beschäftigerbetriebes betroffen. Der Beschäftigerbetriebsrat kann daher auch am besten die betrieblichen Auswirkungen der Versetzung beurteilen.⁷⁶⁹ Auch nach einer älteren Entscheidung des OGH⁷⁷⁰ soll es im Zweifel für die Klärung der Zuständigkeitsfrage darauf ankommen, ob die Interessen der überlassenen AN vom Beschäftiger-BR vertreten werden können. Der Beschäftiger-BR hat zudem auch im Hinblick auf **§ 2 Abs 3 AÜG** ein Interesse an der Mitwirkung im Rahmen des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes, da sich auch aus dieser Bestimmung indirekte Hindernisse für die Versetzung von überlassenen

⁷⁶⁷ So auch schon zutr *Schneller*, *ecolex* 2006, 1020; zust *Födermayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 101 Rz 105f; *Gahleitner*, ArbVR II⁵ § 36 Rz 15; *Goricnik*, wbl 2011, 77; *Ders* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 103; *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); ebenfalls *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 190; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 124; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 45; aA ua *Friedrich* (ASoK 2007, 218ff), der sich grds für die Arbeitsvertragsbezogenheit des Versetzungsschutzes und daher für die Zuständigkeit des Überlasser-BR ausspricht. Sachgerecht erscheint ihm aber mangels Arbeitsvertragsbezogenheit ein Abweichen von diesem Grundsatz im Bereich der gewerblichen Arbeitskräfteüberlassung bei atypischen Sachverhaltskonstellationen, bei der dem Beschäftiger umfassende Weisungsbefugnisse übertragen wurden und er im Rahmen dessen eine direktoriale Versetzung ausspricht, die lediglich die sonstigen Arbeitsbedingungen betrifft und weder unmittelbar noch mittelbar Auswirkungen auf die Entgeltbedingungen hat.

⁷⁶⁸ Vgl *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 155; so auch *B. Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 323. § 38 ArbVG beruft die „*Organe der Arbeitnehmerschaft*“ zur Wahrnehmung und Förderung der wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der AN im Betrieb. Diese Förderung soll nach den Materialien „*allen Arbeitnehmern (...) in gleicher Weise zugute kommen*“, vgl ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 51. Der allgemeine Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG ist aufgrund ihrer AN-Eigenschaft gem § 36 ArbVG auch auf Beamte, die in einem Betrieb iSd § 34 ArbVG beschäftigt sind, anzuwenden, vgl *Reissner* in *ZellKomm*² § 101 ArbVG Rz 19.

⁷⁶⁹ So schon zutr *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 103; *Födermayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 101 Rz 105.

⁷⁷⁰ Vgl OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87. Darauf weist auch schon zutr *Schneller* (*ecolex* 2006, 1020) hin.

AN im Beschäftigertbetrieb ergeben können.⁷⁷¹ ZB könnte der Einsatz eines hoch qualifizierten überlassenen Arbeitnehmers vom BI strategisch dazu eingesetzt werden, um den Arbeitsdruck auf die Stammebelegschaft zu erhöhen oder im schlimmsten Fall ebenfalls einen Vorwand für die Ausgliederung oder Auflösung der Organisationseinheit zu liefern. Der Überlasser-BR könnte zudem mangels Einblick in die Arbeitsbedingungen beim Beschäftigert eine Verschlechterung der Versetzung gar nicht beurteilen.⁷⁷²

Gegen die Zuständigkeit des Beschäftigert-BR kann auch nicht vorgebracht werden, dass die Behandlung im Überlassertbetrieb va in jenen Fällen sachgerechter wäre, in denen eine Versetzung innerhalb des Beschäftigertbetriebs möglicherweise nicht der Überlassungsvereinbarung oder dem Dienstverschaffungsvertrag entspricht, da allein der Überlasser die Möglichkeit und ein Interesse daran hat, die **Einhaltung dieser Vereinbarungen** durchzusetzen.⁷⁷³ Geht eine Versetzungsweisung über das hinaus, was im Arbeitsvertrag vereinbart wurde, ist eine solche ohnehin auf arbeitsvertraglicher Ebene unwirksam, wenn sich der AN nicht mit der Änderung seines Arbeitsvertrages einverstanden erklärt. Auch die Zustimmung des BR zur Versetzung kann die arbeitsvertragliche Unwirksamkeit nicht heilen. Verstößt die Versetzung gegen die Vereinbarung im Dienstverschaffungsvertrag, so handelt es sich hierbei um ein vertragsrechtliches Problem zwischen Überlasser und Beschäftigert und nicht um ein Problem des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes. Die Ebene des Arbeits- und Dienstverschaffungsvertrag ist streng von der Beurteilung des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes gem § 101 ArbVG zu unterscheiden („Zwei-Ebenen-Theorie“).

Zudem kann für die Zuständigkeit des Beschäftigert-BR ins Treffen geführt werden, dass die Belegschaft des Beschäftigertbetriebes sonst keine Möglichkeit hätte entsprechende **Informationen** über die Einreihung des überlassenen AN zu erhalten.⁷⁷⁴ Es handelt sich ja aus ihrer Sicht um eine Versetzung („Einreihung auf einen anderen

⁷⁷¹ So *Wachter* in *Resch*, Versetzung 41; idS wohl auch mwH *Schneller*, *ecolex* 2006, 1018; aA *Friedrich*, *ASoK* 2007, 219), wonach es ausreichend ist, dass der Beschäftigert-BR in einem Verfahren nach § 54 Abs 1 ASGG wegen des Verstoßes gegen § 2 Abs 3 AÜG gegen den Beschäftigert vorgehen kann, wenn die Versetzung eines überlassenen AN zu einer Verschlechterung der Lohn- und Arbeitsbedingungen im Beschäftigertbetrieb führt.

⁷⁷² Vgl *Schneller*, *ecolex* 2006, 1020.

⁷⁷³ So zumindest *Friedrich*, *ASoK* 2007, 220.

⁷⁷⁴ Die Versetzungsmittelung hat alle wesentlichen Eckpunkte der Versetzung zu enthalten, sodass der BR in der Lage ist, seine Rechte entsprechend wahrzunehmen. Der BR hat Anspruch darauf, dass ihm hierfür alle notwendigen Daten zur Verfügung gestellt werden, vgl *Födermayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, *ArbVG* § 101 Rz 51.

Arbeitsplatz“) und keine „Einstellung“ iSd § 99 ArbVG. Aber auch **prozessuale Überlegungen** sprechen für die Zuständigkeit des Beschäftiger-BR im Fall einer innerbetrieblichen Versetzung, die dem Beschäftiger zuzuordnen ist.

Erteilt der BR die Zustimmung zu einer dauernden, verschlechternden Versetzung nicht, so kann sie durch Urteil des Gerichts ersetzt werden. Der BI muss hierfür das zuständige Belegschaftsorgan – und nicht den AN – klagen.⁷⁷⁵ Hierbei handelt es sich um eine betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit gem § 50 Abs 2 ASGG zwischen dem Betriebsinhaber und seinem Betriebsrat. Das Gericht hat die Zustimmung zu erteilen, wenn die Versetzung sachlich gerechtfertigt ist. Im Rahmen der **sachlichen Rechtfertigung** hat das Gericht das Interesse des Betriebsinhabers auf Versetzung gegenüber dem Interesse der Belegschaft und des betroffenen AN abzuwägen. Der BI kann zur Begründung der geplanten Versetzung betriebliche Gründe oder Gründe, die in der Person des AN liegen, vorbringen.⁷⁷⁶ Arbeitsvertragliche Aspekte (zB eine allfällige Vertragswidrigkeit der Versetzung) spielen bei der Beurteilung keine Rolle.⁷⁷⁷

Ist die Maßnahme dem Beschäftiger zuzuordnen, so folgt daraus, dass auch nur er seinen BR auf Zustimmung zur Versetzung klagen kann. Für die sachliche Rechtfertigung einer Versetzung innerhalb des Beschäftigerbetriebes können nur die betrieblichen Verhältnisse und Strukturen innerhalb des Beschäftigerbetriebes maßgeblich sein.⁷⁷⁸ Nur der Beschäftiger kann daher aufgrund seiner unmittelbaren Betroffenheit betriebliche und/oder persönliche Gründe für die beabsichtigte Versetzung des überlassenen Arbeitnehmers vorbringen. Der Beschäftigerbetriebsrat ist demgegenüber in der Lage, die Interessen der betroffenen Belegschaft und des überlassenen AN zu vertreten.

⁷⁷⁵ Vgl OGH 30.01.1997, 8 ObA 2053/96m, SZ 70/21; in diese Richtung schon *Dusak*, ZAS 1986, 199.

⁷⁷⁶ Vgl *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 6/045. AA statt vieler RIS-Justiz RS0051231; zB OGH 12.10.1994, 9 ObA 171/94, RdW 1995, 145. Im Schrifttum zB *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁷ 113; *Staufer*, Versetzung 180; *Wachter* in *Resch*, Versetzung 36 (insb FN 48); *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II 73. Danach hätte das Gericht hier eine Interessenabwägung zwischen der Verschlechterung der Entgelt- und sonstigen Arbeitsbedingungen auf Seiten des AN und den betrieblichen Gründen des AG an der Durchführung der Versetzung vorzunehmen. Da es sich aber bei dem Verfahren auf Zustimmung zur Versetzung um eine betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit (§ 50 Abs 2 ASGG) zwischen BI und BR handelt, kann das Gericht nicht das Interesse des AN gegen das des BI abwägen, sondern muss vielmehr die Sachlichkeit der Entscheidung des BR überprüfen. Dh, das Gericht hat auf jene Umstände abzustellen, auf die schon der BR im Rahmen seiner Entscheidungsfindung abzustellen hat, vgl in diese Richtung schon zutr *W. Schwarz*, Probleme sozialer und personeller Mitbestimmung im Betrieb, DRdA 1975/2, 73 (noch zur Zuständigkeit des Einigungsamtes); idR auch *Tinhofer*, ZAS 2005/12, 62; aktuell auch *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 114, 118; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 52f (insb auch FN 86).

⁷⁷⁷ Vgl *Goricnik* in ArbVR III⁵ § 101 Rz 105.

⁷⁷⁸ In diese Richtung auch schon *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

In dem zweiten Fall, also wenn die Weisung für die innerbetriebliche Versetzung vom **Überlasser** stammt, ist dahingehend zu differenzieren, ob der Überlasser lediglich auf Anordnung des Beschäftigers handelt oder ob dem Überlasser als AG die Maßnahme zuzuordnen ist.⁷⁷⁹ Überbringt der Überlasser nur als „*Bote*“ den Willen des Beschäftigers, so ist dem Beschäftiger die Maßnahme zuzuordnen und der Beschäftiger-BR aus den zuvor beschriebenen Gründen für die Zustimmung zur Versetzung zuständig.⁷⁸⁰

Nimmt der Überlasser hingegen aktiv seine Arbeitgeberrolle wahr und handelt es sich somit bei der Versetzung in Wahrheit um eine **Neuzuweisung**, ist die Entscheidung dem Überlasser zuzuordnen.⁷⁸¹ Aus Sicht des Beschäftigerbetriebes handelt es sich in einem solchen Fall nicht um eine Versetzung iSd § 101 ArbVG, sondern um zwei getrennte Vorgänge. Zum einen um ein mitbestimmungsfreies Ausscheiden aus dem Betrieb, gefolgt von einer „*Einstellung*“ iSd § 99 Abs 5 ArbVG nach einer juristischen Sekunde. Aus Sicht der Belegschaft des Überlasserbetriebes handelt es sich jedoch sehr wohl um eine „*Eingliederung auf einen anderen Arbeitsplatz*“ iSd § 101 ArbVG, weshalb in einem solchen Fall dem **Überlasser-BR** das Mitbestimmungsrecht zukommt.

Abschließend sei noch auf einen wichtigen Aspekt des Mitwirkungsrechts bei innerbetrieblichen Versetzungen hingewiesen. Manche Autoren⁷⁸² schließen in ganz speziellen Sachverhaltskonstellationen (zB abgestimmtes Agieren von Überlasser und Beschäftiger) „**Doppelzuständigkeiten**“ nicht aus. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, denn hier ergeben sich die bereits aufgezeigten Probleme im Hinblick auf widersprüchliche Handlungen der beteiligten BR. Zudem spricht auch die Systematik der Betriebsverfassung mit ihrer klaren Zuständigkeitsverteilung (§§ 113f ArbVG) gegen die Möglichkeit von Doppelzuständigkeiten.

Eine Ausnahme könnte ggf nur dann argumentiert werden, wenn in einem der beiden Betriebe keine Belegschaftsvertretung errichtet wurde. Dann bestünde die Gefahr,

⁷⁷⁹ So differenzieren auch schon richtig *Schneller*, *ecolex* 2006, 1020; ebenfalls *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 190f.

⁷⁸⁰ So auch *Schneller* (*ecolex* 2006, 1020); zust *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 190f.

⁷⁸¹ So schon überzeugend *Schneller*, *ecolex* 2006, 1020. *Schrattbauer* (*Arbeitskräfteüberlassung* 190f) bringt hier als Beispiel, dass ein überlassener AN nach Ende des Dienstverschaffungsvertrages an den Überlasser zurückgestellt werden soll. Gleichzeitig wird aber in einer anderen Abteilung desselben Betriebes ein neuer Bedarf an überlassenen AN angemeldet und der Überlasser weist dem soeben rückgestellten AN den neuen Arbeitsplatz im ursprünglichen Beschäftigerbetrieb zu.

⁷⁸² Vgl *Goricnik* in *ArbVR III*⁵ § 101 Rz 103; idS wohl auch *Födermayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, *ArbVG* § 101 Rz 107; aA *Friedrich*, *ASoK* 2007, 221; *Marhold*, *ASoK* 2008, 252; die Möglichkeit von „*Doppelzuständigkeiten*“ grds abl ua *Schrammel* (*ZAS* 1975/6, 208), da ein solches Modell dem ArbVG fremd ist; so auch *Schrank* in *Tomandl*, *ArbVG* § 101 Rz 43; *Staufer*, *Versetzung* 183; *Tomandl*, *ZAS* 2011/41, 251; *Ders* in *GS Mayer-Maly* 483.

dass die Mitbestimmung umgangen wird, indem das Weisungsrecht (mitbestimmungsfrei) auf denjenigen BI verlagert wird, in dessen Betrieb kein BR gebildet wurde. Eine solche **missbräuchliche Verlagerung des Weisungsrechts** könnte man zB bei einer sachgrundlosen Änderung des Weisungsrechts während des Einsatzes von überlassenen AN beim Beschäftiger vermuten. In einem solchen Fall wäre aber schon die Versetzungsweisung aufgrund der Umgehung betriebsverfassungsrechtlicher Bestimmungen gem § 879 ABGB als nichtig zu qualifizieren und eine Doppelzuständigkeit zum Schutz des AN und der beteiligten Belegschaften daher obsolet.

7. Betriebsübergreifende Versetzungen

7.1. Allgemeines

Im Hinblick auf betriebsübergreifende Versetzungen sind ebenfalls mehrere Sachverhaltskonstellationen denkbar. Zum einen kann der überlassene AN auf einen Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb *desselben* Beschäftiger oder auf einen anderen Arbeitsplatz bei einem *neuen* Beschäftiger (weiter-)versetzt werden. Zu den betriebsübergreifenden Versetzungen ist zudem die (Rück-)Versetzung des überlassenen Arbeitnehmers in den Überlasserbetrieb zu zählen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, welchem BR das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG zukommt. Diese Frage ist in der Folge eingehend zu untersuchen.

7.2. Betriebsübergreifende Versetzung beim selben Beschäftiger

Wird ein überlassener AN auf einen anderen Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb beim *selben* Beschäftiger versetzt, so ist unklar, welchem BR das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG zukommt. *Schrank*⁷⁸³ will in diesem Fall – unter Hinweis auf den beschäftigungsbezogenen Charakter dieses Mitwirkungsrechts – dem abgebenden Beschäftigerbetriebsrat das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG zubilligen und dem aufnehmenden Beschäftigerbetriebsrat das Mitwirkungsrecht gem § 99 Abs 5 ArbVG. Andere Autoren⁷⁸⁴ vertreten wiederum die Mitbestimmungsfreiheit einer solchen betriebsübergreifenden Versetzung beim selben Beschäftiger.

⁷⁸³ In *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 45.

⁷⁸⁴ Vgl *Tomandl*, ZAS 2011/41, 252; *Ders*, Arbeitskräfteüberlassung² 125; *Ders* in GS *Mayer-Maly* 485; zur Rechtslage außerhalb der Arbeitskräfteüberlassung schon *Schrammel*, ZAS 1975/6, 208. Zuvor hielt *Tomandl* in diesem Fall noch den Überlasser-BR für zuständig, vgl *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 113.

Im Hinblick auf jene Argumente, die klar gegen einen vollständigen Ausschluss des Mitwirkungsrechtes des § 101 ArbVG bei betriebsübergreifenden Versetzungen von überlassenen AN sprechen, kann auf die Ausführungen zur generellen Anwendbarkeit des § 101 ArbVG zu Beginn dieses Kapitels verwiesen werden. Der Ansicht von der völligen Mitbestimmungsfreiheit einer solchen betriebsübergreifenden Versetzung beim selben Beschäftiger kann daher nicht beigetreten werden.

Den Ausführungen von *Schrank*, wonach das Mitwirkungsrecht auch in dieser Konstellation zur Anwendung gelangt, kann grundsätzlich zugestimmt werden. Wird der überlassene AN auf einen anderen Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb desselben Beschäftigers versetzt, so ist der aufnehmende BR gem **§ 99 Abs 5 ArbVG** unabhängig davon zu beteiligen, ob es sich bei der Zuweisung um eine Versetzung iSd § 101 ArbVG handelt. Grund hierfür ist, dass es sich bei diesem Vorgang aus Sicht der aufnehmenden Belegschaft immer um eine „*Einstellung*“ iSd § 99 ArbVG handelt.

In einem nächsten Schritt ist zu klären, ob nicht zusätzlich ein Mitwirkungsrecht des abgebenden Beschäftiger-BR gegenüber dem Beschäftiger oder des Überlasser-BR gegenüber dem Überlasser besteht. Eine dahingehende Notwendigkeit ist dabei allein aus dem Interesse der Belegschaft des abgebenden Beschäftiger- oder des Überlasserbetriebes ableitbar, da deren Belange nicht vom aufnehmenden Beschäftiger-BR vertreten werden. Aufgrund dieser anderen Schutzrichtung kommt es daher trotz der Beteiligung zweier BR nicht zu einer Verdoppelung der Mitwirkungsrechte zugunsten des überlassenen Arbeitnehmers.

Im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 101 ArbVG ist hier – im Vergleich zu den Ausführungen von *Schrank* – eine differenziertere Betrachtung angezeigt. Ob ein Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG des abgebenden Beschäftiger-BR oder des Überlasser-BR besteht, ist in erster Linie davon abhängig, welchem BI die **Maßnahme zuzuordnen** ist.⁷⁸⁵ Wenn die Entscheidung dem **Beschäftiger** zuzuordnen ist, kommt dem abgebenden **Beschäftiger-BR** das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG zu.

Handelt es sich jedoch in Wahrheit um eine Neuzuweisung und ist die Maßnahme daher dem **Überlasser** zuzuordnen, ist dementsprechend der **Überlasser-BR**

AA statt vieler *Födermayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 101 Rz 103. Nicht jedoch eindeutig *Leutner/Schwarz/Ziniel* (AÜG 156), wonach der Beschäftiger-BR kein Vetorecht besitzt, wenn ein überlassener AN vom Überlasser versetzt wird, „*sofern die Beschäftigung über einen Betrieb hinausgeht*“. Offen bleibt, ob nach *Leutner/Schwarz/Ziniel* ggf dem Überlasser-BR ein Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG zukommen soll.

⁷⁸⁵ Hier kann grds auf die Ausführungen im Rahmen der innerbetrieblichen Versetzung verwiesen werden.

mitwirkungsbefugt. Der Überlasser-BR wahrt im Rahmen dieses Mitwirkungsrechts aber nur die Belange der von ihm vertretenen Belegschaft. Die Interessen der Belegschaft des abgebenden Beschäftigertriebes werden von ihm nicht vertreten. Hier ist dennoch keine Schutzlücke auszumachen. Ist die Maßnahme dem Überlasser zuzuordnen, handelt es sich nämlich aus Sicht des abgebenden Beschäftigertriebsrates lediglich um ein Ausscheiden aus dem Betrieb. Für ein solches Ausscheiden sieht das Betriebsverfassungsrecht aber – abseits der §§ 105ff ArbVG – keine Mitwirkungsrechte vor. Sachnäher ist hier das Interesse der Belegschaft des Überlassertriebes.

7.3. Betriebsübergreifende Versetzung zu einem neuen Beschäftigert

Da die Zuweisung zu einem neuen Beschäftigert im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses allein durch den **Überlasser** erfolgen kann, vertritt die hL⁷⁸⁶ zu Recht die Auffassung, dass hier lediglich – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 101 ArbVG – die Beteiligung des **Überlassertriebsrates** in Betracht kommt. Aus Sicht des Überlasser-BR handelt es sich um die „*Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz*“.

Dem **aufnehmenden Beschäftigert-BR** kommt jedenfalls das Beteiligungsrecht gem § 99 Abs 5 ArbVG zu, da es sich aus seiner Sicht um eine „*Einstellung*“ handelt. Aus Sicht des **abgebenden Beschäftigert-BR** handelt es sich hingegen um ein Ausscheiden aus dem Betrieb. Für einen solchen Vorgang sieht das ArbVG – wie bereits ausgeführt – keine Mitwirkungsrechte des BR vor. Schutzlücken sind daher nicht auszumachen und ein Mitwirkungsrecht der Belegschaft des abgebenden Beschäftigertriebes ist somit nicht erforderlich.

7.4. Rückversetzung in den Überlassertbetrieb

Da die Rückholung in den Überlassertbetrieb im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses allein durch den **Überlasser** erfolgen kann, kommt hier – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 101 ArbVG – lediglich die Beteiligung des

⁷⁸⁶ So zB *Friedrich*, ASoK 2007, 217; *Jabornegg* in *Brodil*, Ausgliederungen 57; *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); vorsichtig zustimmend auch *Mazal*, RdW 1987/11, 377; mit anderer Begründung auch *Rauch* (ecolex 2008, 158), der hier aber ebenso wie *Marhold* (ASoK 2008, 252) und *Schneller* (ecolex 2006, 1020) allein auf das arbeitsvertragliche Band zwischen überlassenen AN und Überlasser abstellen will; zust auch *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 46; *Schratlbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 187.

Überlasserbetriebsrates in Betracht.⁷⁸⁷ Bei einer Rückholung in den Überlasserbetrieb wird es sich aber regelmäßig nicht um die „*Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz*“ handeln. Eine solche würde nur dann vorliegen, wenn der Arbeitsplatz nicht mehr dem bislang üblichen entspräche und daher seine Identität verloren hätte.

Nach *Tomandl*⁷⁸⁸ bedarf die dauerhafte, verschlechternde Rückversetzung eines überlassenen AN in den Überlasserbetrieb mangels augenblicklicher Nachfrage hingegen nicht der Zustimmung eines BR. Auch für *Schrattbauer*⁷⁸⁹ erscheint es praktikabel und mit dem Zweck des § 101 ArbVG vereinbar, eine Mitwirkungsbefugnis des Überlasser-BR erst bei Zuweisung eines neuen Beschäftigten anzunehmen und als Basis hinsichtlich der Frage einer möglichen Verschlechterung die Arbeits- und Entgeltbedingungen der vorangegangenen Überlassung heranzuziehen. Sie interpretiert daher den betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutz als eines über den BR auszuübenden Widerspruchsrechts gegen dauernde, verschlechternde *Neuzuweisungen*.⁷⁹⁰

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass nicht jede „*Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz*“ das Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG auslöst. Nur unter besonderen Umständen hängt eine Versetzung von der Zustimmung des BR ab. Ansonsten löst eine Versetzung keine oder nur schwächere Mitwirkungsrechte aus. So ist eine temporäre Versetzung – unabhängig davon, ob sie verschlechternd ist oder nicht – stets mitwirkungsfrei. Das wird insb auf die Mitwirkung bei Rückversetzungen in den Überlasserbetrieb zutreffen. IdR ist davon auszugehen, dass Stehzeiten von 13 Wochen und länger in der Praxis kaum vorkommen.⁷⁹¹ Das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG wird sich daher auf nur wenige dauerhafte und verschlechternde Ausnahmefälle beschränken.

Den Überlegungen von *Tomandl* und insb *Schrattbauer* kann dennoch einiges abgewonnen werden. Es wäre insb fraglich, was geschehen soll, wenn der Überlasser-BR die Zustimmung zur Rückversetzung verweigert und keine neue Beschäftigungsmöglichkeit in absehbarer Zeit in Aussicht ist. Eine Weiterbeschäftigung beim abgehenden Beschäftigten scheidet idR aufgrund der Beendigung des Dienstverschaffungsvertrages aus. Im Hinblick auf den Zweck der

⁷⁸⁷ In diese Richtung wohl auch *Mazal*, RdW 1987/11, 377.

⁷⁸⁸ *Arbeitskräfteüberlassung*² 125.

⁷⁸⁹ *Arbeitskräfteüberlassung* 188f.

⁷⁹⁰ Vgl *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 189.

⁷⁹¹ So auch *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 188.

Arbeitskräfteüberlassung und des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes scheint es daher durchaus sachlich gerechtfertigt, eine Mitwirkungsbefugnis des Überlasser-BR mit *Schrattbauer* nur bei dauernden, verschlechternden *Neuzuweisungen* anzunehmen und als Basis hinsichtlich der Frage einer möglichen Verschlechterung die Arbeits- und Entlohnungsbedingungen der vorangegangenen Überlassung heranzuziehen. Dem abgebenden Beschäftiger-BR kommt kein Mitwirkungsrecht zu, da es sich aus seiner Sicht lediglich um ein mitwirkungsfreies Ausscheiden handelt.

8. Zusammenfassung

Arbeitsverträge, die zum Zweck der Überlassung abgeschlossen werden, sind darauf ausgerichtet, dass die Arbeitnehmer im Zeitverlauf an verschiedene Beschäftiger überlassen werden. Hierbei können sich die Arbeitsbedingungen verbessern, aber auch verschlechtern. Das ArbVG verlangt für die Zulässigkeit einer dauernden, verschlechternden Versetzung eines AN iSd § 36 ArbVG auf einen anderen Arbeitsplatz grundsätzlich die Zustimmung des Betriebsrates (§ 101 ArbVG). Im Hinblick auf die Überlassung von Arbeitskräften an Dritte war daher im Rahmen dieses Kapitels zu klären, ob § 101 ArbVG grds anwendbar ist, und wenn ja, welcher Betriebsrat die Zustimmung zu einer dauernden, verschlechternden Versetzung überlassener AN zu erteilen hat.

§ 101 ArbVG regelt den betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutz. Das Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG bezieht sich dabei auf alle AN iSd § 36 ArbVG, zu denen auch überlassene AN in beiden Betrieben zählen. Eine Untersuchung der Reichweite des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes hat ergeben, dass sowohl innerbetriebliche als auch betriebsübergreifende Sachverhalte vom Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG erfasst sein können.

Der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG ist – entgegen *Tomandl* – auch im Rahmen der Überlassung von AN an Dritte grundsätzlich anwendbar. Arbeitnehmerähnliche Personen unterliegen diesem Schutz nicht, da sie idR keine AN iSd § 36 ArbVG sind. Temporäre Versetzungen – unabhängig davon, ob sie verschlechternd ist oder nicht – sind stets mitwirkungsfrei. Aufgrund der beiden Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung – der Deckung kurzfristigen Personalmangels und auch der Bewältigung von zeitlich begrenzten Schwankungen des Auftragsvolumens – wird somit das Gros der Überlassungen in der Praxis ohnehin nicht der Mitwirkung des § 101 ArbVG unterliegen.

Der Versetzungsschutz des § 101 ArbVG ist zwiespältig angelegt. Er bezieht sich sowohl auf ein beschäftigungsbezogenes Kriterium („*Einreihung auf einen Arbeitsplatz*“), berührt aber auch die vertragliche Rechtsstellung des überlassenen AN durch den Verweis auf die Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen. Der von der hA entwickelte Leitsatz über die allgemeine Zuständigkeitsverteilung zwischen den beteiligten Betriebsräten danach, ob es sich um arbeitsvertragliche oder beschäftigungsbezogene Angelegenheiten handelt, führt daher im Hinblick auf § 101 ArbVG zu keinem klaren Ergebnis. Im Rahmen der Untersuchung des Schutzzweckes des § 101 ArbVG zeigte sich im Rahmen einer Gesamtschau der vorgebrachten Argumente, dass der Betriebs- und Beschäftigungsbezug überwiegt. Die Zuständigkeit des Beschäftiger-BR im Rahmen des § 101 ArbVG ist daher grds nicht ausgeschlossen.

In der Folge wurden verschiedene Fallkonstellationen im Hinblick auf den betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutz überlassener AN vorgestellt und im Anschluss daran einer eingehenden Untersuchung unterzogen. Im Rahmen von innerbetrieblichen Versetzungen ist danach für die Lösung der Zuständigkeitsfrage in erster Linie darauf abzustellen, welchem BI die Maßnahme zuzuordnen ist. Dabei kommt es nicht primär darauf an, welcher BI schlussendlich die Versetzung verfügt hat, sondern es ist vielmehr zu ermitteln, welcher BI die Versetzungsentscheidung getroffen hat.

Wenn die Maßnahme auf einer Entscheidung des Beschäftigers beruht, kommt das Zustimmungsrecht gem § 101 ArbVG dem Beschäftiger-BR zu. Stammt die Weisung für die innerbetriebliche Versetzung vom Überlasser ist danach zu differenzieren, ob der Überlasser lediglich eine Anordnung des Beschäftigers überbringt oder ob dem Überlasser als AG die Maßnahme zuzuordnen ist. Im ersten Fall ist die Maßnahme dem Beschäftiger zuzuordnen und der Beschäftiger-BR zuständig. Im zweiten Fall geht die Entscheidung auf den Überlasser zurück. Es handelt sich hierbei in Wahrheit um eine Neuzuweisung. Aus diesem Grund kommt dem BR des aufnehmenden Beschäftigerbetriebes das Mitwirkungsrecht gem § 99 Abs 5 ArbVG zu. Dem Überlasser-BR das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG, da es sich aus Sicht der Überlasserbelegschaft um eine „*Eingliederung auf einen anderen Arbeitsplatz*“ handelt. Aus Sicht des abgebenden BR handelt es sich lediglich um ein mitwirkungsfreies Ausscheiden aus dem Betrieb. Dieselben Überlegungen können auch auf betriebsübergreifende Sachverhalte beim selben Beschäftiger übertragen werden.

Da die Zuweisung zu einem neuen Beschäftiger allein durch den Überlasser erfolgt, kann der hL beigetreten werden, dass in einem solchen Fall das Mitwirkungsrecht des

§ 101 ArbVG dem Überlasser-BR zukommt. Der aufnehmenden Beschäftiger-BR ist gem § 99 Abs 5 ArbVG zu beteiligen. Der abgebenden Beschäftiger-BR besitzt kein Mitwirkungsrecht, da es sich aus seiner Sicht nur um ein mitwirkungsfreies Ausscheiden aus dem Betrieb handelt.

Der Zweck der Arbeitskräfteüberlassung und des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes lassen es – mit *Tomandl* und insb *Schrattbauer* – sachlich gerechtfertigt erscheinen, eine Mitwirkungsbefugnis des Überlasser-BR nur bei dauernden, verschlechternden *Neuzuweisungen* anzunehmen und als Basis hinsichtlich der Frage einer möglichen Verschlechterung die Arbeits- und Entlohnungsbedingungen der vorangegangenen Überlassung heranzuziehen. Der Überlasser-BR ist somit bei Rückversetzungen in den Überlasserbetrieb nicht zu beteiligen. Auch dem abgebenden Beschäftiger-BR kommt kein Mitwirkungsrecht zu, da es sich aus seiner Sicht lediglich um ein mitwirkungsfreies Ausscheiden aus dem Betrieb handelt.

Doppelzuständigkeiten sind – entgegen Teilen des Schrifttums – im Rahmen des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes generell abzulehnen. Versuche, das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG durch die Verlagerung des Weisungsrechts zu umgehen, sind gem § 879 ABGB mit Nichtigkeit sanktioniert.

Europarechtliche Einflüsse auf die betriebsverfassungsrechtliche Stellung überlassener Arbeitnehmer

1. Kapitel: Einleitung

Am 19. Dezember 2008 wurde in Verfolgung des „Flexicurity“-Prinzips die Leiharbeits-RL 2008/104/EG⁷⁹² verabschiedet, welche gem Art 11 Leiharbeits-RL bis zum 5. Dezember 2011 in nationales Recht umzusetzen war, in Österreich aber erst mit erheblicher Verspätung am 1. Jänner 2013 umgesetzt wurde.⁷⁹³ Im Zuge der Umsetzung wurden auch im Zusammenhang mit der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung überlassener Arbeitnehmer neue Bestimmungen in das österreichische Rechtssystem eingeführt, die Schrifttum und Rechtsprechung seither intensiv beschäftigen.

Zentrale Bestimmung der Leiharbeits-RL ist der in Art 5 verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung.⁷⁹⁴ Danach sollen die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer der Überlassung mindestens denjenigen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie vom entleihenden Unternehmen für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Diese wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen können dabei in Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschriften „und/oder sonstige(n) Bestimmungen allgemeiner Art“ festgelegt sein. Der österreichische Gesetzgeber hat diese Formulierung im Zuge der Umsetzung wortgleich an zwei Stellen (§ 10 Abs 1 und 3 AÜG) aus der Richtlinie übernommen. Seither ist umstritten, was darunter zu verstehen ist.

§ 10 Abs 1 S 4 AÜG normiert die Gleichbehandlung beim Entgelt, § 10 Abs 3 AÜG die Gleichbehandlung im Hinblick auf Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs. In Art 5 Abs 2 bis 4 Leiharbeits-RL sieht der europäische Gesetzgeber sogenannte

⁷⁹² Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl L 2008/327, 9.

⁷⁹³ Grund für die Verzögerung waren schwierige Sozialpartnerverhandlungen, vgl *Mazal*, AÜG-Novelle: Keine Gleichstellung im Entgelt bei doppelter Tarifbindung, *ecolex* 2013, 100 mwN.

⁷⁹⁴ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist dabei keine unionsrechtliche Neuheit, sondern beruht auf den Erfahrungen in einigen Mitgliedsstaaten, vgl *Geppert*, DRdA 2011, 516 mwN.

„*Öffnungsklauseln*“ vor, die es den Mitgliedsstaaten gestatten vom Grundsatz der Gleichbehandlung unter bestimmten Voraussetzungen abzuweichen. Im Bezug auf den Anspruch auf Gleichstellung gem § 10 Abs 1 AÜG hat der österreichische Gesetzgeber von der in Art 5 Leiharbeits-RL vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, was sich in der geringen praktischen Relevanz des Gleichbehandlungsanspruchs beim Entgelt widerspiegelt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere strittig, ob Österreich die Voraussetzungen der gewählten Öffnungsklausel (Art 5 Abs 3) erfüllt.

Trotz des sehr eingeschränkten Anwendungsbereichs des Gleichbehandlungsanspruches beim Entgelt (§ 10 Abs 1 AÜG) ist die Frage, was unter den „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ zu verstehen ist dennoch nicht irrelevant. Im Hinblick auf die Gleichbehandlung bei Aspekten der Arbeitszeit und des Urlaubs (§ 10 Abs 3 AÜG) machte der österreichische Gesetzgeber nicht von Art 5 Abs 2 bis 4 Leiharbeits-RL Gebrauch. Aus diesem Grund sind generelle betriebliche Regelungen, die diese Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen betreffen in Österreich uneingeschränkt zu beachten. Da sich hier die gleichen Anwendungsprobleme stellen wie im Rahmen des § 10 Abs 1 AÜG lohnt sich eine genauere Untersuchung der Reichweite des Passus „*sonstige(n) verbindliche(n) Bestimmungen allgemeiner Art*“.

Ein weiterer offener Punkt betrifft Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL. Danach haben Leiharbeitnehmer einen Anspruch auf Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten im Entleiherbetrieb zu den gleichen Bedingungen wie die unmittelbar von dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer. Dieser Anspruch wurde national in § 10 Abs 6 AÜG umgesetzt und stellt den Rechtsanwender seither vor schwierige Anwendungsfragen. Insbesondere ist unklar, ob die von der RL verwendeten Begriffe „*Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste*“ dasselbe bezeichnen wie das in § 10 Abs 6 AÜG verwendete Begriffspaar „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“. Zudem ist offen, welche sachlichen Gründe geeignet sind den Anspruch überlassener Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung im Rahmen des § 10 Abs 6 AÜG auszuschließen.

Im Folgenden werden die aufgeworfenen Fragestellungen eingehend untersucht. In einem ersten Schritt ist Inhalt und Reichweite der „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ zu bestimmen. Im Anschluss daran wird geklärt, ob Österreich die Voraussetzungen einer der in Frage kommenden Öffnungsklauseln (Art 5 Abs 2 bis 4 Leiharbeits-RL) im Hinblick auf die Gleichbehandlung beim Entgelt erfüllt. Im Anschluss daran sind die zuvor aufgezeigten offenen Fragen rund um den Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf Wohlfahrtseinrichtungen und -dienste (§ 10 Abs 6

AÜG) zu untersuchen. Am Ende eines jeden Kapitels erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

2. Kapitel: Rechtsfragen zur Gleichbehandlung beim Entgelt, der Arbeitszeit und dem Urlaub

1. Einleitung

Die Gleichbehandlung überlassener AN mit vergleichbaren AN beim Beschäftiger ist zentraler Grundatz der Leiharbeits-RL. Nach Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL sollen die *„wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer (...) während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen [entsprechen], die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären“*. Der europäische Gesetzgeber gibt danach als Vergleichsmaßstab für den Anspruch auf Gleichbehandlung eine sog *„hypothetische arbeitsplatzbezogene Betrachtungsweise“* vor.⁷⁹⁵

Diese wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen umfassen gem Art 3 Abs 1 lit f) Leiharbeitsrichtlinie die Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nacharbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage (i) und das Arbeitsentgelt (ii). Diese können in Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschriften *„und/oder sonstige(n) Bestimmungen allgemeiner Art“* festgelegt sein. Der österreichische Gesetzgeber hat diese europarechtliche Vorgabe in § 10 AÜG im Hinblick auf das Entgelt sowie Aspekten der Arbeitszeit und des Urlaub umgesetzt. Im Zusammenhang mit diesen wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (§ 10 Abs 1 und 3 AÜG) wurde auch der Passus *„sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“*, der keine Entsprechung im nationalen Recht hat, aus der Richtlinie übernommen. Wie bereits kurz dargestellt, hat der österreichische Gesetzgeber im Hinblick auf die Gleichstellung beim Entgelt auf die in Art 5 Abs 2 bis 4 Leiharbeits-RL vorgesehene Möglichkeit vom Gleichbehandlungsgrundsatz abzuweichen Gebrauch gemacht.

⁷⁹⁵ So schon zutr *Schörghofer*, ZAS 2012/61, 341 mHa *Sansone*, Gleichstellung 514ff. Sowohl die RL als auch die Materialien zur Stammfassung des AÜG (ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 19: *„neu überlassene Arbeitskräfte [...] jedenfalls wie kurzfristig neu eingestellte Arbeitnehmer des Beschäftigers behandelt werden“*) legen diesen Vergleichsmaßstab an. Diese Lösung hat gegenüber einer rein tätigkeitsbezogenen Betrachtung den Vorteil, dass individuelle Kriterien wie Lebensalter, Ausbildung, Berufserfahrung – Kriterien, die auch besonders bei der Bemessung der Vergütung relevant sind – Beachtung finden, vgl zutr *Hamann*, EuZA 2/2009, 306f.

Im Zusammenhang mit der Umsetzung dieser europarechtlichen Vorgabe bestehen noch einige offene Fragen. Zum einen ist die Reichweite der Begriffe Entgelt, Arbeitszeit und Urlaub in Randbereichen noch nicht endgültig geklärt. In der Folge ist daher in einem ersten Schritt die Reichweite des Anspruches auf Gleichbehandlung im Hinblick auf diese wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu untersuchen. Im Anschluss daran ist der normative Gehalt des Passus „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“ zu bestimmen. Abschließend soll der Frage nach der Europarechtskonformität der österreichischen Umsetzung der in Art 5 Abs 2 bis 4 Leiharbeits-RL vorgesehenen Möglichkeit vom Gleichbehandlungsanspruch im Hinblick auf das Arbeitsentgelt abzuweichen nachgegangen werden. Am Ende des Kapitels erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

2. Gleichbehandlung bei den wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

2.1. Einleitung

Im Zusammenhang mit der Umsetzung der Gleichbehandlung existieren noch einige offene Fragen. Zum einen ist die Reichweite der Begriffe Entgelt, Arbeitszeit und Urlaub in Randbereichen noch nicht endgültig geklärt. Offen ist insb ob auch mit Freistellungsansprüchen im Zusammenhang stehende Entgeltbestimmungen auf überlassene AN Anwendung finden sollen. In der Folge ist daher in einem ersten Schritt die Reichweite des Anspruches auf Gleichbehandlung im Hinblick auf das Entgelt (§ 10 Abs 1 AÜG) sowie die Arbeitszeit und den Urlaub (§ 10 Abs 3 AÜG) zu bestimmen.

2.2. Gleichbehandlung beim Entgelt

Schon vor der Umsetzung der Leiharbeits-RL durch die Novelle BGBl 2012/98 musste darauf Bedacht genommen werden, welche gesetzlichen und kollektivvertraglichen Entgeltregelungen bei Direkteinstellung der überlassenen Arbeitskraft durch den Beschäftiger zur Anwendung gekommen wären. Nach den Materialien sollte hierdurch „*das Prinzip ‚Gleiche Löhne für gleiche Arbeit‘ wenigstens annähernd verwirklicht werden*“⁷⁹⁶.

⁷⁹⁶ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 19.

Nach der Grundregel des § 10 Abs 1 AÜG hat die überlassene Arbeitskraft den Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt, wobei bei der Beurteilung der Angemessenheit für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen ist. Unberührt bleiben dabei Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, denen der Überlasser unterworfen ist.

Das angemessene, ortsübliche Entgelt gemäß § 10 Abs 1 AÜG ergibt sich in erster Linie aus einem Vergleich⁷⁹⁷ der Mindestentgelte des Überlasser- und Beschäftiger-KollV, wobei das höhere Mindestentgelt zur Anwendung kommt. Eine Angleichung des Entgelts für die Dauer der Beschäftigung an die Beschäftigerbetrieb tatsächlich gezahlten überkollektivvertraglichen Istlöhne sieht § 10 Abs 1 S 3 AÜG somit nicht vor.⁷⁹⁸

Im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL wurde in § 10 Abs 1 AÜG ein vierter Satz eingefügt. Danach ist auf *„die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer mit vergleichbaren Tätigkeiten geltenden sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art Bedacht zu nehmen, es sei denn, es gelten ein Kollektivvertrag, dem der Überlasser unterworfen ist, sowie eine kollektivvertragliche, durch Verordnung festgelegte oder gesetzliche Regelung des Entgelts im Beschäftigerbetrieb“*. Gemäß Art 3 Abs 2 Leiharbeits-RL richtet sich der Entgeltbegriff der Leiharbeits-RL nach nationalem Recht.⁷⁹⁹ Dieser ist nach den Materialien zur Umsetzung der Leiharbeits-RL umfassend zu verstehen.⁸⁰⁰ Dennoch ist der praktische Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsanspruches in Bezug auf das Entgelt aber relativ gering.⁸⁰¹ Gemäß § 10 Abs 1 S 4 AÜG ist dann nicht auf *„sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“* Bedacht zu nehmen, wenn *„ein Kollektivvertrag, dem der Überlasser unterworfen ist, sowie eine kollektivvertragliche, durch Verordnung festgelegte oder gesetzliche*

⁷⁹⁷ Es ist ein Günstigkeitsvergleich (§ 3 Abs 2 ArbVG) durchzuführen, vgl OGH 09.03.2000, 8 ObA 332/99b.

⁷⁹⁸ Vgl RIS-Justiz RS0050688; OGH 20.11.1991, 9 ObA 196/91, DRdA 1992, 45 = Arb 10.977; zuletzt OGH 24.03.2014, 8 ObA 18/14a, wbl 2014/157, 463; so auch VwGH 28.11.1995, 93/08/0208.

⁷⁹⁹ So zutr Hamann, EuZA 2/2009, 305; auch Sansone, Gleichstellung 490; idS wohl auch Franzen, Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011/42, 261.

⁸⁰⁰ Vgl ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 3. Zum weiten (arbeitsrechtlichen) Entgeltbegriff in Österreich, vgl statt vieler Schrammel, Entgelt von Dritten, ZAS 2003/10, 57 mwH.

⁸⁰¹ Nach Ansicht der Kommission haben *„bestimmte, häufig angewandte“* Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz in einigen Fällen *„möglicherweise“* dazu geführt, dass die Anwendung der Leiharbeits-RL keine effektive Verbesserung des Schutzes überlassener AN geschaffen hat. Die Kommission geht aber leider nicht darauf ein, welche Ausnahmetatbestände und welche Mitgliedstaaten hier konkret betroffen sind, vgl COM(2014) 176 final 21f.

Regelung⁸⁰² des Entgelts im Beschäftigerbetrieb“ gelten. Die Ausnahme gilt somit insb dann, wenn sowohl der Beschäftiger als auch der Überlasser einem KollV⁸⁰³ unterliegen.

Auf Seite der Überlasser gelten nach den Materialien bestehende Überlasserkollektivverträge als solche Abweichung.⁸⁰⁴ Derzeit existieren in Österreich für gewerbliche Arbeitskräfteüberlasser – nur für diese gilt § 10 AÜG – der KollV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung für Arbeiter⁸⁰⁵ und für Angestellte der KollV für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting.⁸⁰⁶ Aufgrund der breiten KollV-Deckung in Österreich unterliegen außerdem die meisten Beschäftiger einem KollV. Die für die Anwendbarkeit der Ausnahme

⁸⁰² Solche bestehen insb im öffentlichen Dienst, aber auch in Fällen des § 7 AVRAG, vgl *Schrank*, Die wichtigsten Neuerungen zur Arbeitskräfteüberlassung (Teil 1), RdW 2013/38, 32 (FN 15).

⁸⁰³ Oder nach Ansicht von *Schrank* (RdW 2013/38, 32) zumindest einem Mindestlohntarif. Ein bloß nachwirkender KollV genügt nach *Schrank* hingegen nicht, da dieser doch ein „*eher einzelvertragsbezogenes und auch dispositives Aliud gegenüber der normativen Geltung eines Kollektivvertrages*“ ist; zust *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 78f; *Ders* (in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 22) ergänzt hier, dass die Ausnahme aus denselben Gründen auch dann nicht greift, wenn der Überlasser oder Beschäftiger einen KollV, dem er an sich nicht unterworfen ist, auf Basis einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung schablonenhaft anwendet.

⁸⁰⁴ ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 3: „(...) *sofern auch für den jeweiligen Beschäftiger eine normativ zwingende, überbetriebliche Entgeltregelung besteht*“. Anders als der KollV für überlassene Angestellte sieht der KollV für überlassene Arbeiter Referenzlohnzuschläge vor. Diese sehen für Hochlohnbranchen und bei betrieblichen Entgeltregelungen eine pauschale, prozentuelle Überzahlung des Mindestentgelts des Beschäftiger-KollV vor, Referenzlohnzuschläge, vgl IX. 4. KollV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung.

⁸⁰⁵ Pkt IX. 3. „*Überlassungslohn*“ regelt, dass für den Fall, dass im Beschäftigerbetrieb eine kollektivvertragliche, durch VO festgelegte oder gesetzliche Regelung des Lohnes fehlt, Anspruch auf den im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren AN mit vergleichbaren Tätigkeiten nach sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art gebührenden Lohn besteht, wenn dieser höher ist, als der Mindestlohn/Grundlohn. Pkt VI. 1. „*Arbeitszeit*“ und XVI. 1. „*Urlaub und Urlaubszuschuss*“ legen fest, dass während der Überlassung für die überlassenen AN die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigerbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit bzw Urlaubs beziehen, gelten. Weitere Regelungen zu den „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ finden sich in VI. 2. „*Arbeitsbereitschaft*“, 5. „*Flexible Arbeitszeit*“ und 9. „*Arbeitsfreie Tage*“. Näheres zum KollV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, vgl ua *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV, 2. Auflage (2013); *Rothe*, Arbeiter- und Angestelltenkollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, 2. Auflage (2014); *Adametz*, Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung: Wegfall des „*ortsüblichen Entgelts*“, ASoK 2002, 66.

⁸⁰⁶ Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen sind Mitglieder des Fachverbandes der gewerblichen Dienstleister (Berufsgruppe Personaldienstleister der WKÖ). Diese hat mit dem ÖGB/PRO-GE für die Arbeiter den KollV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung und für Angestellte mit dem ÖGB/GPA den Rahmen-KollV für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting geschlossen. Beide KollV wurden unbefristet abgeschlossen und sind derzeit ungekündigt.

geforderte „*doppelte Tarifbindung*“⁸⁰⁷ liegt daher aufgrund der hohen KollV-Abdeckung in Österreich in den meisten Fällen vor.⁸⁰⁸

Zwar sind dennoch Fälle denkbar, in denen die in § 10 Abs 1 AÜG genannten Entgeltregelungen beim Beschäftiger nicht vorhanden sind, grundsätzlich wird hier aber die Ausnahme zur Regel.⁸⁰⁹ Angeblich war diese Bestimmung die Gegenleistung für die Einführung des Sozial- und Weiterbildungsfonds (§§ 22a ff AÜG).⁸¹⁰ Dieser wurde, wenn dies zutreffen sollte, teuer erkaufte.⁸¹¹

Im Zusammenhang mit der Gleichbehandlung beim Entgelt ergibt sich ein erstes Problem bereits bei der Bestimmung des Anwendungsbereiches. § 10 AÜG ist auf überlassene Arbeitskräfte anwendbar, zu denen gem § 3 Abs 4 AÜG sowohl Arbeitnehmer als auch arbeitnehmerähnliche Personen zählen. Da in ihr Rechtsverhältnis mit dem Überlasser ein KollV nicht eingreifen kann, unterliegen **arbeitnehmerähnliche** überlassene Arbeitskräfte daher nicht der Ausnahme von der Gleichbehandlung beim Entgelt (§ 10 Abs 1 S 4 AÜG).⁸¹²

Schon vor Umsetzung der Leiharbeits-RL wurde vertreten, dass § 10 Abs 1 S 3 AÜG auch auf arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskräfte zur Anwendung gelangt da dieser

⁸⁰⁷ Mazal, *ecolex* 2013, 102: „*Doppelte Tarifbindung*“; idS auch Burz, *ecolex* 2012, 1095: „*doppelte Kollektivvertragsabdeckung*“.

⁸⁰⁸ Das Weiterbestehen der Überlasser-KollV wird durch diese Ausnahmebestimmung gesetzlich abgesichert, vgl Schlitzer, *Die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie*, *infas* 2013, 11; so auch Schrank (RdW 2013/38, 32), da die Überlassungsbranche aufgrund dessen kein Interesse an der Kündigung ihrer KollV haben wird.

⁸⁰⁹ So schon zutr Schlitzer, *infas* 2013, 11: „*de facto auch gleich wieder beseitigt*“; Schrank, RdW 2013/38, 32: „[nicht] *das Gros der Überlassungsfälle*“. Auch in Deutschland haben die Ausnahmemöglichkeiten dazu geführt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung praktisch kaum Anwendung findet, vgl Hamann, *EuZA* 2/2009, 328.

⁸¹⁰ Vgl Wortmeldung der Bundesrätin Zwazl (ÖVP) StenProt 814/BRSITZ/2012, 68. § 22d Abs 9 AÜG bestimmt, dass die Pflicht des Überlassers zur Entrichtung von Beiträgen zum Sozial- und Weiterbildungsfonds ruht, wenn und soweit nach § 10 Abs 1 AÜG die im Beschäftigerbetrieb geltenden sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art anzuwenden sind. Durch dieses Gegenverrechnungsmodell erhöhen sich die Lohnkosten – zumindest für die gewerbliche Überlassung in Bezug auf überlassene AN (nicht arbeitnehmerähnliche) – nicht, vgl Burger in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 80; Ders in *Wachter/Burger*, *Entwicklungen* 23.

⁸¹¹ So schon Schörghofer, *Gleichbehandlung und Gleichstellung im AÜG*, In *Brodil*, *Diener fremder Herren* (erscheint voraussichtlich 2017). Auch Hamann (*EuZA* 2/2009, 307) ist der Ansicht, das gelte „*der Gleichbehandlungsgrundsatz ausnahmslos und zwingend, wäre das Verleihgewerbe in seiner Substanz betroffen*“. Er befürchtet, dass sich hierdurch die Arbeitskräfteüberlassung derart verteuern würde, dass sie jedenfalls für diejenigen Nachfrager unattraktiv wäre, die die Arbeitskräfteüberlassung auch als Instrument zur Senkung der Personalkosten und damit zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit einsetzen. Die Arbeitskräfteüberlassung wäre damit – wie in ihren Gründerzeiten – auf ein personalwirtschaftliches Instrument zur Überbrückung kurzfristiger Personalengpässe zurückgedrängt, was nach Hamann der Bedeutung widerspräche, die der Arbeitskräfteüberlassung inzwischen national wie auch gemeinschaftsrechtlich zukommt.

⁸¹² So schon zutr Burger in *Raschauer/Resch*, *Neuerungen* 79; Ders in *Wachter/Burger*, *Entwicklungen* 22.

Anspruch nicht auf der normativen Geltung des Beschäftiger-KollV, sondern auf § 10 Abs 1 S 3 AÜG beruht.⁸¹³ Auch nach S 3 leg cit ist „auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten (...) Bedacht zu nehmen“. Diese Bedachtnahme ist nach der hA⁸¹⁴ als zwingender Anspruch zu verstehen. Es ist hier zu prüfen, ob die von der arbeitnehmerähnlichen Person in Aussicht genommenen Arbeiten mehr einer Arbeiter- oder Angestelltentätigkeit entsprechen, wodurch der sachnächste KollV bestimmt und zur Ermittlung des Entgeltanspruchs herangezogen werden kann.⁸¹⁵ Der österreichische Gesetzgeber hat sich in § 10 Abs 1 S 4 AÜG der gleichen Formulierung („auf die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer mit vergleichbaren Tätigkeiten [...] Bedacht zu nehmen“) bedient. Das deutet darauf hin, dass nach der gesetzgeberischen Intention entsprechend der zu § 10 Abs 1 S 3 AÜG vertretenen Ansicht auch der Vergleichsmaßstab des S 4 leg cit für arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskräfte anzupassen ist.

Legt man nun die zu § 10 Abs 1 S 3 AÜG entwickelte Linie auf S 4 leg cit um, so kommt man zu dem Ergebnis, dass arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskräfte stets einen Anspruch auf im Beschäftigerbetrieb bestehende, sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art wie „vergleichbare Arbeitnehmer“ haben. Dieser Anspruch ergibt sich unmittelbar aus § 10 Abs 1 S 4 AÜG. Somit kommt ihnen gemäß § 10 Abs 1 S 4 AÜG ein Anspruch aus sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art im Beschäftigerbetrieb zu, obwohl sie im Fall einer Direkteinstellung beim Beschäftiger als arbeitnehmerähnliche Person idR keinen Anspruch aus diesen Bestimmungen hätten („hypothetische arbeitsplatzbezogene Betrachtungsweise“).

Dieses Ergebnis ist im Lichte der Leiharbeits-RL aber nicht zwingend. Diese verlangt eine Gleichbehandlung iSd Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL nur für *Leiharbeitnehmer*. Zur Begriffsbestimmung verweist Art 3 Abs 1 lit a und lit c iVm Art 3 Abs 2 Leiharbeits-RL auf den Begriff des „Arbeitnehmers“ iSd nationalen Begriffsverständnisses. Nach dem österreichischen Verständnis sind aber arbeitnehmerähnliche Personen grds nicht vom

⁸¹³ So schon *Schindler* in *ZellKomm*² § 10 Rz 22: Für die Vergleichbarkeit ist die Art des Beschäftigungsverhältnisses irrelevant.

⁸¹⁴ Vgl OGH 20.11.1991, 9 ObA 196/91, SZ 64/161 = EvBl 1992/67, 297 = JBl 1992, 265 = Arb 10.977 = *ecolex* 1992, 111; *Ritzberger-Moser*, Der Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskraft nach § 10 Abs 1 AÜG, DRdA 1992, 330; *Schrank*, Grundfragen des Entgeltanspruchs überlassener Arbeitnehmer nach § 10 Abs 1 AÜG, ZAS 1991, 49.

⁸¹⁵ So schon *Tomandl* (in *GS Mayer-Maly* 480), insb auch zur Berechnung dieser Ansprüche nach der Arbeitszeit.

Begriff des „Arbeitnehmers“ umfasst.⁸¹⁶ Die Anwendung des Gleichbehandlungsanspruches für arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskräfte ist daher unionsrechtlich nicht zwingend geboten. Nationale Besserstellungen – wie in diesem Fall – sind aufgrund des Charakters von Richtlinien als Mindeststandards jedoch durchaus möglich.

Abschließend ist noch auf die von *Mazal*⁸¹⁷ aufgezeigten **verfassungsrechtlichen Probleme** im Hinblick auf die in § 1 AÜG normierten weitreichenden Ausnahmen von der Anwendung des § 10 AÜG einzugehen. Da § 1 AÜG gewisse Überlassungen vom Anwendungsbereich des § 10 AÜG ausnimmt, besteht hier weder ein Anspruch auf Gleichbehandlung beim Entgelt und dessen Ausschluss (Abs 4 S 4 AÜG) noch gem § 10 Abs 3 AÜG hinsichtlich der Gleichbehandlung bei Aspekten der Arbeitszeit und des Urlaubes. Nach *Mazal* hat der Gesetzgeber für diese Fälle offensichtlich die von der Leiharbeits-RL normierte Gleichbehandlung beim Entgelt sowie bei den sonstigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht umgesetzt, weshalb nach sA ein Anspruch im Wege richtlinienkonformer Interpretation oder unmittelbarer Anwendung der Leiharbeits-RL argumentierbar ist. Beispielsweise komme es nach *Mazal* bei Überlassungen im Rahmen betrieblicher Zusammenarbeit iSd § 1 Abs 3 Z 3 AÜG zu einem Wertungswiderspruch im Vergleich zu gewerblichen Überlassungen auf die § 10 AÜG uneingeschränkt anwendbar ist. Bei richtlinienkonformer Rechtsanwendung käme es nämlich sA in diesem Fall zur Gleichstellung im Entgelt, selbst wenn eine doppelte Tarifbindung besteht.

Es ist *Mazal* darin zuzustimmen, dass eine sachliche Begründung für diese Differenzierung – weder zur Rechtfertigung der Bevorzugung der (wenigen) aus § 10 AÜG ausgenommenen Überlassungen noch der Benachteiligung der (vielen) von § 10 AÜG erfassten doppelt tarifgebundenen Überlassungen – ersichtlich ist. Bei genauerer Betrachtung des unionsautonom auszulegenden Begriffes des „Leiharbeitsunternehmen“ gem Art 1 Abs 1 iVm Art 3 Abs 1 lit b Leiharbeits-RL (arg: „um sie [...] zu überlassen“) muss man aber zu dem Ergebnis kommen, dass eine Gleichstellung im Rahmen des von *Mazal* gewählten Beispiels (Überlassung iSd § 1 Abs 3 Z 3 AÜG) nicht geboten ist, denn die Leiharbeits-RL und der darin normierte Gleichbehandlungsgrundsatz ist nur auf Leiharbeitsunternehmen anzuwenden, deren **Geschäftszweck** die Überlassung von

⁸¹⁶ So auch schon zutr *Naderhirm*, Der Richtlinienvorschlag der Kommission zur Leiharbeit, ZESAR 2003/7, 259; *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 30; aA *Grünanger*, Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie auf das AÜG, *ecolex* 2009, 425.

⁸¹⁷ *Ecolex* 2013, 103f.

Leiharbeitnehmern ist.⁸¹⁸ Aus diesem Grund scheidet eine richtlinienkonforme Interpretation wie sie *Mazal* vorschlägt aus und es bestehen somit keine Bedenken aus verfassungsrechtlicher Sicht, da es zu keiner Gleichbehandlung trotz doppelter Tarifbindung kommt.

Die gesetzlichen Vorgaben für die Entlohnung überlassener AN seit der Umsetzung der Leiharbeits-RL in nationales Recht kann man daher wie folgt **zusammenfassen**: Unterliegen sowohl Überlasser als auch Beschäftiger einem KollV oder anderen gesetzlichen Entlohnungsregelungen besteht ein Anspruch auf angemessenes, ortsübliches Entgelt. Für die Dauer der Überlassung ist für die Angemessenheit auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren AN für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende Entgelt Bedacht zu nehmen. Für den Fall, dass der Überlasser und/oder Beschäftiger keinem KollV unterliegt bzw kein durch VO oder Gesetz festgelegtes Entgelt gilt, ist auf die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer mit vergleichbaren Tätigkeiten geltenden „sonstigen Bestimmungen allgemeiner Art“ Bedacht zu nehmen.⁸¹⁹

Arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskräfte unterliegen nicht der Ausnahmenbestimmung des § 10 Abs 1 S 4 AÜG, weshalb auf ihr Rechtsverhältnis stets die sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art zur Anwendung kommen. Verfassungsrechtliche Schwierigkeiten sind vor dem Hintergrund des unionsautonom auszulegenden Begriffes des „Leiharbeitsunternehmen“ gem Art 1 Abs 1 iVm Art 3 Abs 1 lit b Leiharbeits-RL entgegen der Ansicht von *Mazal*, zumindest im Hinblick auf das von ihm gewählte Beispiel (Überlassung iSd § 1 Abs 3 Z 3 AÜG) nicht auszumachen.

⁸¹⁸ IdS auch *Pöschl/Unterrieder*, Novelle zum AÜG – neue Pflichten für Beschäftiger und Überlasser, *ecolex* 2012, 999: Nur gewerbliche Überlasser; auch *Schindler* in *ZellKomm* § 1 AÜG Rz 12; mit anderer Begründung ebenfalls *Schörghofer*, *ZAS* 2012/61, 338 mHa Art 1 Abs 2 Leiharbeits-RL („wirtschaftliche Tätigkeit“) woraus er schließt, dass ein Marktauftritt im Hinblick auf die konkrete Tätigkeit (ivF Überlassung von Arbeitskräften) vorliegen muss; gegen die Einschränkung des Anwendungsbereichs ua *Naderhirn* (*ZESAR* 2003/7, 259) und *Schrattbauer* (Arbeitskräfteüberlassung 30).

⁸¹⁹ Soweit diese günstiger sind als die Bestimmungen des KollV für die eisen- und metall erzeugende und -verarbeitende Industrie (vgl VII/2 KVAÜ). Hier ist somit ein Günstigkeitsvergleich anzustellen. Beispiele für solche von § 10 Abs 1 S 4 AÜG erfassten Entgeltregeln sind sonstige (also nicht im Zusammenhang mit Aspekten der Arbeitszeit oder des Urlaubs zustehende) Zulagen und Zuschläge (insb Zulagen für Schmutz, Erschwernis, Gefahr, Qualifikation oder Montagezulagen), vgl *Schindler*, *Arbeitskräfteüberlassungs-KV*² 47, 202 mwN.

2.3. Gleichbehandlung bei Arbeitszeit und Urlaub

2.3.1. Einleitung

Schon vor der Novellierung des AÜG im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL galten gem § 10 Abs 3 AÜG aF während der Überlassung die arbeitszeitrechtlichen Vorschriften, die gesetzlich oder kollektivvertraglich festgelegt und im Beschäftigerbetrieb auf vergleichbare Arbeitnehmer anwendbar waren.⁸²⁰ Der Urlaubsanspruch Überlassener fußte hingegen ausschließlich auf dem UrlG⁸²¹ und für Bauarbeiter auf dem BUAG⁸²².

Seit der Novelle BGBl I 2012/98 sieht § 10 Abs 3 AÜG vor, dass „für die überlassene Arbeitskraft die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigerbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs beziehen“ während der Überlassung anwendbar sind.⁸²³ Im Unterschied zu § 10 Abs 1 AÜG hat der österreichische Gesetzgeber im Rahmen des § 10 Abs 3 AÜG nicht von einer der Öffnungsklauseln des Art 5 Abs 2 bis 4 Leiharbeits-RL Gebrauch gemacht. Der Anwendungsbereich von § 10 Abs 3 AÜG ist somit weiter. Da sich der Anspruch auf Gleichbehandlung bei Aspekten der Arbeitszeit und des Urlaubes nicht auf einen Kollektivvertrag, sondern unmittelbar auf § 10 Abs 3 AÜG stützt, erwirbt auch eine arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskraft einen *gesetzlichen* Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf diese Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen.⁸²⁴

In Randbereichen ist in diesem Zusammenhang immer noch unklar, was unter den Begriff der Arbeitszeit und des Urlaubes fällt. Die Reichweite dieser beiden Begriffe ist daher in der Folge zu untersuchen.

⁸²⁰ Vgl *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 28; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 83.

⁸²¹ Bundesgesetz vom 7. Juli 1976 betreffend die Vereinheitlichung des Urlaubsrechtes und die Einführung einer Pflegefreistellung (BGBl Nr 1976/390 idF BGBl I Nr 2013/3).

⁸²² Bundesgesetz betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BGBl Nr 1972/414 idF BGBl I Nr 2015/152)).

⁸²³ Der KollV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung trifft in Pkt VI. 1. „Arbeitszeit“ und XVI. 1. „Urlaub und Urlaubszuschuss“, in VI. 2. „Arbeitsbereitschaft“, 5. „Flexible Arbeitszeit“ und 9. „Arbeitsfreie Tage“ Regelungen zu den „sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“.

⁸²⁴ So schon zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 85; für die Anwendbarkeit von § 10 Abs 1 und Abs 3 AÜG noch vor der AÜG-Novelle 2012 auf arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskräfte bereits *Schindler*, *ZellKomm*² § 10 Rz 22, 43. Die arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskraft erwirbt daher gem § 10 Abs 3 AÜG zB einen gesetzlichen Anspruch auf Urlaub, obwohl sie nicht dem UrlG unterliegt. Eingehend zur dogmatischen Grundlage dieses Anspruches, vgl die Ausführungen zur Geltung von § 10 Abs 1 S 4 AÜG für arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskräfte weiter oben.

2.3.2. *Arbeitszeit*

Nach den Materialien⁸²⁵ umfasst der in § 10 Abs 3 AÜG verwendete Begriff der „Arbeitszeit“ alle in der Leiharbeits-RL enthaltenen Arbeitszeitaspekte. Hierzu zählen nach Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL die Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit und arbeitsfreie Tage. Zur Auslegung der Begriffe verweist die Leiharbeits-RL – anders als beim Arbeitsentgelt (Art 3 Abs 2 Leiharbeits-RL) – nicht auf das nationale Verständnis. National kann danach zwar definiert werden, was unter „Arbeitsentgelt“ im Detail zu verstehen ist (Art 3 Abs 2 Leiharbeits-RL), nicht aber, was der Begriff der „Arbeitszeit“, „Überstunde“ usw umfasst, da hier grds eine unionsautonome Begriffsbestimmung des Sekundärrechts angezeigt ist.⁸²⁶ Zur Bestimmung der Begriffe „Dauer der Arbeitszeit“, „Pausen“, „Ruhezeit“ und „Nachtarbeit“ muss daher auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung⁸²⁷ zurückgegriffen werden.⁸²⁸

Nach Art 2 Z 1 Arbeitszeit-RL umfasst die Arbeitszeit *„jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“*. Im österreichischen Recht versteht man unter Arbeitszeit *„die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen“* (§ 2 Abs 1 Z 1 AZG⁸²⁹). Die *„Dauer der Arbeitszeit“* iSv Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL umfasst dabei *„das vertraglich geschuldete Arbeitszeitvolumen bezogen auf einen bestimmten Zeitraum, für den der Arbeitgeber als Gegenleistung den Arbeitslohn schuldet“*.⁸³⁰ Die Leiharbeits-RL stellt explizit nur auf die Dauer der Arbeitszeit ab. Fraglich ist, ob von dem Anspruch auf Gleichbehandlung auch die **Lage der Arbeitszeit** umfasst.

⁸²⁵ Vgl ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 3. Die Materialien zählen als Beispiele Regelungen betreffend arbeitsfreier Tage oder Mehrarbeit auf.

⁸²⁶ Vgl Sansone, Gleichstellung 486.

⁸²⁷ ABl L 299 vom 18.11.2003, 9; kurz: Arbeitszeit-RL.

⁸²⁸ So schon zutr Naderhirm, ZESAR 2003, 261; Sansone, Gleichstellung 486; aA Schindler (in Raschauer/Resch, Neuerungen 20) aus systematischen Gründen, da die Regelungsziele nach sA nicht vergleichbar sind. Die Arbeitszeit-RL verfolge im Gegensatz zur Leiharbeits-RL keine gleichstellungs- oder arbeitsrechtlichen Schutzziele, sondern stellt allein auf den Gesundheitsschutz ab.

⁸²⁹ Bundesgesetz vom 11. Dezember 1969 über die Regelung der Arbeitszeit (kurz: AZG), BGBl Nr 1969/461 idF BGBl I Nr 2015/152.

⁸³⁰ Sansone, Gleichstellung 486 mHa Boemke, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, RiW 2009/4, 180.

Für die Einbeziehung spricht zum einen das Ziel der Leiharbeits-RL, wonach eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung überlassener AN herzustellen ist. Mit der sofortigen und unmittelbaren Geltung der Arbeitszeitregelungen auch im Hinblick auf die Lage der Arbeitszeit im Beschäftigerbetrieb wird die von der Leiharbeits-RL angestrebte arbeitszeitrechtliche Synchronisation der Überlassungskräfte mit der Stammebelegschaft erreicht.⁸³¹ Zum anderen hat der österreichische Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung die Leiharbeits-RL im Hinblick auf § 10 Abs 3 AÜG nicht wörtlich zitiert, sondern eigenständig formuliert.⁸³² Danach gelten sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art zu allen „Aspekten“ der Arbeitszeit und des Urlaubes auch für überlassene Arbeitskräfte. Der Gesetzgeber hat damit eine Begrifflichkeit gewählt, die im Zweifel über die Regelungen der Leiharbeits-RL hinausgeht, denn durch die Zusammenfassung der in der Leiharbeits-RL aufgezählten Tatbestände im Begriff „Aspekte“ werden auch allenfalls von der Leiharbeits-RL nicht erfasste Details, wie zB eben die Lage der Arbeitszeit, systematisch mit einbezogen.⁸³³ Für diese weite Auslegung sprechen zudem auch die Materialien zur AÜG-Novelle, wonach „Abs. 3 (...) den Zweck einer weitgehenden Gleichstellung der überlassenen Arbeitskräfte [verfolgt] (...). Kollektivvertragliche Arbeitszeitregelungen für den Beschäftigerbetrieb sollen grundsätzlich auch für die überlassenen Arbeitskräfte gelten“.⁸³⁴ Zusammengefasst ist somit unter dem Begriff der „Arbeitszeit“ iSd Leiharbeits-RL nicht nur die Dauer der (täglichen und wöchentlichen) Arbeitszeit zu subsumieren, sondern auch ihre Lage und damit alles, was sich auf die Arbeitszeit auswirkt, wie zB Durchrechnungsbestimmungen, besondere Arbeitszeitmodelle, Gleitzeit udgl wenn diese Möglichkeit vergleichbaren AN des Beschäftigers offen stehen.⁸³⁵ Auf spezielle Fragen arbeitszeitrechtlicher Bestimmungen

⁸³¹ Da überlassene AN auch als AN des Beschäftigerbetriebes iSd § 36 ArbVG anzusehen sind, unterlagen sie auch zuvor den Arbeitszeitbetriebsvereinbarungen des Beschäftigerbetriebes (zB Gleitzeit, Durchrechnung), so auch *Obereder* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Kap XV Rz 32a. Es bestand aber die Möglichkeit sie vom persönlichen Geltungsbereich dieser BVen auszunehmen. Zudem gelten für sie nun auch diejenigen Arbeitszeitbetriebsvereinbarungen (die auch materielle Arbeitszeitmaterien enthalten) des Beschäftigerbetriebs, welche einem Arbeitszeittatbestand des § 97 Abs 1 ArbVG unterliegen oder auf Zulassungen nach § 1a AZG beruhen, vgl *Schrank*, RdW 2013/38, 35 mwN.

⁸³² Vgl *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 23.

⁸³³ So schon zutr *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 23.

⁸³⁴ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 19; so auch schon zutr *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); im Ergebnis auch *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 40; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 23. Nach *Schörghofer* ist hier auch kein Günstigkeitsvergleich zu den Grundarbeitsbedingungen anzustellen.

⁸³⁵ Vgl *Naderhirn*, ZESAR 2003, 261, so auch *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 83 (insb FN 61): Danach verdrängt § 10 Abs 3 AÜG für überlassene Arbeitskräfte das Erfordernis einer Betriebsvereinbarung oder – bei Fehlen eines Betriebsrates – einer schriftlichen Einzelvereinbarung iSd § 4b AZG. Eine Gleitzeitbetriebsvereinbarung ist daher weder formal auf überlassene Arbeitskräfte auszudehnen noch mit der

im Zusammenhang mit sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art ist noch gesondert einzugehen.

Unter dem Begriff „**Überstunden**“ sind Zeiträume zu verstehen, die über die (tägliche oder wöchentliche) Normalarbeitszeit hinausgehen (§ 6 Abs 1 AZG). Der Begriff umfasst auch Mehrarbeit.⁸³⁶ Unter dem Begriff „**Pausen**“ sind sog „**Ruhepausen**“ zu verstehen. Das sind Unterbrechungen der täglichen Arbeitszeit (Art 4 Arbeitszeit-RL). „**Ruhezeit**“ beschreibt jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit (Art 2 Z 1 Arbeitszeit-RL).⁸³⁷ Die „**Nachtarbeit**“ umfasst gem Art 2 Z 4 Arbeitszeit-RL jede, in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegte Zeitspanne von mindestens sieben Stunden, welche auf jeden Fall die Zeitspanne zwischen 24 Uhr und 5 Uhr umfassen muss. Die diesbezüglichen Bestimmungen des AZG (§§ 12a ff AZG) gelten auch für überlassene Arbeitskräfte. Der Begriff „**Nachtarbeit**“ umfasst dabei auch die Nachtschwerarbeit, für die das NSchG⁸³⁸ anwendbar ist und das demzufolge auch für überlassene Arbeitskräfte gilt.

Schwieriger ist schon die Bestimmung der „**arbeitsfreien Tage**“ iSv Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL. Für *Sansone*⁸³⁹ zeigt der Vergleich zu anderen Sprachfassungen, dass zu den „**arbeitsfreien Tagen**“ gem Art 3 Abs 1 lit f Leiharbeits-RL nur die gesetzlichen Feiertage zählen, dh lediglich jene Tage, an denen von Gesetz wegen idR keine Arbeitspflicht besteht. Eine solche Einschränkung der „**arbeitsfreien Tage**“ auf bloß gesetzliche Feiertage macht aber für den Grundsatz der Gleichbehandlung keinen Sinn, da gesetzliche Feiertage auch überlassenen AN – wie jedem anderen Arbeitnehmer auch – ohnehin zustehen.⁸⁴⁰ Zudem umfasste der Begriff der Arbeitszeit iSd § 10 AÜG auch bereits vor der Umsetzung der Leiharbeits-RL andere arbeitsfreie Tage.⁸⁴¹ Es ist nicht

überlassenen Arbeitskraft eine eigene schriftliche Gleitzeitvereinbarung zu treffen. IdS auch *Schrank* (RdW 2013/38, 35) wonach aufgrund des § 10 Abs 3 AÜG, welcher die Parallelität der Arbeitsweisen sicherstellen will, die bisherige Zusatzvoraussetzung in Abschnitt VI Pkt 4 des KVAÜ unanwendbar wurde. Nunmehr genügt es, wenn ein Modell flexibler Arbeitszeit in einer echten BV des Beschäftigers geregelt ist.

⁸³⁶ So auch die ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 3.

⁸³⁷ Zu den Anforderungen an die „**Ruhezeit**“, vgl EuGH 03.10.2000, C-303/98, Slg 2000, I-07963 Rn 50 (*Siamp*); EuGH 09.09.2003, C-151/02, Slg 2003, I-08389 Rn 44 ff (*Jaeger*).

⁸³⁸ Bundesgesetz über Schutzmaßnahmen für Nachtschwerarbeiter durch Änderung des Urlaubsgesetzes, des Arbeitszeitgesetzes und des Arbeitsverfassungsgesetzes sowie durch Maßnahmen zur Sicherung der gesetzlichen Abfertigung, der Gesundheitsvorsorge und Einführung eines Sonderruhegeldes, BGBl 354/1981 idF BGBl 473/1992.

⁸³⁹ Vgl *Sansone*, Gleichstellung 489. Er verweist hier auf die englische („*public holidays*“), französische („*jours fériés*“), spanische („*días festivos*“) und italienische („*giorni festivi*“) Sprachfassung.

⁸⁴⁰ So schon zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 84.

⁸⁴¹ Vgl *Schindler* in *ZellKomm*² § 10 Rz 45.

davon auszugehen, dass dieser Anspruch durch die Novelle eingeschränkt werden sollte.⁸⁴² Aus diesem Grund ist überlassenen Arbeitskräften nun auch Freizeit an betrieblich gewährten, freien Arbeitstagen (zB 24./31. Dezember) zu gewähren, wenn diese vergleichbaren Arbeitnehmern des Beschäftigers zustehen.⁸⁴³ Der Anspruch umfasst auch Freistellungen im Zusammenhang mit wichtigen persönlichen Ereignissen (Hochzeiten, Geburten udgl), wenn diese in sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art vorgesehen sind und vergleichbaren AN gewährt werden.⁸⁴⁴

Generell ist in Erreichung des Gleichbehandlungsziels der Leiharbeits-RL **im Zweifel eine extensive Interpretation** angezeigt. Da die Leiharbeits-RL von „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ spricht, können es nur noch Randthemen sein, die von der Aufzählung (Art 3 Abs 1 lit f bzw Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL) nicht erfasst sind, weshalb die in der Leiharbeits-RL genannten Ansprüche umfassend zu verstehen sind.⁸⁴⁵ Dem Ziel der Leiharbeits-RL entsprechend stehen die verschiedenen Rechtsquellen für den Anspruch auf Gleichstellung – die Leiharbeitsrichtlinie, die nationale Umsetzung (§ 10 AÜG) und die Ergänzungen durch KollIV – zueinander im Verhältnis der Günstigkeit.⁸⁴⁶

Anders als beim Anspruch auf Gleichbehandlung beim Arbeitsentgelt hat sich der österreichische Gesetzgeber im Hinblick auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL dazu entschlossen, nicht von einer Ausnahmebestimmung gem Art 5 Abs 2 bis Abs 4 Leiharbeits-RL Gebrauch zu machen.⁸⁴⁷ In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob der uneingeschränkte Anspruch auf Gleichbehandlung bei den sonstigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (Art 3 Abs 1 lit f [i] Leiharbeits-RL; § 10 Abs 3 AÜG) auch

⁸⁴² Vgl zutr *Schörghofer*, ZAS 2012/61, 342.

⁸⁴³ So schon zutr *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 28f; ebenso *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 83f; nach *Naderhirn* (ZESAR 2003/7, 262) gelten, wenn der Beschäftiger-KollIV bestimmte Tage zu Feiertagen erklärt, diese auch für überlassene AN als Feiertage, wobei sie darauf hinweist, dass der KVAÜ schon vor Umsetzung eine entsprechende Bestimmung für überlassene Arbeitskräfte enthielt.

⁸⁴⁴ Vgl zutr *Schindler*, DRdA 2009, 178.

⁸⁴⁵ So schon zutr *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 21.

⁸⁴⁶ So schon zutr *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017) mwN; idS schon *Sansone*, Gleichstellung 487.

⁸⁴⁷ Das Auseinanderfallen von Freistellungs- und Entgeltansprüchen ist bei den wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL nach dem System der Ausnahmebestimmungen des Art 5 Abs 2 bis Abs 4 Leiharbeits-RL systematisch möglich. Art 5 Abs 2 RL erlaubt nur Abweichungen von der Gleichbehandlung in Bezug auf das Arbeitsentgelt, nicht auch hinsichtlich der sonstigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Nur unter den strengeren Anforderungen des Art 5 Abs 3 und 4 Leiharbeits-RL kann auch von den wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL abgewichen werden.

die damit zusammenhängenden **entgeltlichen Auswirkungen** umfasst. Betrachten wir den Fall, dass im Beschäftigertbetrieb zB Regelungen über die Zulässigkeit der Leistung von Überstunden und deren Bezahlung bestehen, die aufgrund des Gleichbehandlungsanspruchs auch für überlassene Arbeitskräfte relevant sind. Fraglich ist, ob sich der Anspruch auf Gleichbehandlung im gegebenen Fall teilt. Man könnte argumentieren, dass im Hinblick auf die Überstundenleistung ein Anspruch auf Gleichbehandlung gem § 10 Abs 3 AÜG besteht, im Hinblick auf den damit verbundenen Entgeltanspruch gem § 10 Abs 1 AÜG. Diese Zweiteilung der Anspruchsgrundlagen konsequent zu Ende gedacht, würde dazu führen, dass überlassene Arbeitskräfte idR zur Überstundenleistung ohne korrespondierenden Entlohnungsanspruch verpflichtet wären, da auf sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art zum Entgelt im Beschäftigertbetrieb gem § 10 Abs 1 S 4 AÜG nur dann Bedacht zu nehmen ist, wenn entweder im Überlassertbetrieb kein Kollektivvertrag gilt oder keine kollektivvertragliche, durch Verordnung festgelegte oder gesetzliche Regelung des Entgelts im Beschäftigertbetrieb besteht. Wie bereits eingangs dargestellt, wird hier aufgrund der hohen Kollektivvertragsdeckung in Österreich die Ausnahme zur Regel. Dass die Leiharbeits-RL ein solches Ergebnis im Anbetracht des ausdrücklichen Gleichbehandlungsziels (Art 2 Leiharbeits-RL) zulassen wollte, kann ausgeschlossen werden. Gegen eine Zweiteilung der Anspruchsgrundlagen spricht weiters, dass sonst die „denknotwendige Verbindung“ zwischen der Überstunde als Aspekt der Arbeitszeit mit dem damit verbundenen Zuschlag als Arbeitsentgelt aufgebrochen würde.⁸⁴⁸

Auch historisch gesehen, spricht einiges gegen eine Teilung des Anspruches. Der Begriff der „Überstunde“ wurde vom Rat ohne weitere Begründung auf Vorschlag des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten in die Aufzählung der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen aufgenommen. Dieser Vorschlag enthielt in Abänderungsantrag 32 noch die Formulierung „Überstundenvergütung“.⁸⁴⁹ In der Begründung des Gemeinsamen Standpunktes führt der Rat aus, dass diese Änderungen (auch Abänderungsantrag 32) „in vollem Umfang – wenn auch nicht wörtlich, so **doch dem Sinne nach** – in den Gemeinsamen Standpunkt übernommen“ wurden.⁸⁵⁰ Obwohl die

⁸⁴⁸ Vgl zutr *Burger in Wachter/Burger*, Entwicklungen 29; *Ders in Raschauer/Resch*, Neuerungen 84.

⁸⁴⁹ Vgl A5-0356/2002, 24.

⁸⁵⁰ Vgl Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt (Entwurf), KOM(2008) 569, 6; wiederholt in der Begründung des Rates Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr 24/2008 festgelegt am 15.09.2008 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2008/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom...über Leiharbeit, ABl EG C 254 vom 7. Oktober 2008, 42. Hervorhebung in Fettschrift durch die Verfasserin.

Leiharbeits-RL schlussendlich den Begriff der „Überstunde“ gewählt hat, spricht auch die historische Entwicklung dieser Bestimmung klar für eine weite Auslegung dieses Begriffes und die Absicht des europäischen Gesetzgebers, vom Begriff der „Überstunde“ auch damit zusammenhängende Entgeltregelungen erfassen zu wollen. Zudem hat der österreichische Gesetzgeber – wie bereits dargestellt – im Rahmen der Umsetzung die Leiharbeits-RL im Hinblick auf § 10 Abs 3 AÜG eigenständig formuliert. Mit der Formulierung „*Aspekte der Arbeitszeit*“ hat der Gesetzgeber eine Begrifflichkeit gewählt, die im Zweifel über die Regelungen der Leiharbeits-RL hinausgeht, denn hierdurch werden auch allenfalls von der Leiharbeits-RL nicht erfasste Details, wie zB allfällige Schichtzulagen für Tagschichtarbeit, systematisch mit einbezogen.⁸⁵¹ § 10 Abs 3 AÜG steht daher im Hinblick auf die Aspekte der Arbeitszeit zwar grds in Konkurrenz zur Entgeltregelung des § 10 Abs 1 S 4 AÜG, verdrängt diese als speziellere Norm aber insoweit.⁸⁵²

Dieselben Überlegungen treffen natürlich auch auf die anderen wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gem § 10 Abs 3 AÜG zu. Die Begriffe Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit und arbeitsfreie Tage udgl umfassen somit sowohl Regeln zur Zulässigkeit bzw Freistellungsansprüchen als auch damit im Zusammenhang stehende Entgeltregelungen.⁸⁵³ Relevanz kommt den Regelungen insb dann zu, wenn die Arbeitszeit durch betriebliche Regelungen, zB im Zusammenhang mit Wochenend-, Nachtarbeit oder besonders beschwerlicher Arbeit, verkürzt wurde.⁸⁵⁴ Danach gelten zB alle betrieblichen Regelungen über die Zulässigkeit der Leistung von Überstunden und deren Bezahlung, Pauseneinteilung, Regeln zur Nachtarbeit, deren Bezahlung und gesundheitliche Vorsorgen in diesem Zusammenhang sowie innerbetriebliche Arbeitszeitverkürzungen und damit verbundene finanzielle Ausgleiche, auch für überlassene Arbeitskräfte.⁸⁵⁵ Soweit

⁸⁵¹ So schon zutr *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 23.

⁸⁵² Vgl zutr *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 42; auch *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 84.

⁸⁵³ So schon zutr *Schindler*, DRdA 2009, 178; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 22; *Ders*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 38, 42 (zB Bezahlung arbeitsfreier Tage, da sich ansonsten der Inhalt der Leiharbeits-RL als „eine Art Zwangs-Karenzierung ohne Entgeltanspruch entpuppen“ würde, ebenfalls besondere Zulagen bei bestimmten Arbeitszeitformen wie zB Schichtarbeit, Zeitzuschläge udgl); so auch *Rothe*, AÜ-KollV² 65: Die Synchronisation der Arbeitszeit führt dazu, dass sich neben den arbeitszeitrechtlichen auch die entgeltrechtlichen Auswirkungen angleichen; *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 84: wenn sie mit arbeitszeitrechtlichen Vorschriften „im engen Zusammenhang stehen, ja diese voraussetzen“; auch *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

⁸⁵⁴ Vgl *Schindler*, DRdA 2009, 178.

⁸⁵⁵ So schon *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 42.

bestimmte Arbeitsformen durch Bescheid des Arbeitsinspektorats zugelassen werden⁸⁵⁶, erstreckt sich diese Zulassung gem § 10 Abs 3 AÜG auch auf überlassene Arbeitskräfte.⁸⁵⁷

2.3.3. *Urlaub*

Nach § 10 Abs 3 AÜG gelten für überlassene Arbeitskräfte während der Überlassung die im Beschäftigterbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigterbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf **Aspekte des Urlaubs** beziehen. Der Begriff des Urlaubes ist dabei wie die übrigen wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL mangels Verweis auf das nationale Begriffsverständnis ebenfalls **unionsautonom** auszulegen.

Anders als Art 7 Arbeitszeit-RL, Art 2 Abs 2 lit f der Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen⁸⁵⁸ und auch Art 3 Abs 1 lit b Entsende-RL, die durchgängig vom „*Jahresurlaub*“ sprechen, verwendet Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL den Begriff des „*Urlaubes*“. Der EuGH legt dem Begriff des „*Urlaubes*“ ein weites Begriffsverständnis zugrunde und subsumiert darunter auch die Arbeitsunfähigkeit (Krankheitsurlaub)⁸⁵⁹, den Mutterschutz (Mutterschaftsurlaub)⁸⁶⁰ und die Elternzeit (Elternurlaub)⁸⁶¹. Die Erwähnung des „*bezahlten Jahresurlaubes*“ in ErwGr 1 der Leiharbeits-RL spricht nicht gegen die weite Auslegung des Begriffs Urlaub in Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL, da dieser ErwGr lediglich den Geltungsbereich des Art 31 Abs 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union wiedergibt.⁸⁶²

Neben systematischen Überlegungen und der stRsp des EuGH spricht auch die Entstehungsgeschichte der Leiharbeits-RL für eine weite Auslegung des Begriffs

⁸⁵⁶ ZB in betriebsratslosen Betrieben und mangels kollektivvertraglicher Regelung eine Verlängerung der Normalarbeitszeit bei Arbeitsbereitschaft (§ 5 Abs 3 AZG).

⁸⁵⁷ So schon zutr *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 44.

⁸⁵⁸ AB I L 288 vom 18. Oktober 1991, 32 (insb 33); kurz: Nachweis-RL.

⁸⁵⁹ Vgl EuGH 20.01.2009, verbundene Rechtssachen C-350/06 und C-520/06, Slg 2009, I-00179 Rn 20ff (*Schultz-Hoff*).

⁸⁶⁰ Vgl EuGH 14.04.2005, C-342/01, Slg 2004, I-02605 Rn 32f (*Merino Gómez*); EuGH 14.04.2005, C-519/03, Slg 2005, I-03067 Rn 33 (*Kommission/Luxemburg*).

⁸⁶¹ Vgl EuGH 20.09.2007, C-116/06, Slg 2007, I-07643 Rn 56 (*Kiiski*).

⁸⁶² So auch schon zutr *Sansone*, Gleichstellung 488.

„Urlaub“. In beiden zuvor erstatteten Entwürfen zur Leiharbeits-RL wurde noch ausdrücklich der Begriff „bezahlter Urlaub“ benutzt und erst für die endgültige Fassung der Zusatz „bezahlt“ gestrichen.⁸⁶³ Der Rat scheint damit dem Änderungsantrag 3 der Stellungnahme des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt für den Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten des Europäischen Parlaments vom 11. September 2002 gefolgt zu sein.⁸⁶⁴ Für diese Ansicht spricht auch, dass der Rat dem Änderungsantrag 32 des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten nicht gefolgt ist.⁸⁶⁵ Dieser sah vor, den Passus „Bestimmungen betreffend den Elternurlaub“ in die Aufzählung der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen aufzunehmen. Durch die Streichung des Zusatzes „bezahlt“ und der damit verbundenen Erweiterung des Begriffsverständnisses von „Urlaub“ wurde diese Ergänzung obsolet. Der Begriff des „Urlaubes“ iSd Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL ist daher weit zu verstehen. Dieser geht über den jährlichen (bezahlten) Erholungsurlaub hinaus.⁸⁶⁶

Wie auch bei den Aspekten der Arbeitszeit ist es auch im Hinblick auf den Urlaub nach der Leiharbeits-RL systematisch möglich, dass Freistellungs- und Entgeltfortzahlungsanspruch auseinanderfallen. Im Hinblick auf den Begriff des Urlaubes ist eine Rechtfertigung des Zusammenfallens beider Ansprüche aber problemlos zu finden, da der Begriff des Urlaubes sowohl aus nationaler als auch aus europäischer Sicht beide Ansprüche umfasst. Nach der Rsp⁸⁶⁷ des EuGH umfasst der Begriff des Urlaubes „den Anspruch auf Jahresurlaub und denjenigen auf Zahlung des Urlaubsentgelts als die zwei Teile eines einzigen Anspruchs“. Aber auch auf nationaler Ebene ist die „Doppelnatur“ des Urlaubes unumstritten.⁸⁶⁸

Daher ist sowohl der Freistellungs- als auch der Entgeltfortzahlungsanspruch von dem Begriff des „Urlaubes“ in Art 3 Abs 1 lit f (i) Leiharbeits-RL umfasst, was auch dem Ziel der Leiharbeits-RL entspricht.⁸⁶⁹ Würde sich doch sonst – wie *Schindler*⁸⁷⁰ bereits so zutreffend bemerkt hat – der Anspruch auf „Urlaub“ als „eine Art Zwangs-Karenzierung

⁸⁶³ Vgl Art 3 Z 1 lit d (i) des KOM(2002) 149 endg 3; Art 3 Z 1 lit f (i) des KOM(2002) 701 endg 10.

⁸⁶⁴ Vgl A5-0356/2002, 48.

⁸⁶⁵ Vgl A5-0356/2002, 24.

⁸⁶⁶ Vgl auch schon zutr *Sansone*, Gleichstellung 488f.

⁸⁶⁷ Vgl EuGH 16.03.2006, verbundene Rechtssachen C-131/04 und C-257/04, Slg 2006, I-02531 Rn 58 (*Robinson Steele*); darauf weist schon *Schindler* (Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 38) zutr hin.

⁸⁶⁸ So schon zutr *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 38.

⁸⁶⁹ Vgl schon zutr *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 21f; *Ders*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 38.

⁸⁷⁰ Arbeitskräfteüberlassungs-KV² (2013) 38.

ohne Entgeltanspruch entpuppen“. Mit der sofortigen und unmittelbaren Geltung der betrieblichen Regelungen zum Urlaub kommt es auch hier zu der angestrebten Synchronisation der Überlassungskräfte mit der Stammebelegschaft.⁸⁷¹

Aspekte des Urlaubs umfassen beispielsweise erhöhte Urlaubsansprüche (zB Zusatzurlaubstage für AN mit Behinderung), Besserstellungen bei der Höhe des Urlaubsentgelts (zB günstigere Pauschalberechnungen, nicht aber im Hinblick auf den Urlaubszuschuss, da Sonderzahlungen unter den Begriff des Arbeitsentgelts und daher unter § 10 Abs 1 AÜG fallen), Verbesserungen bei der Vordienstzeitenanrechnung betreffend des Erreichens des Anspruchs auf eine sechste Urlaubswoche und Betriebsurlaube.⁸⁷² Bei der Gewährung zusätzlicher Urlaubstage ist zu beachten, dass dieser Zusatzurlaub in den ersten sechs Monaten nur aliquot entsteht.⁸⁷³ Der (höhere) Urlaubsanspruch überlassener Arbeitskräfte richtet sich dabei gegen den Überlasser und bleibt auch nach Ende der Überlassung, die Grund für dessen Entstehung war, aufrecht bis dieser verbraucht wurde oder verfällt.⁸⁷⁴

Prinzipiell umfasst der Gleichbehandlungsanspruch des § 10 Abs 3 AÜG auch die **Umstellung des Urlaubsjahres** vom Arbeits- auf das Kalenderjahr.⁸⁷⁵ Da die Leiharbeits-RL den Schutz der überlassenen AN bezweckt, Umstellungen aber idR keinen Vorteil bringen, insb wenn der Überlassene nicht konstant beim Beschäftiger eingesetzt wird, sind betriebliche Regelungen, die die Umstellung des Urlaubsjahres vorsehen nicht (uneingeschränkt) auf überlassene Arbeitskräfte anwendbar.⁸⁷⁶ Eine Umstellung auf das im Beschäftigerbetrieb bestehende Urlaubsjahr ist nach *Schrank*⁸⁷⁷ daher nur bei langfristigen, atypischen Überlassungen vorzunehmen, zumal die Urlaubsgewährungspflicht rechtlich nach wie vor allein den Überlasser trifft. *Schrank* lässt dabei aber offen, wann eine

⁸⁷¹ IdS schon *Rothe*, AÜ-KollV² 64.

⁸⁷² Vgl auch *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 42f; in diese Richtung auch *Schrank* (RdW 2013/38, 36), der den Hauptanwendungsbereich der Bestimmung aber auf Ebene des Kollektivvertrages sieht. Auf welcher Rechtsgrundlage die „sonstigen verbindlichen Bestimmungen“ im Beschäftigerbetrieb gelten, müssen ist im nächsten Kapitel zu klären.

⁸⁷³ Vgl so schon zutr *Schörghofer* (ZAS 2012/61, 343) unter Berufung auf die deutsche Lehre (*Sansone*, Gleichstellung 183, 235f) und mit der zutr Begründung, dass durch diese Vorgehensweise eine Gleich-, aber keine Besserstellung überlassener AN erreicht wird; auch *Schrank*, RdW 2013/38, 36; zutr *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 29; *Ders* (in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 84f) welcher die Wertungen des § 2 Abs 2 UrlG bei der Berechnung eines höheren Urlaubsausmaßes bei unterjährigen Überlassungen heranzieht.

⁸⁷⁴ So schon zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 85 mHa *Sansone*, Gleichstellung 235.

⁸⁷⁵ Vgl auch *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 42f; idS auch *Schrank*, RdW 2013/38, 36.

⁸⁷⁶ So schon zutr *Schindler*, DRdA 2009, 178.

⁸⁷⁷ RdW 2013/38, 36.

langfristige, atypische Überlassung vorliegt. Auch aus der (nicht unumstrittenen) Judikatur des OGH zu atypisch langen Überlassungen kann keine eindeutige Richtschnur für das Vorliegen einer solchen abgeleitet werden.⁸⁷⁸ Eine solche Unbestimmtheit führt in der Praxis zu erheblicher Rechtsunsicherheit.⁸⁷⁹ Da es weder für den überlassenen AN, den Überlasser noch den Beschäftiger Vorteile bringt, da die Urlaubsgewährungspflicht rechtlich nach wie vor allein den Überlasser trifft, ist aus meiner Sicht eine solche unbestimmte Ausnahme abzulehnen. Ist im Beschäftigerbetrieb somit eine Umstellungen des Urlaubsjahres vom Arbeits- auf das Kalenderjahr vorgesehen, ist diese für überlassene Arbeitskräfte nicht vorzunehmen.

Das führt auch gleich zum nächsten Problembereich im Zusammenhang mit dem Urlaubsanspruch überlassener Arbeitskräfte. Sind betriebliche Regelungen des Beschäftigerbetriebes für überlassene Arbeitskräfte anwendbar, stellt sich die Frage nach dem Abschluss einer **Urlaubsvereinbarung**. Aufgrund von § 10 Abs 3 AÜG kann auch eine im Beschäftigerbetrieb bestehende Betriebsvereinbarung über die Grundsätze betreffend den Verbrauch des Erholungsurlaubes (§ 97 Abs 1 Z 10 ArbVG) auf überlassene Arbeitskräfte anwendbar sein.⁸⁸⁰ Diese könnte bspw Eltern schulpflichtiger Kinder einen Vorrang bei der Wahl ihres Urlaubszeitraums einräumen. Dieses Recht muss aufgrund des Gleichstellungsanspruchs gem § 10 Abs 3 AÜG auch für überlassene Arbeitskräfte mit schulpflichtigen Kindern gelten. Wie *Schörghofer*⁸⁸¹ zutreffend darlegt, kann diesem Anspruch nicht entgegengehalten werden, dass die Urlaubsvereinbarung vom Überlasser und nicht vom Beschäftiger abzuschließen ist. § 4 UrlG verlangt eine Urlaubsvereinbarung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber. § 6 Abs 1 AÜG bestimmt, dass der Beschäftiger während der Dauer der Überlassung als Arbeitgeber iSd Arbeitnehmerschutzvorschriften gilt. Aus diesem Grund kann ein überlassener AN auch mit dem Beschäftiger eine Urlaubsvereinbarung wirksam abschließen.⁸⁸² Der Abschluss einer Urlaubsvereinbarung zwischen überlassenen AN und Beschäftiger ist aber klarerweise nur für einen Urlaubszeitraum möglich, der in die Phase der jeweiligen

⁸⁷⁸ ZB OGH 03.12.2003, 9 ObA 113/03p, SZ 2003/156 = DRdA 2004/47 (*Balla*); OGH 30.08.2011, 8 ObA 54/11s, SZ 2011/110 = ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*).

⁸⁷⁹ Wie sich beispielsweise auch im Rahmen der Diskussion zur Reichweite des von manchen geforderten, unbestimmten Zeitkriteriums (arg „für längere Zeit gedacht“) für die Belegschaftszugehörigkeit überlassener AN im Beschäftigerbetrieb (§ 36 ArbVG) gezeigt hat, vgl dazu eingehend Teil III der vorliegenden Arbeit.

⁸⁸⁰ Vgl zutr *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

⁸⁸¹ In *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

⁸⁸² So schon zutr *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

Überlassung fällt.⁸⁸³ Beschäftiger und Überlasser können sich hinsichtlich des Urlaubsansuchens absprechen, solange hierdurch das Urlaubsbegehren des Überlassenen nicht erheblich verzögert wird.⁸⁸⁴ Eine erhebliche Verzögerung verstieße gegen § 8 Abs 2 AÜG.

3. Auslegung des Passus „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“

3.1. Einleitung

Wie bereits einleitend dargestellt, hat der österreichische Gesetzgeber die europarechtliche Vorgabe des Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL in § 10 Abs 1 und 3 AÜG im Hinblick auf das Entgelt sowie Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaub umgesetzt. Im diesem Zusammenhang hat er einen Passus aus Art 3 Abs 1 lit f Leiharbeits-RL übernommen, der keine Entsprechung im nationalen Recht hat. Nach dem Wortlaut des § 10 Abs 1 und Abs 3 AÜG muss seither eine „sonstige verbindliche Bestimmung allgemeiner Art“ vorliegen, die im Beschäftigertbetrieb „gilt“. Nach *Schrank*⁸⁸⁵ war diese Vorgehensweise wohl von der Hoffnung beseelt, „dass die Judikatur vollende, was man politisch nicht bewältigte“. Auch *Schörghofer*⁸⁸⁶ vermutet hinter dieser Vorgehensweise zu Recht die Angst des Gesetzgebers vor dem Wortlaut der Richtlinie. Der Gesetzgeber wollte bei der Umsetzung wohl kein Risiko eingehen und wälzte die Umsetzungspflicht auf die Rechtsanwender ab.

Dass Probleme bei der Auslegung wahrscheinlich waren, war dem Gesetzgeber nachweislich aber schon vor Inkrafttreten der AÜG-Novelle 2012 klar. Einige Stakeholder warnten bereits in ihrer Stellungnahme zum ersten Ministerialentwurf vor „erheblichen Auslegungsproblemen“⁸⁸⁷ bei Verwendung dieser Formulierung und davor, dass dieser Begriff „Spielball zukünftiger gerichtlicher Auseinandersetzungen wird“⁸⁸⁸. Der

⁸⁸³ Das ergibt sich aus § 6 Abs 1 AÜG (arg „für die Dauer der Beschäftigung“), vgl zutr *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

⁸⁸⁴ *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Ders*, ZAS 2012/61, 341.

⁸⁸⁵ RdW 2013/38, 32 (insb FN 8).

⁸⁸⁶ In *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); ebenso *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 21; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 75.

⁸⁸⁷ *Burz*, Stellungnahme der IV, 18/SN-366/ME 24. GP 3.

⁸⁸⁸ *Gagawczuk* (Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer, 10/SN-366/ME 24. GP 5) und auch, dass „in der Praxis Unsicherheiten“ zu erwarten sind. Auch der Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger forderte in seiner Stellungnahme (19/SN-366/ME 24. GP 3) eine nähere Determinierung, da die Ausführungen in den Erläuternden Bemerkungen als nicht ausreichend erachtet wurden.

Gesetzgeber ließ sich von diesen Bedenken aber nicht beeindrucken und erließ die Bestimmung in der heute vorliegenden Form. Seither ist umstritten, was genau unter dem Passus „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“ zu verstehen ist. Unklar ist insbesondere, welche Rechtsquellen von diesem Passus erfasst und damit für Überlassene anwendbar sind. Im Schrifttum besteht lediglich Einigkeit darüber, dass echte Betriebsvereinbarungen sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art sind, individuell geleistete Überzahlungen udgl jedoch nicht.⁸⁸⁹ Heftig gerungen wird um die Frage, ob auch nichtige Betriebsvereinbarungen, betriebliche Übungen, Vertragsschablonen, Konzernrichtlinien udgl darunter zu subsumieren sind.

Der OGH beschäftigte sich bislang nur obiter mit dem Passus. Er führte aus, dass damit „betriebliche Regelungen, **vor allem** eine allenfalls zulässige, weil durch KollV ermächtigte (Entgelt-)BV gemeint“ sind.⁸⁹⁰ Der OGH bezog sich in seiner Begründung auf *Schindler* und *Schörghofer*.⁸⁹¹ Die Formulierung des Gerichtshofes (arg: „vor allem“) wie auch der Bezug auf die beiden Vertreter einer weiten Auslegung sprechen prima facie dafür, dass der OGH eher zu einem weiten Begriffsverständnis neigt. Eine eindeutige Stellungnahme liegt mangels Anlassfall bislang aber noch nicht vor.

Im Schrifttum wird dazu zum einen vertreten, dass nur echte Betriebsvereinbarungen sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art sind,⁸⁹² zum anderen, dass neben echten Betriebsvereinbarungen auch Satzungen und Mindestlohntarife erfasst sind⁸⁹³. Ein

⁸⁸⁹ ZB *Burger* (in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 74) und *Ercher-Lederer* (Neues aus der Gesetzgebung: Besserer Schutz für Leiharbeitskräfte – verstärkte Prävention psychischer Belastungen – levelling up, ZAS 2013/19, 107) führen das auf die mangelnde Geltung für die Allgemeinheit zurück; idS auch *Schima*, Stellungnahme der RAK, 24/SN-Nachtrag zu 7/SN-366/ME 24. GP 5f; nach *Schrank* (RdW 2013/38, 32) wäre es viel leichter und verständlicher gewesen die Worte „kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte“ in § 10 Abs 1 dritter Satz AÜG zu streichen als sich dieser umständlichen, unverändert aus der Leiharbeits-RL übernommenen Formulierung zu bedienen, hätte der Gesetzgeber damit tatsächlich die Gleichstellung im Istentgeltbereich intendiert.

⁸⁹⁰ OGH 25.08.2014, 8 ObA 50/14g, ZAS 2015/52, 315 (*Schörghofer*) = DRdA 2015/32, 250 (*Felten*). Hervorhebung in Fettschrift durch die Verfasserin. Davor sprach der OGH im Rahmen von OGH 24.07.2013, 9 ObA 33/13p, DRdA 2014/14, 132 (*Schrattbauer*) = ZAS 2014/12, 76 (*Wiesinger*) = RdW 2013/671, 682 (*Bruckmüller*) den Passus kurz obiter an. Aus dieser Entscheidung können aber keine weiteren Erkenntnisse für die Auslegung der Bestimmung gewonnen werden.

⁸⁹¹ Er verweist auf *Schindler* in ZellKomm² § 10 AÜG Rz 4; *Ders*, DRdA 2009, 177; *Schörghofer*, ZAS 2012, 341.

⁸⁹² Vgl *Bruckmüller/Zehentmayer*, Was sind „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“? ecolex 2013, 681f; *Eypeltauer*, Arbeitskräfteüberlassung: Nur Bedachtnahme auf echte Betriebsvereinbarungen beim Beschäftiger? ecolex 2014, 69; *Rauch*, ecolex 2013, 676f; *Schrank*, RdW 2013/38, 32; *Pöschl/Unterrieder*, ecolex 2012, 1000; *Rothe*, AÜ-KollV² 64; offen lassend *Burz*, ecolex 2012, 1095.

⁸⁹³ Vgl *Schrank*, RdW 2013/38, 32; ihm folgend *Burgstaller/Schorn*, Entgelt nicht gleich Entgelt: Der Entgeltbegriff im Arbeitsrecht – ein Abriss der verschiedenen einzelgesetzlichen Ansätze im Arbeitsrecht, ZAS 2013/18, 104. Nach *Schrank* handelt es sich im Falle der Satzungen nur um eine „absichernde

anderer, mittlerweile überwiegender Teil der Autoren will auch nichtige („freie“) Betriebsvereinbarungen, Betriebsübungen, Vertragsschablonen, Unternehmens- bzw Konzernrichtlinien udgl davon erfasst sehen.⁸⁹⁴ Vertreter einer engen Interpretation argumentieren in erster Linie mit dem Wortlaut der Bestimmung, Vertreter einer weiten Interpretation hingegen mit ihrem Telos, wonach die Leiharbeits-RL den Zweck verfolge überlassene Arbeitskräfte mit vergleichbaren AN im Beschäftigertbetrieb gleichzubehandeln.⁸⁹⁵ Dieser Grundsatz sei auch im Rahmen der richtlinienkonformen Interpretation zu berücksichtigen.

Aufgrund dieses uneinheitlichen Befundes ist in der Folge der Passus „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“ einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen. Die Reichweite des Anspruches wird dabei mithilfe des klassischen Interpretationskanons bestimmt. Am Ende des Kapitels werden die wesentlichen Ergebnisse im Rahmen eines Zwischenbefundes zusammengefasst dargestellt.

3.2. Wortlaut

Nach dem Wortlaut des § 10 Abs 1 und Abs 3 AÜG muss eine „sonstige verbindliche Bestimmung allgemeiner Art“ vorliegen, die im Beschäftigertbetrieb „gilt“. Vertreter einer engen Auslegung sind der Ansicht, dass von diesem Passus nur allgemeine, normativ wirksame Rechtssetzungsakte, wie zB echte Betriebsvereinbarungen, erfasst sind.⁸⁹⁶

Klarstellung“, da man schon nach der früheren Gesetzeslage zum gleichen Ergebnis kommen musste, da der gesatzte KollV ohnedies als KollV gilt.

⁸⁹⁴ Vgl *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 21; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 76; *Ercher-Lederer*, ZAS 2013/19, 107; *Eypeltauer*, *ecolex* 2014, 69; so wohl auch *Hießl*, ZESAR 11-12/11, 477 (nur echte BV und betriebliche Übungen); *Gagawczuk*, 10/SN-366/ME 24. GP 5 (nur echte BV und betriebliche Übungen); *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹² Rz 9/019 aufgrund richtlinienkonformer Interpretation (Vertragsschablonen); *Mazal*, *ecolex* 2013, 102; noch zum Kommissionsentwurf *Naderhirm*, ZESAR 2003/7, 261: „v.a. BVen“; *Schima*, Stellungnahme der RAK, 24/SN-Nachtrag zu 7/SN-366/ME 24. GP 5; *Schindler*, *Arbeitskräfteüberlassungs-KV*² 40; *Ders*, DRdA 2009, 177; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 17; *Ders* in *ZellKomm*² § 10 AÜG Rz 4; nur betriebliche Übungen berücksichtigend *Schlitzer*, *inf*as 2013, 11; *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Ders*, *juridikum* 1/2014, 90; *Ders*, ZAS 2012/61, 341f; so auch *Schrattbauer/Goricnik*, DRdA 2013, 283f; *Dies*, Wesentliche Änderungen durch die Novellierung des *Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes* (AÜG), *wbl* 2013, 123; *Windisch-Graetz*, *Arbeitsrecht* II 58 oB (nur echte BVen und betriebliche Übungen).

⁸⁹⁵ Vgl Art 15 Abs 1 Leiharbeits-RL; ein Grundsatz der in ErwGr 14 der RL wiederholt wird. Darauf stützen sich ua *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 73; *Eypeltauer*, *ecolex* 2013, 69; *Gagawczuk*, 10/SN-366/ME 24. GP 5; *Schindler*, *Arbeitskräfteüberlassungs-KV*² 39; *Schlitzer*, *inf*as 2013, 11; *Schörghofer*, ZAS 2012/61, 341f; *Schrattbauer/Goricnik*, *wbl* 2013, 123; *Dies*, DRdA 2013, 283f; aA zB *Bruckmüller/Zehentmayer*, *ecolex* 2013, 681.

⁸⁹⁶ So *Bruckmüller/Zehentmayer*, *ecolex* 2013, 681; *Burz*, Stellungnahme der IV, 18/SN-366/ME 24. GP 3; *Gerhartl*, Entgeltanspruch bei *Arbeitskräfteüberlassung*, *RdW* 2015/5, 310; *Pöschl/Unterrieder*, *ecolex* 2012, 1000; zust *Rauch*, *ecolex* 2013, 677; ebenso *Rothe*, AÜ-KollV² 64.

Unzweifelhaft und auch unbestritten ist eine (echte) **Betriebsvereinbarung**, welche im Beschäftigterbetrieb in Geltung steht, eine „*sonstige verbindliche Bestimmung allgemeiner Art*“. Sie ist zum einen eine in Geltung stehende Bestimmung (§ 29 ArbVG: schriftliche Vereinbarung, die gemäß § 30 ArbVG kundgemacht wurde), verbindlich (Normwirkung gemäß § 31 Abs 1 ArbVG: „*unmittelbar rechtsverbindlich*“) und allgemein (sie regelt die Rechtsbeziehungen zwischen dem BI und den Arbeitnehmern des Betriebes). Das trifft in vergleichbarer Weise auch für Satzungen und Mindestlohntarife zu.⁸⁹⁷

Gegen die Anwendbarkeit von nichtigen Betriebsvereinbarungen, Betriebsübungen, Vertragsschablonen und Konzernrichtlinien udgl wird insb vorgebracht, dass diese lediglich auf einzelvertraglicher Ebene wirken und dort Ansprüche begründen und deshalb weder „*allgemein*“, noch „*verbindlich*“ sind.⁸⁹⁸ Die Autoren⁸⁹⁹ wollen unter dem Begriff „*verbindliche Bestimmung*“ nur im Vorhinein bestimmte, **normativ wirksame Regelungen** verstehen.

Auf den ersten Blick fällt auf, dass weder die Richtlinie noch die österreichische Umsetzung eine Normwirkung verlangen. Die Leiharbeitsrichtlinie stellt nicht auf „*allgemeinverbindliche*“ Bestimmungen ab, die österreichische Umsetzung verwendet nicht die im ArbVG übliche Formulierung für die Normwirkung, nämlich „*unmittelbar rechtsverbindlich*“ (§§ 11, 31 ArbVG).⁹⁰⁰ Gerade die Übernahme des Wortlauts der Richtlinie spricht hier für ein weites Begriffsverständnis. Hätte der Gesetzgeber die Beschränkung auf normativ wirksame Rechtsakte, insb echte Betriebsvereinbarungen gewollt, so hätte er dies leicht zum Ausdruck bringen können.⁹⁰¹ Um

⁸⁹⁷ So schon richtig *Schrank*, RdW 2013/38, 32; ihm folgend *Burgstaller/Schorn*, ZAS 2013/18, 104. Nach *Schrank* handelt es sich im Falle der Satzungen nur um eine „*absichernde Klarstellung*“, da man schon nach der früheren Gesetzeslage zum gleichen Ergebnis kommen musste, da der gesatzte KollV ohnedies als KollV gilt.

⁸⁹⁸ Vgl *Bruckmüller/Zehentmayer*, ecolex 2013, 681f; *Pöschl/Unterrieder*, ecolex 2012, 1000; *Schrank*, RdW 2013/38, 32.

⁸⁹⁹ Vgl *Rothe*, AÜ-KollV² 64; *Schrank*, RdW 2013/38, 32. Die Ausführungen von *Burz* (ecolex 2012, 1095) gehen zwar auch in diese Richtung, sind aber letztlich nicht eindeutig (vgl dazu schon zT aus anderen Gründen *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 76). Obwohl manches darauf hinweist, dass der Autor den Begriff eng verstehen und nur echte Betriebsvereinbarungen subsumieren will (vgl dazu seine Ausführungen in FN 21 wo er ausführt, dass der Ministerialentwurf noch auf „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art, die im Beschäftigterbetrieb aufgrund betrieblicher Vereinbarung gelten*“ abgestellt hat. Eine Formulierung, die nach *Burz* „*sichergestellt [hätte], dass betriebliche Übungen und nichtige Betriebsvereinbarungen nicht erfasst*“ werden), führt er im weiteren Verlauf seiner Darstellung in einem Beispiel aus, dass „*unter die sonstigen Entgeltbestimmungen (etwa Betriebsvereinbarungen)*“ fallen. Es ist aus meiner Sicht daher keine klare Stellungnahme von *Burz* auszumachen.

⁹⁰⁰ So schon zutr *Schörghofer*, juridikum 1/2014, 90; *Ders* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); aA *Burz*, ecolex 2012, 1095.

⁹⁰¹ So schon zutr *Eypeltauer* (ecolex 2014, 68), welcher sich damit gegen die Argumentation von *Bruckmüller/Zehentmayer* (ecolex 2013, 681f) stellt, dass eine solche Einbeziehung den äußersten Wortsinn

Auslegungsproblemen vorzubeugen, hätte er den seit dem Betriebsrätegesetz 1947 verwendeten Begriff „Betriebsvereinbarungen“ benutzen können.⁹⁰² Im Hinblick auf das Postulat der Einheit der Rechtsordnung spricht die vom Gesetzgeber verwendete Formulierung dafür, dass die sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art mehr umfassen müssen und daher weit auszulegen sind.⁹⁰³ Auch einzelvertragliche Regelungen sind unzweifelhaft und unbestritten „verbindliche Bestimmungen“⁹⁰⁴ und können daher problemlos unter dieses Tatbestandsmerkmal subsumiert werden.

Vertreter einer engen Auslegung argumentieren zudem, dass gegen die Subsumtion nichtiger Betriebsvereinbarungen, Betriebsübungen udgl zusätzlich spricht, dass diese nur auf einzelvertraglicher Grundlage wirksam werden. Dem Einzelarbeitsvertrag fehlt es aber im Gegensatz zB zu einer BV, die die Rechtsbeziehungen zwischen dem BI und einer Vielzahl von AN regelt, an „**Allgemeinheit**“, ist er doch nur für die Vertragsparteien verbindlich.⁹⁰⁵ Warum eine (wenngleich vertragliche) Regelung, der alle Arbeitnehmer eines Betriebes aufgrund einer nichtigen BV, einer Betriebsübung odgl unterliegen, nicht „allgemein“ sein soll, ist nicht ersichtlich.⁹⁰⁶ Die RL bringt mit der Formulierung „allgemeiner Art“ – als Gegenstück zu „individueller Art“ – ja gerade zum Ausdruck, dass auch der Arbeitsvertrag eine Bestimmung „allgemeiner Art“ sein kann, nämlich dann, wenn die vertragliche Bestimmung für die gesamte Belegschaft gleichermaßen gilt oder zumindest für jene Gruppe von Stammarbeitnehmern, in die auch die überlassene Arbeitskraft bei einer Direktanstellung fallen würde.⁹⁰⁷ Sie ist somit als allgemeine, verbindliche Bestimmung anzusehen, wenn sie sich an ein **Kollektiv** richtet. Soweit sich

überschreitet. Bei Vertragsschablonen, unechten BV und internen Richtlinien handelt es sich nach *Eypeltauer* um „Bestimmungen allgemeiner Art“, die durch Eingehen in die Einzelarbeitsverträge „verbindlich“ werden. Bei den betrieblichen Übungen ergibt sich auch die „Bestimmung“ erst durch das Eingehen.

⁹⁰² Vgl zutr *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 21; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 74; ebenfalls *Eypeltauer*, *ecolex* 2014, 69. Das hat auch schon *Gleißner* (Stellungnahme der WKO, 20/SN-366/ME 24. GP 3) im Begutachtungsverfahren zum Ministerialentwurf vorgeschlagen.

⁹⁰³ So auch zutr *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 21; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 75; *Eypeltauer*, *ecolex* 2014, 69; zust *Schindler*, *Arbeitskräfteüberlassungs-KV*² 44.

⁹⁰⁴ Darauf wiesen auch schon zutr *Burger* (in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 76) und *Schörghofer* (*juridikum* 1/2014, 90; *Ders* in *Brodil*, *Diener fremder Herren* [erscheint voraussichtlich 2017]) hin.

⁹⁰⁵ Vgl *Bruckmüller/Zehentmayer*, *ecolex* 2013, 681; so auch *Schrank*, *RdW* 2013/38, 32.

⁹⁰⁶ So schon zutr *Schörghofer*, *juridikum* 1/2014, 90; *Ders* in *Brodil*, *Diener fremder Herren* (erscheint voraussichtlich 2017).

⁹⁰⁷ So schon zutr *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 21; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 73; zust *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 17.

ein Stammarbeitnehmer auf eine allgemeine Regelung berufen kann, muss dies auch für überlassene AN gelten.⁹⁰⁸

Darüber hinaus darf man an die Begriffe „*allgemein*“ und „*verbindlich*“ keine österreichischen Maßstäbe anlegen, da zB in manchen Mitgliedstaaten selbst Kollektivverträge nur bei vertraglicher Unterwerfung gelten.⁹⁰⁹ *Schörghofer*⁹¹⁰ weist auch darauf hin, dass es schwierig werden könnte, den EuGH von den wesentlichen Unterschieden zwischen gültigen und nichtigen Betriebsvereinbarungen zu überzeugen. Dieser Ansicht ist beizutreten.

Als weiteres Argument wird von Vertretern einer engen Auslegung vorgebracht, dass nichtige Betriebsvereinbarungen, Betriebsübungen udgl keine eigenen Rechtsquellen darstellen, sondern nur über den „*Umweg*“ der Änderung des Einzelarbeitsvertrages verbindlich werden. Es handle sich dabei somit nicht um eine im Vorhinein bestimmte (normative) Regelung und damit um keine „*Bestimmung*“ iSd § 10 Abs 1 S 4 AÜG.⁹¹¹ Für die Meinung, dass es sich bei einer „*Bestimmung*“ um eine solche aus einer (eigenständigen) vom Einzelarbeitsvertrag verschiedenen Rechtsquelle handeln muss, finden sich weder im Wortlaut der Richtlinie noch des § 10 Abs 1 AÜG Anhaltspunkte. Zudem wird vertreten, dass der Begriff "*Bestimmung*" etwas Ungeschriebenes wie zB eine betriebliche Übung ebenso ausschließt wie nicht erkennbar Kundgemachtes und einzelvertragliche Vereinbarungen.⁹¹² Auch für die Behauptung, eine Bestimmung müsse immer etwas Schriftliches sein, lässt sich im Wortlaut der Richtlinie kein Anhaltspunkt finden. Auch aus keiner anderen Regelung – weder auf europäischer noch nationaler Ebene – lässt sich ableiten, dass nur Schriftliches verbindlich wäre oder „*Bestimmungen*“ wesensgemäß schriftlich sein müssen.⁹¹³ Darüber hinaus würde diese Auslegung auch den allgemeinen Sprachgebrauch zu weit einschränken, denn auch Ungeschriebenes kann einen konkreten Inhalt haben, zudem ist aus dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht zwingend

⁹⁰⁸ Vgl *Gagawczuk*, 10/SN-366/ME 24. GP 5.

⁹⁰⁹ Vgl *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017). In Deutschland wird vertreten, dass auch Tarifverträge, die nur aufgrund schuldrechtlicher Wirkung (zB durch einer Verweisungsklausel im AV) anwendbar sind, „*verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“ darstellen, vgl *Sansone*, Gleichstellung 506. In Deutschland kann darüber hinaus auch ein vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichender (verschlechternder) Tarifvertrag für überlassene AN durch Einzelarbeitsvertrag für Nichtgewerkschaftsmitglieder „*in Bezug genommen*“ werden, vgl § 3 Abs 1 Z 3, § 9 Z 2, § 10 Abs 4 dtAÜG.

⁹¹⁰ In *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

⁹¹¹ So *Bruckmüller/Zehentmayer*, *ecolex* 2013, 681; auch *Rauch*, *ecolex* 2013, 676.

⁹¹² Vgl *Schrank*, *RdW* 2013/38, 32.

⁹¹³ Vgl *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 18.

ableitbar, dass unter „*verbindliche Bestimmungen*“ nur normative Regelungen, die im Vorhinein bestimmt sind, gemeint sind.⁹¹⁴

Zusammenfassend kommt man bei einer eingehenden Analyse des Wortlautes des Passus „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“ zu dem Schluss, dass Argumente für eine weite Auslegung klar überwiegen. In einem nächsten Schritt wird untersucht, ob sich aus der geschichtlichen Entwicklung der einschlägigen Bestimmungen Indizien für die Auslegung des Passus ableiten lassen.

3.3. Historische Auslegung

Für eine weite Auslegung des Passus spricht auch die **Entstehungsgeschichte** der Richtlinienbestimmung.⁹¹⁵ Der erste Entwurf für eine Leiharbeits-RL aus dem Jahr 2002⁹¹⁶ sah noch keine Einschränkung auf bestimmte Rechtsquellen vor, die Aufzählung der Rechtsquellen (ua „*sonstige Bestimmungen allgemeiner Art*“) erfolgte erstmals im zweiten Richtlinienentwurf aus dem Jahr 2002⁹¹⁷. In der Begründung des zweiten Richtlinienentwurfs wird die Anführung der betroffenen Regelungsquellen der wesentlichen Arbeitsbedingungen als bloße „*Klarstellung oder Präzisierung*“ bezeichnet.⁹¹⁸ Das deutet darauf hin, dass keine wesentliche Einschränkung gegenüber dem ersten Richtlinienentwurf bezweckt war und damit ein weites Begriffsverständnis geboten erscheint.⁹¹⁹

Auch im Gesetzwerdungsprozess der AÜG-Novelle finden sich Hinweise auf den gesetzgeberischen Willen. Schon *Gleißner*⁹²⁰ hat in seiner Stellungnahme für die WKO zum Ministerialentwurf darauf hingewiesen, dass der „*im österreichischen Arbeitsrecht unbekannte und unbestimmte Terminus (...) in der Praxis zu heilloser Konfusion führen*“ wird und daher vorgeschlagen, diesen Begriff durch „*Betriebsvereinbarungen gemäß § 29 ArbVG*“ zu ersetzen. Die WKO war mit ihrer Kritik im Begutachtungsverfahren nicht

⁹¹⁴ Vgl zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 76.

⁹¹⁵ So schon zutr *Schörghofer*, ZAS 2012/61, 342.

⁹¹⁶ Vgl KOM(2002) 149 endg.

⁹¹⁷ Vgl KOM(2002) 701 endg 9. Eingehend zur geschichtlichen Entwicklung *Sansone*, Gleichstellung 505f (insb FN 2866).

⁹¹⁸ Vgl KOM(2002) 701 endg 3, im Gegensatz zur zweiten Art von Änderung, die im Entwurf vorgenommen wurde, den „*Abänderungen, die Inhalt und Tragweite des Textes modifizieren*“, vgl KOM(2002) 701 endg 2.

⁹¹⁹ So schon zutr *Schörghofer*, ZAS 2012/61, 342.

⁹²⁰ Stellungnahme der WKO, 20/SN-366/ME 24. GP 3.

alleine⁹²¹, stieß damit aber wie alle anderen Stakeholder auf taube Ohren. Der Gesetzgeber wusste somit um die zu erwartenden Auslegungsprobleme und hätte leicht eine Beschränkung auf bloß normativ wirksame Rechtsakte – insb echte Betriebsvereinbarungen entsprechend den im Begutachtungsverfahren erstatteten Vorschlägen – vornehmen können. Dass er dies nicht getan hat, spricht nach mA dafür, dass der Begriff „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“ mehr als nur echte Betriebsvereinbarungen umfassen soll.

3.4. Systematische Interpretation

Für *Bruckmüller/Zehentmayer*⁹²² deutet auch die Formulierung im Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung für Arbeiter (KVAÜ) darauf hin, dass der Passus „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“ eng auszulegen ist. Unter Punkt VI. 1. „*Arbeitszeit*“ ist geregelt, dass für überlassenen Arbeitnehmern die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit beziehen, gelten. Der nächste Satz sieht dann eine Regelung für den Fall vor, dass es für bezahlte Arbeitspausen keine „*diesbezüglichen Regelungen*“ gibt. Wenn der überlassene AN in einem solchen Fall nachweisen kann, dass es im Beschäftigerbetrieb bezahlte Arbeitspausen gibt, gelten diese auch für ihn. Für *Bruckmüller/Zehentmayer*⁹²³ weist diese Formulierung darauf hin, dass die Parteien des KVAÜ – die auch bei der Gesetzgebung eine bedeutende Rolle gespielt haben – selbst davon ausgehen, dass betriebliche Übungen keine „*verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ sind.

Die Bestimmung zu Arbeitspausen (Punkt VI. 1. „*Arbeitszeit*“) besteht schon seit der Stammfassung des KVAÜ.⁹²⁴ Seit der Umsetzung der Leiharbeits-RL besteht der

⁹²¹ So auch *Burz*, Stellungnahme der IV, 18/SN-366/ME 24. GP 3; *Gagawczuk*, Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer, 10/SN-366/ME 24. GP 5; Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger, 19/SN-366/ME 24. GP 3.

⁹²² *Ecolex* 2013, 682.

⁹²³ *Ecolex* 2013, 682. Sie weisen aber zu Recht darauf hin, dass man aufgrund einer Regelung im KollV nicht darauf schließen kann, wie das Gesetz auszulegen ist. So auch *Rothe* (AÜ-KollV² 64), wonach diese Auslegung der KVAÜ im Zusammenhang mit der Übernahme bezahlter Pausenregelungen, wenn diese nicht in sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art festgelegt sind, verdeutlicht.

⁹²⁴ Vor der AÜG-Novelle 2012 und damit der notwendig gewordenen Änderungen im KVAÜ lautete die Regelung: „*Während der Zeit der Überlassung gelten die arbeitszeitrechtlichen Regelungen des im Beschäftiger-Betrieb auf vergleichbare Arbeitnehmer anzuwendenden Kollektivvertrages (Beschäftiger-KollV) auch für überlassene Arbeitnehmer. Weist der Arbeitnehmer nach, dass im Beschäftiger-Betrieb*

Anspruch der überlassenen Arbeitskraft auf Pausengewährung und –bezahlung, unabhängig von dieser Regelung unmittelbar aufgrund des Gesetzes (§ 10 Abs 3 AÜG). Der Anspruch darf seit der Umsetzung insb nicht mehr von einem solchen Nachweis durch den AN abhängig gemacht werden. Nach *Schindler*⁹²⁵ behielten die Sozialpartner diesen „*Auffangregelung*“ auch nach der Umsetzung bei, um den bisherigen Rechtsbestand abzusichern, da strittig war (und noch immer ist), welche Rechtsquellen von dem Passus „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“ erfasst sind. Die Bestimmung ist daher nur noch für den seltenen Fall relevant, dass die Entgeltfortzahlung für Pausen formfrei eingeführt wurde und sich bei Beginn der Überlassung noch nicht zu einer betrieblichen Übung verfestigt hat (zB da das Entstehen einer solchen eine mehrwöchige Wiederholung erfordert) oder ausnahmsweise gem § 1 Abs 3 und Abs 4 AÜG der § 10 AÜG nicht anzuwenden ist.⁹²⁶ Darüber hinaus ist aber auch klar, dass man aufgrund einer Regelung im KollIV nicht darauf schließen kann, wie das Gesetz auszulegen ist.⁹²⁷

*Schrank*⁹²⁸ will seine Auffassung, wonach von „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ nur ordnungsgemäß kundgemachte, normativ wirksame Rechtsakte erfasst sind auch durch die Formulierung in § 12a AÜG bestätigt sehen. Danach hat der Beschäftiger den Überlasser über alle geltenden wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu informieren, „*welche in verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art festgelegt sind*“. Wie bereits ausgeführt, kann eine solche verbindliche Bestimmung auch eine nichtige Betriebsvereinbarung, Betriebsübung udgl sein und daher der Einzelarbeitsvertrag Rechtsquelle sein.

3.5. Teleologische Interpretation

Der **Grundsatz der Gleichbehandlung** (Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL) stellt das **Leitprinzip** für die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie dar. Danach sollen für überlassene Arbeitnehmer während der Dauer der Überlassung mindestens diejenigen wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zur Anwendung kommen, die für sie gelten würden, wären sie vom Beschäftiger unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt

Arbeitspausen bezahlt (als Arbeitszeit behandelt) werden, gilt dies auch für überlassene Arbeitnehmer“, vgl KVAÜ (Stand 1. Jänner 2012) VI./1. „*Arbeitszeit*“.

⁹²⁵ Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 157.

⁹²⁶ So zutr *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 157.

⁹²⁷ Vgl *Bruckmüller/Zehentmayer* (ecolex 2013, 682), die diesen Umstand auch selbst einräumen.

⁹²⁸ RdW 2013/38, 32.

worden. Dieses zentrale Ziel der Leiharbeits-RL muss nicht nur im Rahmen der Umsetzung, sondern auch stets im Rahmen der Auslegung ihrer Begriffe beachtet werden.⁹²⁹ Das Ziel der Richtlinie spricht daher für eine **weite Auslegung**.

Die gegenteilige Auffassung würde die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes tendenziell sogar noch massiver einschränken als es eine enge Auslegung einzelner materiell-rechtlicher Begriffe des Art 3 Abs 1 lit f Leiharbeits-RL könnte.⁹³⁰ Grund hierfür ist, dass eine enge Auslegung dem ohnehin schon geringen Anwendungsbereich des § 10 Abs 1 S 4 AÜG jeglichen Raum entziehen und überlassene Arbeitskräfte hierdurch massiv benachteiligen würde. Im Hinblick auf das Entgelt liegt der Grund hierfür darin, dass dem KollV das Primat hinsichtlich der **Entgeltregelungen** zukommt. In echten Betriebsvereinbrungen können Anpassungen nur in eng begrenzten Bereichen vorgenommen werden.⁹³¹ In der Praxis werden Regelungen außerhalb der Kompetenz der Betriebspartner (das betrifft va das Entgelt, aber auch andere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen) in nichtigen Betriebsvereinbarungen und Betriebsübungen geregelt.⁹³² Die Einschränkung auf echte Betriebsvereinbarungen entzöge damit den "*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*" den praktisch wichtigsten Anwendungsbereich.⁹³³ Damit stünde es der Gleichstellung von überlassenen Arbeitskräften mit der Stammebelegschaft außerhalb von kollektivvertraglichen Regelungen

⁹²⁹ Vgl die stRsp des EuGH, zB EuGH 13.11.1990, C-106/89, Slg 1990, I-04135 (*Marleasing SA*); EuGH 19.09.2013, C-435, noch nicht in Slg veröffentlicht (*CHS Tour Services*). So auch *Schindler in Raschauer/Resch*, Neuerungen 16

⁹³⁰ So schon zutr *Schindler in Raschauer/Resch*, Neuerungen 16f; ebenfalls *Schlitzer*, infas 2013, 11.

⁹³¹ Zeitlöhne können in BVen nur dann festgesetzt werden, wenn sie der KollV dazu ermächtigt hat. Autonom können in BVen lediglich verschiedene Sonderentgelte (zB § 97 Abs 1 Z 15 und Z 18 ArbVG) sowie generelle Leistungsentgelte und Erfolgsbeteiligungen geregelt werden (Akkordlöhne gem § 96 ArbVG, Gewinnbeteiligungssysteme und Leistungsentgelte gem § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG). Weitere Entgelte können in fakultativen BVen (§§ 97 Abs 1 ArbVG) festgelegt werden. Dazu zählen die Entgeltfortzahlung für die Teilnahme an Betriebsversammlungen (Z 11), das betriebliche Vorschlagswesen (Z 14), Jubiläumsgelder (Z 15), Betriebspensionen (Z 17) und die Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Unfall (Z 21).

⁹³² Das berücksichtigt auch der Arbeitskräfteüberlassungs-KollV in seinem Abschnitt IX Z 3. Maßgeblich für die Bestimmung des Überlassungslohnes für Betriebe in sog „Hochlohnbranchen“ ist danach, ob eine innerbetriebliche Lohnregelung besteht oder nicht („*sonstigen schriftlichen Vereinbarungen zwischen Beschäftigter und Betriebsrat des Beschäftigters*“). Der KollV berücksichtigt damit den Umstand, dass in der Praxis sehr häufig auch ohne kollektivvertragliche Ermächtigung entsprechende Lohnschemata von den Betriebspartnern vereinbart werden, vgl *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 268 mwN. *Schindler* (Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 44) bringt zudem zutr vor, dass die Geltung von Lohnschemata – mangels KollV-Ermächtigung – nur auf betrieblicher Übung bzw Vertragsschablone beruhen kann. Eine KollV-Ermächtigung zu Entgeltregeln kann in der Praxis nicht existieren, da gerade das Fehlen eines Beschäftigter-KollV (da die Überlasser jedenfalls einem KollV unterliegen) Voraussetzung für die Geltung solcher Schemata für überlassene AN ist.

⁹³³ So schon zutr *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 44.

im Weg, weshalb die Nichtanwendung nichtiger (Entgelt-)Betriebsvereinbarungen⁹³⁴ und Betriebsübungen⁹³⁵ zu einer schweren Benachteiligung überlassener Arbeitskräfte führen würde, was dem Ziel der Leiharbeits-RL klar widerspricht.

Für Vertreter einer engen Auslegung besteht das Ziel der Leiharbeits-RL und damit auch des § 10 Abs 1 AÜG zwar in einer Angleichung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, aber **keiner vollkommenen Gleichstellung**.⁹³⁶ Das ist grundsätzlich auch richtig. Die Leiharbeits-RL stellt nur auf die *wesentlichen* Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ab. Sind solche aber durch Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschrift, Tarifvertrag und/oder eben „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“, die im Beschäftigerunternehmen gelten, festgelegt, so müssen diese aufgrund Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL grds auch auf überlassene Arbeitskräfte Anwendung finden.

Auch eine genauere Betrachtung des Vergleichsmaßstabs zeigt, dass eine völlige Gleichstellung nicht intendiert ist. Beim Vergleich der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ist von einer „*hypothetischen, arbeitsplatzbezogenen Betrachtungsweise*“ auszugehen. Danach ist bei der Bestimmung der „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ ein persönlicher, individueller Verhandlungserfolg auszuklammern, da dieser nicht feststellbar ist.⁹³⁷ Feststellbar sind nur jene Ansprüche, die aus Rechtsquellen entspringen, die auch ohne individuelle Verhandlung der fiktiv eingestellten, überlassenen Arbeitskraft zugute kämen.⁹³⁸ Mangels Geltung für die Allgemeinheit fallen daher individuelle Überzahlungen udgl nicht unter den Passus.⁹³⁹ Der Zugang zu im Beschäftigerbetrieb bestehenden Istentgelten und -arbeitsbedingungen, die auf individueller Vereinbarung beruhen, ist überlassenen Arbeitskräften somit auch nach der Intention der RL verwehrt. Für die Gleichbehandlung gilt somit ein **generell-abstrakter Maßstab**.⁹⁴⁰

Ein Grund für die Beschränkung der anwendbaren Bestimmungen auf jene, die „*verbindlich*“ und „*allgemein*“ sind, kann auch darauf zurückgeführt werden, dass die

⁹³⁴ Vgl *Schörghofer*, ZAS 2012/61, 342.

⁹³⁵ Vgl *Schlitzer*, infas 2013, 11.

⁹³⁶ Vgl *Bruckmüller/Zehentmayer*, ecolex 2013, 681.

⁹³⁷ So schon zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 73.

⁹³⁸ Vgl zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 73.

⁹³⁹ Zutr *Ercher-Lederer*, ZAS 2013/19, 107; so auch schon *Sansone*, Gleichstellung 505.

⁹⁴⁰ Vgl schon zutr *Sansone*, Gleichstellung 506 mHa *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht § 15 Rn 12.

Ermittlung der relevanten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erleichtert und objektiviert werden soll, um die rechtliche **Kontrolle** und faktische **Durchsetzung** des Gleichbehandlungsgebotes zu ermöglichen.⁹⁴¹ Eine allgemeine, verbindliche Bestimmung – unabhängig davon, ob es sich dabei um eine betriebliche Übung oder eine normativ wirksame Betriebsvereinbarung handelt – muss sich an ein Kollektiv richten, um feststellbar zu sein.⁹⁴² Es ist zwar richtig, dass sich betriebliche Übungen in der Praxis schwieriger fassen lassen als schriftliche Vereinbarungen, was bleibt der exakte Entstehungszeitpunkt häufig unklar und/oder dringt erst im Laufe der Zeit ans Licht. Das ist aber kein taugliches Argument für den Ausschluss aus dem Kreis der „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“, da eine betriebliche Übung – ist sie einmal entstanden – verbindlich und bestimmt ist.⁹⁴³ Betriebliche Übungen sind verbindlich, da sie mangels Abbedingung auch für neu eintretende Arbeitnehmer gelten.⁹⁴⁴ Da sie sich an ein Kollektiv richten, ist auch nicht bei jedem einzelnen AN zu prüfen, ob er auf die zusätzliche Vergünstigung tatsächlich vertraut hat.⁹⁴⁵ Es ist somit festzustellen, welche generellen Bestimmungen für vergleichbare AN im fraglichen Einstellungszeitpunkt gegolten haben.⁹⁴⁶

Das Argument, betriebliche Übungen können nicht unter den Passus fallen, weil sie nicht „*verbindlich*“ sind, da sie ja gegenüber Neueintretenden durch entsprechenden Vorbehalt ausgeschlossen werden können⁹⁴⁷, trifft ebenfalls nicht zu. Nur wenn die betriebliche Übung generell allen Neueintretenden gegenüber ausgeschlossen wird, ist sie auch nicht für überlassene AN im Rahmen der „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ verbindlich. Gelten die einschlägigen Regelungen aber auch für Stammarbeitnehmer nicht mehr, so sind sie ab diesen Zeitpunkt auch für überlassene

⁹⁴¹ Schindler in Raschauer/Resch, Neuerungen 17; so auch in Schindler, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 39.

⁹⁴² So schon Schindler in Raschauer/Resch, Neuerungen 17; das übersehen Bruckmüller/Zehentmayer, eolex 2013, 681f.

⁹⁴³ So schon zutr Burger in Raschauer/Resch, Neuerungen 76.

⁹⁴⁴ Vgl zutr Schindler, DRdA 2009, 177; Ders in Raschauer/Resch, Neuerungen 18.

⁹⁴⁵ Betriebliche Übungen richten sich „*an die Gesamtheit seiner Arbeitnehmer*“, vgl dazu stRsp RIS-Justiz RS0014539, zuletzt OGH 29.01.2014, 9 ObA 85/13k; ebenfalls RIS-Justiz RS0014543, zB OGH 11.10.2007, 8 ObA 39/07d; oder „*an bestimmte Kategorien von Arbeitnehmern*“ richten, zB OGH 18.03.1992, 9 ObS 2/92, EvBl 1992/169, 700 = wbl 1992, 260 = RdW 1992, 349; zur „*Gesamtheit der Arbeitnehmer*“ in Bezug auf nichtige Betriebsvereinbarungen vgl RIS-Justiz RS0018115; zuletzt OGH 28.10.2015, 9 ObA 109/15t, ARD 6481/6/2016 = eolex 2016/66, 156 = wbl 2016/30, 101 = RdW 2016/152, 201. Dazu auch schon zutr Burger in Raschauer/Resch, Neuerungen 76f.

⁹⁴⁶ Vgl Schindler, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 40.

⁹⁴⁷ So Pöschl/Unterrieder, eolex 2012, 1000.

Arbeitskräfte nicht mehr relevant.⁹⁴⁸ Ein Ausschluss nur für überlassene AN ist in Anbetracht der Verpflichtung des Beschäftigers zur Gleichbehandlung nicht zulässig (§ 6a Abs 1 AÜG).⁹⁴⁹ Dabei ist bedeutungslos, ob und auf welche Weise diese einmal gültige, allgemeine Bestimmung allenfalls später abgeschafft oder geändert werden kann, da allein das fiktive Ergebnis einer Einstellung am Tag des Beginns der Überlassung nach der Intention des Richtliniengesetzgebers im Hinblick auf Wortlaut und Ziel des Gleichbehandlungsgrundsatzes der RL ausschlaggebend sein soll.⁹⁵⁰ Solange eine betriebliche Übung besteht, gilt sie daher auch für überlassene Arbeitskräfte.⁹⁵¹ Gleiches gilt auch für Vertragsschablonen und Richtlinien, da sie auch bei einer Direktanstellung angewandt worden wären, solange sie nicht generell aufgehoben sind.⁹⁵²

Zudem ist die Linie des OGH im Hinblick auf die Beendigungsmöglichkeiten nichtiger BVen in die Wertung einzubeziehen. Unbestritten kann eine nichtige Betriebsvereinbarung, welche durch konkludentes Angebot und Annahme Inhalt des Einzelarbeitsvertrages wurde, durch die Arbeitsvertragsparteien beendet und geändert werden.⁹⁵³ Wäre das die einzige Möglichkeit eine nichtige BV zu ändern/beenden, würde das aber zu Wertungswidersprüchen führen. Im Ergebnis wäre damit eine nichtige BV bestandsfester als eine echte, welche nur gem § 32 ArbVG beendet werden kann. Der OGH geht deshalb davon aus, dass Rechtsakte welche uno actu zustande gekommen sind (nichtige BVen) unter bestimmten Voraussetzungen ebenso wieder beendet werden können.⁹⁵⁴ Auch der OGH erkennt damit implizit den **kollektiven Charakter** nichtiger BVen an.

⁹⁴⁸ So schon zutr *Schindler*, DRdA 2009, 177; zust *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 22.

⁹⁴⁹ Eine Stichtagsregelung wäre natürlich zulässig, vgl OGH 19.03.1985, 4 Ob 31/85; OGH 04.09.2002, 9 ObA 24/02y sowie mwN RIS-Justiz RS0060204. Ansonsten widerspräche es der Fürsorgspflicht des AG, insb dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, allein überlassenen AN ohne sachliche Rechtfertigung den Anspruch zu verweigern. In diese Richtung auch schon *Schindler* (in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 18: „Unter vergleichbaren Voraussetzungen darf einem oder einer Einzelnen nicht vorenthalten werden, was allen anderen zugebilligt wird.“) und *Schindler* (DRdA 2009, 177: „unwirksamer Umgehungsversuch“). Allg für die Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verhältnis Beschäftigter - überlassener Arbeitskraft schon überzeugend *Mazal* (Arbeitskräfteüberlassung 71), in diese Richtung auch *Schindler* (Glosse zu OGH 18.11.2007, 9 ObA 111/07z, DRdA 2009/29, 348f) und *Geppert* (AÜG 85).

⁹⁵⁰ Vgl so schon zutr *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 40; *Ders*, DRdA 2009, 177; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 17.

⁹⁵¹ *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 17.

⁹⁵² So schon zutr *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 40.

⁹⁵³ Vgl zB statt vieler OGH 22.09.1993, 9 ObA 205/93, SZ 66/117.

⁹⁵⁴ Vgl OGH 22.06.1995, 8 ObA 220/95; OGH 04.05.2005, 8 ObA 99/04y, ZAS 2006/40 (*Runggaldier*) mwN; auch OGH 09.05.2007, 9 ObA 89/06p. Für *Kietaibl* ist somit nur noch ein Fall denkbar, in dem die Rechtswirkungen nichtiger Betriebsvereinbarungen ausschließlich mit Zustimmung der einzelnen AN

Bejaht man die Anwendung von nichtigen („freien“) BVen, betrieblichen Übungen, innerbetrieblichen Richtlinien udgl so stellt sich für die Praxis die Frage, wie der Überlasser von deren Bestehen und Inhalt Kenntnis erlangen kann. Oft können nicht einmal die Beschäftigten genau darüber Auskunft geben, welche Regelungen konkret im Betrieb in Geltung stehen. Dieses Problem kann durch § 12a AÜG gelöst werden. Dieser verpflichtet den Beschäftigten, den Überlasser über die im Beschäftigterbetrieb geltenden, wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die in (sonstigen) verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art geregelt sind und das Entgelt (auch die Arbeitszeit und den Urlaub) betreffen, in Kenntnis zu setzen.⁹⁵⁵ Diese **Informationspflicht** ist aber mittels teleologischer Reduktion zu verneinen, wenn der überlassene AN keine Ansprüche aus „sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“ hat, da sowohl beim Überlasser als auch beim Beschäftigten ein KollV besteht.⁹⁵⁶

3.6. Zwischenbefund

Die Untersuchung des Passus „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“ hat gezeigt, dass sowohl der Wortlaut als auch historische, systematische und teleologische Argumente eindeutig für ein **weites Begriffsverständnis** sprechen. Unzweifelhaft sind daher Betriebsvereinbarungen iSd § 29 ArbVG, Satzungen und Mindestlohntarife auf überlassene Arbeitskräfte anwendbar. Wie bereits *Schörghofer*⁹⁵⁷ zutreffend angemerkt hat, sind in Bezug auf Ansprüche, die § 10 AÜG erfasst, nunmehr alle Betriebsvereinbarungen auch für überlassene Arbeitskräfte anwendbar. Es ist im Ergebnis daher nicht mehr von Bedeutung, ob die betroffene BV „arbeitsvertragsbezogen“ ist oder nicht.

abänderbar sind. Dies ist dann der Fall, wenn (1) der AG für die AN erkennbar von der Unzulässigkeit der Betriebsvereinbarung ausgeht und (2) in dieser BV keinerlei Abänderungs- oder Beendigungsregeln enthalten sind. In diesem Fall besteht allerdings auch keinerlei schützenswertes Vertrauen des AG darauf, dass die nichtige BV weniger bestandfest sein sollte als andere Arbeitsvertragsinhalte, vgl dazu *Kietzbl*, Arbeitsrecht I 342.

⁹⁵⁵ Diese Informationspflicht ist in § 22 Abs 1 Z 3 lit b AÜG mit Geldstrafen abgesichert, wenn durch die Nichterteilung der Information die Gefahr eines Schadens für die Arbeitskraft besteht. Nach *Burger* (in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 73) macht es keinen inhaltlichen Unterschied, dass § 12a AÜG nur von „verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“ spricht und § 10 Abs 1 und 3 AÜG sowie § 22d Abs 9 AÜG dieser Wortfolge „sonstige“ voranstellen. Auch *Schörghofer* (ZAS 2012/61, 342) ist der Ansicht, dass der Überlasser durch § 12a AÜG ausreichend Möglichkeit besitzt von den Gestaltungsmitteln der Arbeitsbedingungen im Beschäftigterbetrieb zu erfahren.

⁹⁵⁶ So schon zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 80; *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 23f; davor schon *Schlitzer*, infas 2013, 10.

⁹⁵⁷ ZAS 2012/61, 341.

Aber auch nichtige Betriebsvereinbarungen, Betriebsübungen⁹⁵⁸, Unternehmens- und Konzernrichtlinien udgl sind von dem Passus „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“ erfasst.⁹⁵⁹ Soweit sich ein Stammarbeitnehmer auf solche verbindlichen, allgemeinen, wenn auch ungeschriebenen Bestimmungen berufen kann, muss das auch für überlassene Arbeitskräfte möglich sein. Nicht erfasst, da nicht allgemein, sind Ansprüche, die lediglich auf den individuellen Verhandlungserfolg eines AN (zB individuelle Überzahlungen) zurückzuführen sind.

Dieses Auslegungsergebnis entspricht auch der Auffassung der von der Kommission beauftragten Expertengruppe zur Umsetzung der Leiharbeits-RL.⁹⁶⁰ Auch diese gibt bei der Frage nach der Reichweite der „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ zu bedenken, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL) das Leitprinzip für die Umsetzung der Leiharbeits-RL darstellt. In Hinblick auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen betreffend dem Arbeitsentgelt hält die Expertengruppe Kollektivverträge („*collective agreement*“) – sollten solche im Beschäftigerbetrieb nicht anwendbar sein standardisierte Lohntabellen („*standardised pay scales*“) – oder branchenübliche Entgelte („*going rate*“) für anwendbar.⁹⁶¹ Nur wenn sich das Arbeitsentgelt wie zB bei hochqualifizierten Fachkräften allein aufgrund des individuellen Verhandlungsgeschickes und nicht aufgrund genereller Vorschriften ergibt, so ist diese nicht auf überlassene AN anwendbar, da diese nicht auf

⁹⁵⁸ Erfasst sind zB langjährig geduldete Rauch- und Kaffeepausen oder sonstige Arbeitspausen, die im Beschäftigerbetrieb als Arbeitszeit behandelt werden, vgl so schon zutr *Schindler*, DRdA 2009, 178; ebenfalls *Burger* in *Wachter/Burger*, Aktuelle Entwicklungen 28f; auch *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

⁹⁵⁹ Eine Ausnahme besteht bei natürlich (entgegenstehenden) zwingenden gesetzlichen Bestimmungen. So bestimmt § 19c Abs 1 AZG, dass die Lage der Normalarbeitszeit zwingend zu vereinbaren ist, wenn sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung (KollV, BV) festgesetzt ist. Die Geltung solcher KVen oder BVen im Beschäftigerbetrieb für überlassene Arbeitskräfte ist unproblematisch. Die Anwendung einseitiger Unternehmens- oder Konzernrichtlinien oder eine betriebliche Übung hinsichtlich der Arbeitszeitverteilung ist hingegen ausgeschlossen, weil solche auch für die Stammebelegschaft unwirksam sind, da mangels kollektiver Regelung eine ausdrückliche Vereinbarungspflicht mit jedem einzelnen AN besteht. Daran ändert sich auch nichts, wenn die tatsächlich stillschweigend praktizierte Arbeitszeitverteilung konkludent zum Inhalt der Einzelverträge wurde, denn wegen der gesetzlichen Vereinbarungspflicht wird ausnahmsweise eine bestehende betriebliche Übung nicht sogleich zum Vertragsinhalt neueintretender AN. Überlassenen AN muss daher in Übereinstimmung mit Art 5 Leiharbeits-RL mangels Bestehens einer BV die erwünschte Arbeitszeitverteilung angeboten werden und sie haben die Möglichkeit, diese abzulehnen. Ferner müssen sich die Regeln über die Verteilung der Normalarbeitszeit immer im Rahmen dessen bewegen, was arbeitsvertraglich mit dem überlassenen AN vereinbart wurde, vgl dazu mwN *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 40f.

⁹⁶⁰ Vgl Expert Group Report on the Transposition of Directive 2008/104/EG on Temporary Agency Work (2011) 17.

⁹⁶¹ Vgl Expert Group Report (2011) 17f. Diese Grundsätze sind bis zu einem gewissen Grad auch auf die anderen wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, welche im Rahmen von sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art geregelt sind, übertragbar.

einer bestehenden Übung („*any established practice*“) beruht.⁹⁶² Als Grund hierfür wird genannt, dass in einem solchen Fall bei einer Direkteinstellung das Arbeitsentgelt überlassener AN nicht aufgrund bindender, genereller Bestimmungen festgestellt werden könnte. Nach Ansicht der Expertengruppe sind aber auch ungeschriebene wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen anwendbar, zB wenn der Beschäftiger seinen Arbeitnehmern eine zusätzliche Urlaubswoche pro Jahr gewährt („*any binding general provisions will also have to be taken into account*“).

Auch Vertreter der ETUC⁹⁶³ (European Trade Union Confederation) sprechen sich für eine (sehr) weite Interpretation der „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ aus. Danach sollten alle Bestimmungen anwendbar sein, die nach nationalen Vorschriften oder nationaler Praxis verbindlich sind, inklusive Unternehmenshandbüchern („*company handbooks*“) und nicht-formalisierte Entlohnungsstrukturen, wenn diese bekannt und generell angewandt werden.

4. Europarechtskonformität der Ausnahmebestimmung

4.1. Einleitung

Art 5 Leiharbeits-RL eröffnet den Mitgliedsstaaten in seinen Absätzen 2 bis 4 die Möglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz abzuweichen. Diese Ausnahmebestimmungen sind grds eng auszulegen.⁹⁶⁴ Österreich stehen im Hinblick auf die normierten Voraussetzungen Art 5 Abs 2 und Abs 3 Leiharbeits-RL offen. Art 5 Abs 4 Leiharbeits-RL kommt für Österreich einerseits aufgrund der Pflichtmitgliedschaft bei den gesetzlichen Interessenvertretungen sowie der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit Kollektivverträge satzen zu lassen (§§ 18ff ArbVG) als Öffnungsklausel nicht infrage.⁹⁶⁵

⁹⁶² Vgl Expert Group Report (2011) 18.

⁹⁶³ Vgl Expert Group Report (2011) 19. Das entspricht im Wesentlichen auch der Auffassung von Vertretern von BusinessEurope. Diese sprachen sich dafür aus, dass verbindliche Bestimmungen angewandt werden sollten, aber nicht freiwillige oder nebensächliche („*incidental*“).

⁹⁶⁴ So schon *Robin-Olivier* (A French Reading of Directive 2008/104 on Temporary Agency Work, ELLJ 2010/3, 402), die darauf hinweist, dass zu erwarten ist, dass auch der EuGH die Bestimmung restriktiv interpretiert. Zur Untermauerung ihres Standpunktes verweist sie auf die Rsp des EuGH zum Gleichbehandlungsgrundsatz der Teilzeit-RL (EuGH 10.06.2010, C-395/08 und C-396/08, Pkt 32, *Pettini*).

⁹⁶⁵ So zutr *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); so auch *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 25; nach *Burger* (in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 10, insb FN 35) richtet sich diese Ausnahmebestimmung insb an das Vereinigte Königreich und Irland.

Der österreichische Gesetzgeber hat nach eigenen Angaben⁹⁶⁶ bei der Umsetzung der Leiharbeits-RL im Hinblick auf die Gleichbehandlung beim Entgelt von der Ausnahmebestimmung des **Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL** Gebrauch gemacht. Dies unter der Prämisse, dass unter Beachtung des Art 5 Abs 5 Leiharbeits-RL „*weder der Gesamtschutz der überlassenen Arbeitskräfte, noch die Situation der Arbeitnehmer/innen in den Beschäftigterbetrieben verschlechtert werden*“.⁹⁶⁷

Die Europarechtskonformität der von Österreich gewählten Ausnahmebestimmung wird im Schrifttum in Zweifel gezogen.⁹⁶⁸ Ob sich die von Österreich getroffene Regelung unter einen der Tatbestände des § 5 Abs 2 bis 4 Leiharbeits-RL subsumieren lassen, ist in der Folge, ausgehend von Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL, zu untersuchen.

4.2. Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL

Nach Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL können die Mitgliedstaaten „*nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen, auf der geeigneten Ebene⁹⁶⁹ und nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern, welche von den in Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL aufgeführten Regelungen abweichen können, enthalten können*“. Nach Ansicht der Expertengruppe zur Umsetzung der Leiharbeits-RL hat Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL einen weiten Anwendungsbereich und gestattet es den Sozialpartnern nicht nur von den wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen abzuweichen, sondern auch Absprachen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von überlassenen AN zu treffen, die potentiell den gesamten Inhalt der Leiharbeits-RL abdecken.⁹⁷⁰

⁹⁶⁶ ErläutRV1903 BlgNR 24. GP 3. Lange war strittig, ob ein Abweichen vom Prinzip des gleichen Entgelts gem Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL überhaupt in die AÜG-Novelle aufgenommen werden soll, vgl dazu *Ercher-Lederer*, ZAS 2013/19, 107.

⁹⁶⁷ ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 3.

⁹⁶⁸ So zB *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 43f; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 24ff; *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Schrattbauer/Goricnik*, DRdA 2013, 284; *Dies*, wbl 2013, 123; *Schrattbauer*, Mindestbetragserhöhungen des Beschäftiger-KollIV und Referenzzuschlag nach dem KollIV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, Glosse zu OGH 24.07.2013, 9 ObA 33/13p, DRdA 2014/14, 134.

⁹⁶⁹ Vgl dazu Art 28 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EGRC), ABl C 364 vom 18.12.2000, 1 (insb 15); sowie *Frenz*, Handbuch Europarecht: Europäische Grundrechte (2009) Rn 3742 mwN.

⁹⁷⁰ Vgl Expert Group Report (2011) 24.

Österreich hat von dieser Ausnahmebestimmung lediglich im Hinblick auf das **Arbeitsentgelt** Gebrauch gemacht. § 10 Abs 1 S 4 AÜG bestimmt, dass „*darüber hinaus (...) auf die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer mit vergleichbaren Tätigkeiten geltenden sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art Bedacht zu nehmen [ist], es sei denn, es gelten ein Kollektivvertrag, dem der Überlasser unterworfen ist, sowie eine kollektivvertragliche, durch Verordnung festgelegte oder gesetzliche Regelung des Entgelts im Beschäftigerbetrieb*“. Der ursprüngliche Ministerialentwurf⁹⁷¹ sah hingegen noch vor, dass die Überlasser-KollV nur Einschränkungen ermächtigt sind, Abweichungen auch von anderen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeits-RL vorzusehen. Im Hinblick auf diese Bestimmung ist die Einhaltung mehrerer Voraussetzungen des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL und damit die Richtlinienkonformität der Ausnahme fraglich.

Zum einen sieht Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL vor, dass der Gesetzgeber den Sozialpartnern „*die Möglichkeit einräumen*“ kann Kollektivverträge abzuschließen oder aufrechtzuerhalten, die vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichen. In seiner Umsetzung räumt der österreichische Gesetzgeber den Sozialpartnern aber keine Möglichkeit ein, sondern hat die Ausnahme **unmittelbar gesetzlich angeordnet**. Die Ausnahme gilt bei Vorliegen der Voraussetzungen daher unabhängig vom Willen der Sozialpartner.⁹⁷²

Klar erfüllt wurde die Voraussetzung des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL, wonach die Sozialpartner vor Normierung einer Ausnahmebestimmung anzuhören sind. Obwohl man die zentrale Rolle der Sozialpartner im österreichischen Gesetzgebungsprozess anerkennen muss, ist es dennoch nicht möglich vom Faktischen auf das Rechtliche zu schließen.⁹⁷³ Sowohl der Text als auch die Intention des § 10 Abs 1 S 4 AÜG sprechen dafür, dass hier – entgegen den Vorgaben des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL – ein Ausschluss des

⁹⁷¹ Vgl 366/ME 24. GP. Vorgesehen war insb der Schutz vor Missbrauch im Zusammenhang mit aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen und die Vorgabe, dass der KollV ausdrücklich bestimmt eine abweichene Regelung zu treffen.

⁹⁷² Dazu schon krit *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 43f; *Ders* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 24; ebenso *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Grünanger*, *ecolex* 2009, 426; *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 253; *Dies*, DRdA 2014/14, 134; aA OGH 25.08.2014, 8 ObA 50/14g, ZAS 2015/52, 315 (abl *Schörghofer*) in einem obiter dictum zu § 10 Abs 1 AÜG, wonach die Ausnahme unter Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL fällt, da es die Sozialpartner „*in der Hand [haben], die in der Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 AÜG vorgesehenen kollv Instrumentarien zu schaffen oder nicht*“; ebenfalls in diese Richtung *Mazal*, *ecolex* 2013, 104.

⁹⁷³ In diese Richtung aber wohl *Mazal*, *ecolex* 2013, 104.

Gleichbehandlungsanspruchs bereits auf gesetzlicher Ebene und nicht erst durch die Sozialpartner auf einer nachgelagerten Ebene erfolgt.⁹⁷⁴

In einem nächsten Schritt stellt sich nun die Frage, ob durch die Regelung des § 10 Abs 1 S 4 AÜG auch der von Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL geforderte **Gesamtschutz** gewahrt wird. § 10 Abs 1 S 4 AÜG stellt allein auf das Vorliegen entsprechender kollektiver Regelungen auf Überlasser- und Beschäftigterseite ab. Die in Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL normierte Voraussetzung der „*Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern*“ findet weder im Gesetzestext noch in den Materialien Erwähnung. Der ursprüngliche Ministerialentwurf⁹⁷⁵ sah hingegen noch bestimmte, gesetzliche Einschränkungen für die Abweichungsmöglichkeit der Sozialpartner vor.

In einem ersten Schritt ist zunächst zu klären, welche Bedeutung der Voraussetzung der „*Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern*“ zukommt. Die Richtlinie lässt diese Frage offen. Weder im Text der Leiharbeits-RL noch in den Erwägungsgründen findet sich ein Hinweis. Manche Autoren sind daher der Ansicht, dass es sich dabei um einen „*bloßen Programmsatz*“ und „*unverbindlichen Appell*“ handelt.⁹⁷⁶ Dass die Leiharbeits-RL diesem Passus keinerlei normativen Gehalt zuerkennen wollte, ist aber vor im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte dieser Norm unwahrscheinlich, denn um die konkrete Formulierung des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL wurde im europäischen Rechtssetzungsprozess heftig gerungen.⁹⁷⁷ In der ursprünglichen Fassung des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL wurde noch ein „*angemessenes Schutzniveau*“ gefordert.⁹⁷⁸ Diese Formulierung wird in der letztlich umgesetzten Fassung der Leiharbeits-RL noch in Art 5 Abs 4 *leg cit* verwendet. Auch die Arbeitszeit-RL (Art 17 Abs 2; Art 18 S 3) spricht von einem „*angemessenem Schutz*“. Hintergrund des Widerstandes mehrerer Mitgliedsstaaten gegen die Verwendung derselben Formulierung in Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL war die Befürchtung, dass damit kollektive Vereinbarungen zum Prüfungsgegenstand vor dem EuGH werden könnten.⁹⁷⁹ Aus diesem Grund wurde die Formulierung der Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL auf „*Achtung des*

⁹⁷⁴ AA wohl *Mazal*, *ecolex* 2013, 104. Er führt aus, dass dieses Argument sowohl im Hinblick auf den sozialpartnerschaftlichen Gesetzgebungsprozess als auch auf die konkrete Regelung eine den Sinn der Regelung der Leiharbeits-RL entstellende Formalbetrachtung ist.

⁹⁷⁵ Vgl 366/ME 24. GP.

⁹⁷⁶ Vgl *Rieble/Vielmeier*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, *EuZA* 2011/4: „*bloßer Programmsatz*“ (500) und „*unverbindlicher Appell*“ (501).

⁹⁷⁷ Vgl *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 254.

⁹⁷⁸ KOM(2002) 149 endg 3.

⁹⁷⁹ *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 254 mHa *Sansone*, *Gleichstellung* 542.

Gesamtschutzes“ abgeschwächt.⁹⁸⁰ Zudem stellt ErwGr 19 vor diesem Hintergrund nun unmissverständlich klar, dass mit der Leiharbeits-RL keine Beeinträchtigung der Tarifautonomie der Sozialpartner beabsichtigt ist. Aus diesen Vorgängen lassen sich nun zwei Schlüsse ziehen.

Zum einen kann daraus geschlossen werden, dass der Wortfolge „*unter Achtung des Gesamtschutzes*“ nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers jedenfalls ein **normativer Gehalt** zukommt, ansonsten wäre die Änderung iS einer Abschwächung der Wortfolge nicht erforderlich gewesen. Auf der anderen Seite spricht aber gerade der Umstand, dass die Wortfolge auf „*unter Achtung des Gesamtschutzes*“ abgeschwächt wurde zugleich dafür, dass der Passus eher **weit auszulegen** ist. *Schrattbauer*⁹⁸¹ leitet aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung insb auch noch eine weniger enge Bindung der KollV-Parteien an die Vorgaben der Leiharbeits-RL ab. Das entspricht grds auch der Intention der Leiharbeits-RL, die den Sozialpartner grds einen großen Ermessensspielraum einräumt.⁹⁸²

In einem zweiten Schritt ist nun zu klären, auf welche Regelungsgegenstände sich der zu achtende „*Gesamtschutz*“ nun konkret bezieht. Ausgangspunkt ist hier wiederum der Wortlaut des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL. Dieser eröffnet den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit hinsichtlich **aller** in der Richtlinie geregelten **Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen** vom Grundsatz der Gleichbehandlung abzuweichen.⁹⁸³ Auch aufgrund der Reichweite dieser Ausnahmebestimmung ist der Begriff des *Gesamtschutzes* somit grundsätzlich weit auszulegen. Die Kommission spricht sich explizit dafür aus, dass sich die Leiharbeits-RL auf ein qualitatives Schutzniveau der überlassenen AN bezieht, um die Autonomie der Sozialpartner zu respektieren.⁹⁸⁴

Der österreichische Gesetzgeber hat im Rahmen seiner Umsetzung nur hinsichtlich des **Arbeitsentgelts** von der Ausnahmebestimmung Gebrauch gemacht. Gemäß § 10 Abs 3

⁹⁸⁰ Vgl auch *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 254.

⁹⁸¹ Arbeitskräfteüberlassung 254.

⁹⁸² So ErwGr 16 der Leiharbeits-RL; auch EuGH 08.09.2011, C-297/10, Slg 2011, I-07965 (*Hennigs*) Rn 66; EuGH 28.06.2012, C-172/11 veröffentlicht in der digitalen Sammlung (*Erny*) Rn 50; EuGH 05.07.2012, C-141/11 noch nicht in der Slg veröffentlicht (*Hörnfeldt*) Rn 32; EuGH 12.10.2010, C-45/09, Slg 2010, I-09391 (*Rosenblatt*) Rn 67; EuGH 15.07.2010, C-271/08, Slg 2010, I-07091 (*Europäische Kommission*) Rn 39 mit dem Hinweis, dass sich schon aus Art 152 Abs 1 AEUV ergibt, dass die Union die Autonomie der Sozialpartner unter Berücksichtigung der Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme achtet.

⁹⁸³ So auch schon zutr Expert Group Report (2011) 24. Die Sozialpartner können demnach auch Absprachen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von überlassenen AN zu treffen, die potentiell den gesamten Inhalt der Leiharbeits-RL abdecken.

⁹⁸⁴ So explizit der Expert Group Report (2011) 24.

AÜG besteht ein uneingeschränkter Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf alle anderen in der Leiharbeits-RL genannten wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Hinsichtlich dieser Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ist somit keine weitere Rechtskontrolle iS einer „*Achtung des Gesamtschutzes*“ notwendig, da hier überlassenen Arbeitskräften ohnehin das gleiche Schutzniveau wie Stamm-AN zukommt. Im Fall der österreichischen Umsetzung kann damit der Begriff des Gesamtschutzes folglich nicht mehr alle Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen iS der Leiharbeits-RL umfassen, sondern nur noch das Arbeitsentgelt.⁹⁸⁵

Somit beantwortet sich auch gleich die Frage nach den möglichen Rechtsquellen, mit denen der Gesamtschutz durch die Sozialpartner sichergestellt werden kann. Entsprechende Bestimmungen können zum einen in Kollektivverträgen und Satzungen sowie – entgegen *Burger*⁹⁸⁶ – auch in Mindestlohntarifen vorgesehen werden. All diese Rechtsquellen können die Anforderungen des Gesamtschutzes im Hinblick auf das Arbeitsentgelt erfüllen. Nicht ausreichend ist hingegen allein die Geltung eines General-KollV für einen ansonsten kollektivvertragsfreien Überlasser.⁹⁸⁷

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die österreichischen Sozialpartner den Gesamtschutz der überlassenen Arbeitskräfte ausreichend achten. Der Gesetzgeber hat den Sozialpartnern auf gesetzlicher Ebene keine konkreten Vorgaben auferlegt.⁹⁸⁸ Im Rahmen der österreichischen Umsetzung reicht die bloße Existenz eines KollV auf Überlassenseite

⁹⁸⁵ AA *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 79f; *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 22f. *Burger* stützt sich darauf, dass Art 3 Abs 1 lit f Leiharbeits-RL nicht allein auf den Entgeltsschutz abstellt, sondern in seiner sublit (i) noch andere wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen aufzählt. Zudem spreche Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL überhaupt nur von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen und stellt nicht auf die „*wesentlichen*“ ab. Darüber hinaus treffe die Leiharbeits-RL unter der Kapitelüberschrift II „*Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen*“ in seinen Art 6 bis 8 auch noch andere Mindestvorschriften für den Schutz überlassener Arbeitskräfte. Auch die von der Kommission beauftragte Expertengruppe (Expert Group Report [2011] 24) argumentiert in diese Richtung. Als Beispiel für den Fall, dass von allen wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen iS der Leiharbeits-RL abgewichen wird, führen die Experten aus, könnten sich die Sozialpartner auf ein geringeres Entgeltniveau im Gegenzug für bessere Ausbildungsmöglichkeiten zwischen zwei Überlassungen einigen. In Deutschland argumentieren auch *Waas* (Der Gleichbehandlungsgrundsatz im neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, ZESAR 01/2012, 9) und *Rödl/Ulber* (Unvereinbarkeit von § 9 Nr. 2 Halbs. 4 AÜG mit der Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2012, 844) in diese Richtung. Danach soll anstelle eines Gruppenvergleichs ein Gesamtvergleich vorgenommen werden. Unter dem Strich müsse dann im Vergleich ein gleichwertiges Schutzniveau vorliegen (zB Kompensation eines geringeren Entgeltanspruchs mit einer Erhöhung der Bestandsfestigkeit des Arbeitsverhältnisses). Alle Vertreter dieser Ansicht gehen aber in ihrer Argumentation stillschweigend davon aus, dass mittels Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL von *allen* in der Leiharbeits-RL vorgesehenen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen abgewichen wird. Österreich weicht aber nur hinsichtlich des Arbeitsentgelts von Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL ab.

⁹⁸⁶ In *Raschauer/Resch*, Neuerungen 80; *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 23.

⁹⁸⁷ So schon zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 80; *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 23.

⁹⁸⁸ Anders noch im nicht umgesetzten Ministerialentwurf 366/ME 24. GP.

und einer kollektivvertraglichen, durch Verordnung festgelegten oder gesetzlichen Regelung des Entgelts im Beschäftigerbetrieb aus, um die betrieblichen Entgeltregelungen nicht berücksichtigen zu müssen. Die ErläutRV⁹⁸⁹ nimmt die Einhaltung des Gesamtschutzes für überlassene Arbeitskräfte jedenfalls bei den bestehenden **Überlasserkollektivverträgen** an. Wie bereits dargestellt, gelten hier für Arbeiter und Angestellte unterschiedliche KollIV, die im Hinblick auf das Arbeitsentgelt für die beiden Arbeitnehmergruppen unterschiedliche Regelungen treffen. Wenn man idS einer richtlinienkonformen Auslegung für die Bestimmung des Begriffs „Gesamtschutz“ vom Sinn und Zweck der Regelung ausgeht, ist zumindest sicherzustellen, dass die Sozialpartner nicht das durch den jeweiligen Gesetzgeber festgelegte Schutzniveau unterlaufen.⁹⁹⁰ Zwar ist ein Abweichen in Details unproblematisch, die Sozialpartner sind aber bei gesamthafter Betrachtung verpflichtet, die Anspruchsgrundlage zu wahren, die der Gesetzgeber einräumt. Hier kann somit insofern dem Vorschlag von Mazal⁹⁹¹ beigetreten werden, wonach man sich im Zuge der gesamthafter Beurteilung der „Achtung des Gesamtschutzes“ im Hinblick auf das Entgelt an jenen Wertungen orientiert kann, die in Österreich zur Beurteilung des Günstigkeitsprinzips gem § 3 ArbVG auf Basis eines Gruppenvergleichs entwickelt wurden.

Der KVAÜ mit seinem differenzierenden Referenzlohnsystem entspricht idS dem Kriterium des „Gesamtschutzes“, da die betriebliche Ebene im Hinblick auf das Arbeitsentgelt in bestimmten Hochlohnbranchen pauschal abgegolten wird.⁹⁹² Das ist auch nach Ansicht der Expertengruppe zur Umsetzung der Leiharbeits-RL, wonach die KollIV gem Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL ausgleichende Maßnahmen („elements“) vorsehen müssen, um den Gesamtschutz von Überlassenen sicherzustellen.⁹⁹³ Im KollIV für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting für überlassene Angestellte fehlt aber eine solche Berücksichtigung betrieblicher Überzahlungen. Aus diesem Grund ist fraglich, ob dieser KollIV dem

⁹⁸⁹ Vgl ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 3.

⁹⁹⁰ So schon zutr Mazal, *ecolex* 2013, 103.

⁹⁹¹ *Ecolex* 2013, 103.

⁹⁹² So schon zutr *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 259 („Musterbeispiel“); *Dies*, DRdA 2014/14, 134; in diese Richtung auch schon obiter OGH 24.07.2013, 9 ObA 33/13p, DRdA 2014/14, 132 (*Schrattbauer*) = ZAS 2014/12, 76 (*Wiesinger*) = RdW 2013/671, 682 (*Bruckmüller*): Mit den Referenzzuschlägen sollen betriebliche Bezahlungen pauschal abgegolten werden, was nach Ansicht des OGH „offenbar dem Bedürfnis der Sozialpartner nach Gleichbehandlung in ausreichendem Ausmaß entsprechen soll“ (mHa *Ercher-Lederer*, ZAS 2013/19, 107f). Vgl dazu auch die Ausführungen zur Gleichbehandlung beim Arbeitsentgelt oben.

⁹⁹³ Vgl Expert Group Report (2011) 24.

Kriterium des *Gesamtschutzes* entspricht.⁹⁹⁴ Nach den Materialien kommt es auf sogenannte Referenzzuschläge auf den ersten Blick nicht zwingend an. Auf den zweiten Blick offenbart sich aber, dass der nationale Gesetzgeber für die Ausnahmebestimmung wohl den KollV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung für Arbeiter vor Augen hatte, der einen angemessenen Gesamtschutz überlassener Arbeitskräfte im Hinblick auf das Arbeitsentgelt sicherstellen kann.⁹⁹⁵

Anders als im KVAÜ berücksichtigt der KollV für überlassene Angestellte nicht die besondere arbeitsrechtliche Situation von überlassenen Arbeitskräften. Insbesondere im Entgeltbereich wurden hier keinerlei kompensatorischen Maßnahmen ergriffen, die die faktische Nicht-Berücksichtigung branchenüblicher Überzahlungen des im Überlassungsfall zusehenden Mindestentgelts nach dem Beschäftiger-KollV ausgleichen. Der OGH hat dennoch die Einhaltung des Gesamtschutz durch den auf überlassene Angestellte anwendbaren KollV ohne nähere Auseinandersetzung mit dem Inhalt des KollV bejaht, die Notwendigkeit einer Vorlage an den EuGH aufgrund des großen Ermessensspielraums der Sozialpartner jedoch verneint.⁹⁹⁶ Eine Vorlage an den EuGH wäre aber im Hinblick auf die dargestellten Probleme bei der Auslegung des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL naheliegend gewesen.⁹⁹⁷ Da im Rahmen dieses KollV ausgleichenden Maßnahmen im Hinblick auf das Arbeitsentgelt – anders als beim KVAÜ – fehlen, wahrt dieser KollV mE nicht den Gesamtschutz der überlassenen Angestellten im Hinblick auf das Arbeitsentgelt.⁹⁹⁸ Ist daher der KollV für überlassene Angestellte anwendbar, dürfte

⁹⁹⁴ So schon zutr *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 253; *Dies*, DRdA 2014/14, 134. In diese Richtung deuten auch schon die Ausführungen im Begutachtungsverfahren von *Gleißner*, 20/SN-366/ME 24. GP 4f; aA jedoch zuletzt OGH 24.03.2014, 8 ObA 18/14a, Arb 13.146 = DRdA 2014, 442. Im Ergebnis ähnlich OGH 25.08.2014, 8 ObA 50/14g. Hier bejaht der OGH das Vorliegen der Voraussetzung der Achtung des Gesamtschutzes „jedenfalls“ im Hinblick auf den KVAÜ.

⁹⁹⁵ Dafür spricht die Formulierung in den Materialien (ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 3): „*Bestehende Überlasser-Kollektivverträge gelten als solche Abweichung, sofern auch für den jeweiligen Beschäftiger eine normativ zwingende, überbetriebliche Entgeltregelung besteht*“ (Hervorhebung in Fettschrift durch die Verfasserin). Diese hier beschriebene Abhängigkeit des Überlasser-KollV vom Vorhandensein von überbetrieblichen Regelungen im Beschäftigerbetrieb entspricht der Systematik des KVAÜ. Referenzzuschläge werden gem XI./3. iVm XI. 4a. lit d KVAÜ ebenfalls in erster Linie auf Basis der überbetrieblichen Entgeltregelung im Beschäftigerbetrieb berechnet. Gemäß XI./3. KVAÜ steht überlassenen AN für „*die Dauer der Überlassung [ein] (...) Anspruch auf den im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlenden kollektivvertraglichen Lohn (ggf. Satzung, Mindestlohntarif, Gesetz, Verordnung usw.), wenn dieser höher ist, als der in Pkt. 1. und 2. geregelte Mindestlohn/Grundlohn*“.

⁹⁹⁶ Vgl OGH 24.03.2014, 8 ObA 18/14a, Arb 13.146 = DRdA 2014, 442.

⁹⁹⁷ So schon zutr *Schörghofer*, Überlassene DN: Kein Anspruch auf betrieblichen Zulagen der Stammebelegschaft, Glosse zu OGH 25.08.2014, 8 ObA 50/14g, ZAS 2015/52, 319.

⁹⁹⁸ In diese Richtung auch *Schörghofer*, ZAS 2012/61, 342; aA OGH 24.03.2014, 8 ObA 18/14a, Arb 13.146 = ARD 6402/12/2014 = ecolx 2014/300, 733 = EvBl 2014/110, 772 = infas 2014/A68, 190 = RdW 2014/524, 476 (*Sabara*) = DRdA 2014, 442 = SZ 2014/26 = wbl 2014/157, 463: keine „*Missachtung des in*

die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 letzter Satz AÜG aufgrund richtlinienkonformer Rechtsfortbildung nicht zur Anwendung kommen. Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL scheidet aber schon aufgrund des Fehlens der ersten Voraussetzung, der Beseitigung des Gleichbehandlungsanspruchs unmittelbar durch den nationalen Gesetzgeber und nicht durch die Sozialpartner, als Grundlage für die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 S 4 AÜG aus.

Zusammengefasst kann somit festgestellt werden, dass der österreichische Gesetzgeber mit § 10 Abs 1 S 4 AÜG einen Weg beschreitet, der mit der Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL nicht in Einklang gebracht werden kann. Der Anspruch auf Gleichbehandlung wird im Rahmen des § 10 Abs 1 S 4 AÜG unmittelbar auf gesetzlicher Ebene ausgeschlossen. Den Sozialpartnern wurde vom Gesetzgeber nicht die Möglichkeit eingeräumt vom Gleichbehandlungsgrundsatz abzuweichen, sondern dieser wird schon auf gesetzlicher Ebene beseitigt, sofern kollektive Regelungen sowohl auf Überlasser- wie auch Beschäftigterseite bestehen. § 10 Abs 1 S 4 AÜG ist somit nicht von der Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL gedeckt. Darüber hinaus wurde zumindest hinsichtlich überlassener Angestellter die zweite Voraussetzung, die „*Achtung des Gesamtschutzes*“, nicht gewahrt.⁹⁹⁹ Diesem Umsetzungsdefizit könnte zwar noch mit einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung begegnet werden. Da aber schon die erste Voraussetzung des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL nicht beachtet wurde, kann diese Bestimmung nicht zur Rechtfertigung der Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz herangezogen werden.

Abschließend sei noch auf eine Auffälligkeit in den Erläuternden Bemerkungen hingewiesen. Nach den Materialien ist ein *„Abweichen durch Kollektivvertrag entsprechend der gemäß Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie zulässigen Öffnungsklausel (...) jedoch möglich, sofern unter Beachtung des Art. 5 Abs. 5 weder der Gesamtschutz der*

der Leiharbeits-RL nur allgemein beschriebenen Gesamtschutzes“; aA wohl Schindler (in Raschauer/Resch, Neuerungen 24) wonach allein die in der österr Umsetzung vorgesehene formale Bedingung, dass beim Überlasser und beim Beschäftigter ein KollV bestehen muss, in keiner Weise sicherstellt, dass der Gesamtschutz der Leiharbeitskräfte gewährleistet ist, da der Gesetzgeber weder Einfluss auf den Inhalt der KollV hat noch besondere Anforderungen normiert. Für dieses Auslegungsergebnis könnte uU mE auch die Formulierung des Textes der Leiharbeits-RL sprechen. Es ist davon auszugehen, dass die Achtung des Gesamtschutzes wohl mehr verlangt als einzig die Abweichung durch KollV ohne explizite Berücksichtigung des Gesamtschutzes wie sie Österreich in § 10 Abs 1 S 4 AÜG vorsieht. Um dieses Ergebnis zu erreichen, wäre der Passus, wonach KollV *„auf geeigneter Ebene“* und *„nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen“* aufrechtzuerhalten oder zu schließen sind, ausreichend gewesen. Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL verlangt aber darüber hinaus, dass der Gesamtschutz gewahrt wird, was darauf hindeutet, dass für die Erfüllung der Ausnahmebestimmung zusätzlich ein aktives Handeln des nationalen Gesetzgebers notwendig ist.

⁹⁹⁹ So auch schon zutr Mazal, ecolex 2013, 104.

überlassenen Arbeitskräfte noch die Situation der Arbeitnehmer/innen in den Beschäftigertrieben verschlechtert werden“.¹⁰⁰⁰ Die Beachtung der Situation der Stamm-AN ergibt sich jedoch weder aus der Leiharbeits-RL noch ist diese teleologisch begründet, da eine solche Bindung die Position der Stammarbeitnehmer nicht zu verbessern vermag.¹⁰⁰¹ Vor dem Hintergrund der Erwägungsgründe bezweckt die Leiharbeits-RL vielmehr das Schutzniveau überlassener Arbeitskräfte an jenes der Stamm-AN im Beschäftigertrieb anzugleichen, nicht jedoch, die Arbeitsbedingungen der Stammbeschäftigten zu schützen.¹⁰⁰²

4.3. Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL

Die mangelnde Deckung der österreichischen Umsetzung von Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL führt aber nicht automatisch zu ihrer Ungültigkeit, denn dem nationalen Gesetzgeber steht mit Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL eine weitere Möglichkeit offen, von der Gleichstellung beim Entgelt abzuweichen.¹⁰⁰³ Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL bestimmt, dass die Mitgliedsstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen können, dass vom Gleichbehandlungsgrundsatz im Bezug auf das Arbeitsentgelt abgewichen wird, „wenn Leiharbeitnehmer, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden“. Die Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL ist restriktiv zu interpretieren.¹⁰⁰⁴

Manche Autoren¹⁰⁰⁵ vertreten die Ansicht, dass diese Ausnahmebestimmung für Österreich zur Anwendung gelangt. Im Hinblick auf die Erfüllung der Voraussetzungen des Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL sind aber mehrere Problembereiche auszumachen. Zum einen erlaubt Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL nur eine Ausnahme für Arbeitnehmer mit einem **unbefristeten Vertrag**, die in Stehzeiten bezahlt werden. Das ist insofern problematisch, als dass AÜG Befristungen, wenngleich nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes (§ 11

¹⁰⁰⁰ Vgl ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 3. Hervorhebung in Fettschrift durch die Verfasserin.

¹⁰⁰¹ So schon zutr *Mazal*, *ecolex* 2013, 103.

¹⁰⁰² Vgl zB *ErwGr* 12 Leiharbeits-RL (arg „zum Schutz der Leiharbeitnehmer“); idS schon zutr *Mazal*, *ecolex* 2013, 103.

¹⁰⁰³ So schon zutr *Schörghofer*, *ZAS* 2015/52, 319; *Ders* (in *Brodil*, Diener fremder Herren [erscheint voraussichtlich 2017]) vertritt hier die Ansicht, dass der falsche Hinweis in den Materialien nicht der Nutzung einer anderen Ausnahmebestimmung entgegensteht; ebenso *Schindler* in *Raschauer/Resch*, *Neuerungen* 25: „Redaktionsversehen“.

¹⁰⁰⁴ So auch schon explizit die Kommission, vgl *Expert Group Report* (2011) 23.

¹⁰⁰⁵ So zB *Grünanger* (*ecolex* 2009, 426) aber mit Hinweis, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz für befristet beschäftigte Überlassene dennoch zur Anwendung gelangt; *Naderhirm*, *ZESAR* 2003, 263.

Abs 2 Z 4 AÜG) zulässt.¹⁰⁰⁶ Eine generelle Einschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist somit auf dieser Grundlage nicht möglich.¹⁰⁰⁷ Wurde eine gültige Befristung vereinbart, dürfte die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 letzter Satz AÜG aufgrund richtlinienkonformer Rechtsfortbildung nicht zur Anwendung kommen.¹⁰⁰⁸

Zum anderen fehlt es in Österreich aufgrund der **freien Kündigungsmöglichkeit** unbefristeter Arbeitsverhältnisse gerade an dem besonderen Schutz, den Art 5 Abs 2 und ErwGr 15 der Leiharbeits-RL den unbefristeten Arbeitsverhältnissen attestieren.¹⁰⁰⁹ Nach der Intention der Leiharbeits-RL sei gerade aufgrund des *besonderen Schutzes*, die unbefristete Arbeitsverhältnisse bieten, eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz gerechtfertigt. In Österreich vermitteln unbefristete Arbeitsverhältnisse einen solchen besonderen Schutz aber gerade nicht, da eine Kündigung – bei Einhaltung von Fristen und Terminen – jederzeit ohne Angabe von Gründen möglich ist. Allein die Anfechtungsmöglichkeit im Rahmen des § 105 ArbVG – sofern ein betriebsratspflichtiger Betrieb vorliegt – stellt einen solchen besonderen Schutz nicht her.¹⁰¹⁰ Nach *Burger*¹⁰¹¹ könne man zwar bei gewerblichen Überlassungen mit dem kollektivvertraglichen Kündigungsschutz argumentieren, da gem Abschnitt IV Z 3 des KollV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung Kündigungen des Überlassers „wegen des Endes einer Überlassung“ rechtsunwirksam sind. Dieser kollektivvertraglich vorgesehene Kündigungsschutz ist aber nicht allgemein für jede Überlassung gültig und nur auf vier Arbeitstage nach dem Überlassungsende beschränkt.¹⁰¹² Das grds freie Kündigungsrecht in Österreich ermöglicht daher die Beendigung des Vertrages zum Ende der Einsatzdauer (von wenigen Fällen abgesehen) fast uneingeschränkt. Allein schon deswegen wird die

¹⁰⁰⁶ Vgl *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Ders*, ZAS 2015/52, 319.

¹⁰⁰⁷ So schon zutr *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 252.

¹⁰⁰⁸ So schon zutr *Grünanger*, *ecolex* 2009, 426; auch *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

¹⁰⁰⁹ So schon zutr *Burger* in *Wachter/Burger*, *Entwicklungen* 8; zutr *Schindler* in *Raschauer/Resch*, *Neuerungen* 26; ebenfalls *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 32.

¹⁰¹⁰ Zutr *Schindler* in *Raschauer/Resch*, *Neuerungen* 26.

¹⁰¹¹ In *Wachter/Burger*, *Entwicklungen* 9 mwN.

¹⁰¹² Vgl zutr *Burger* in *Wachter/Burger*, *Entwicklungen* 9 mwN; *Adametz*, *ASoK* 2002, 67f: „Kündigungsaussprechverbot“.

Zulässigkeit der Begründung der Ausnahme von der Gleichbehandlung beim Entgelt (§ 10 Abs 1 S 4 AÜG) mit Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL zu Recht abgelehnt.¹⁰¹³

Darüber hinaus erfülle Österreich nach Teilen des Schrifttums auch die zweite Bedingung des Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL, die **(tatsächliche) Bezahlung in Stehzeiten**, nicht. *Schindler*¹⁰¹⁴ bringt hier vor, dass nach seiner Erfahrung über 80 Prozent der Auflösungen einvernehmlich mit dem Einsatzende synchronisiert erfolgen. Aus diesem Grund komme die Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL nicht zur Anwendung und betriebliche Entgeltregelungen gelten unbeschränkt für überlassene AN. Hier erfolgt aber ein unzulässiger Schluss vom Faktischen auf das Rechtliche. Es mag zwar richtig sein, dass in der österreichischen Praxis ein hoher Prozentsatz der Arbeitsverhältnisse überlassener AN durch einvernehmliche Auflösung endet. Die Leiharbeits-RL kann aber dennoch nicht so verstanden werden, dass für die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der Art 5 Abs 2 bis Abs 4 Leiharbeits-RL rein auf faktische Verhältnisse am Arbeitsmarkt des jeweiligen Mitgliedstaates abzustellen ist.¹⁰¹⁵ Es ist iS der Leiharbeits-RL noch bestehende rechtliche Vorgaben abzustellen. Zudem wird gegen das Vorliegen dieser Voraussetzung vorgebracht, dass § 10 AÜG im Hinblick auf den Entgeltanspruch überlassener Arbeitskräfte nicht danach **differenziert**, ob der Überlassung ein befristeter oder unbefristeter Vertrag zugrunde liegt.¹⁰¹⁶ Dieses Argument ist aus meiner Sicht aber nicht stichhaltig, verlangt doch Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL keine solche Differenzierung.

Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL lässt offen, wem die Mitgliedsstaaten das Abweichungsrecht einräumen können, wobei *Schindler*¹⁰¹⁷ die Auffassung vertritt, dass es der **Arbeitsvertrag** als zentrale Rechtsquelle des Arbeitsverhältnisses sein muss. Folglich ist er der Auffassung, dass Österreich auch Art 5 Abs 2 RL in Österreich nicht erfüllt. Denn auch dieser sehe nur die „Möglichkeit“ einer Abweichung vom „Equal-Pay“-Grundsatz durch Arbeitsvertrag vor, nicht aber dessen Beseitigung durch Gesetz.¹⁰¹⁸

¹⁰¹³ So schon zutr *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 26; zust *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 252; aA *Grünanger*, *ecolex* 2009, 426; ebenfalls *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 91.

¹⁰¹⁴ Vgl *Schindler*, DRdA 2009, 177; aA zutr *Schörghofer*, ZAS 2015/52, 319.

¹⁰¹⁵ Vgl zutr *Schörghofer*, ZAS 2015/52, 319.

¹⁰¹⁶ Vgl *Schrattbauer*, DRdA 2014/14, 134.

¹⁰¹⁷ In *Raschauer/Resch*, Neuerungen 26f. Nach seiner Ansicht bietet allein der für Österreich nicht einschlägige Art 5 Abs 4 Leiharbeits-RL eine Basis für *gesetzliche* Eingriffe in das „Equal-Pay“-Prinzip; aA zutr *Schörghofer*, ZAS 2015/52, 319.

¹⁰¹⁸ Vgl *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV² 44.

Gegen diese Auffassung wird zu Recht vorgebracht, dass dann viele Mitgliedsstaaten keine Möglichkeit hätten, den Gleichstellungsanspruch per Gesetz einzuschränken.¹⁰¹⁹ Zudem besagt Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL nur, dass die Mitgliedsstaaten nach Anhörung der Sozialpartner „die Möglichkeit vorsehen“ können, vom Grundsatz gem Abs 1 leg cit abzuweichen. Offen bleibt damit aber immer noch, wie und durch wen die Abweichung angeordnet werden kann. Bei einer sehr restriktiven Interpretation könnte man daher wie *Hamann*¹⁰²⁰ zu dem Schluss kommen, die Regelungsbefugnis stünde allein dem nationalen Gesetzgeber zu, der seine Befugnis somit nicht zB durch den Erlass von Ermächtigungsnormen auf die Parteien der Kollektivverträge übertragen darf. Die Formulierung des nächsten Halbsatzes („dass [...] abgewichen wird“) legt hingegen nahe, dass es dem Gesetzgeber frei steht, diese Möglichkeit an untergeordnete Rechtsinstitute zu delegieren.¹⁰²¹

Angemerkt sei abschließend noch, dass nach Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL als Vergleichsmaßstab auf das *Unternehmen* und nicht wie § 10 Abs 1 S 4 AÜG auf den *Betrieb* des Beschäftigers abstellt. Auch diese Einschränkung ist unionsrechtlich bedenklich.¹⁰²² Hier kann aber noch durch richtlinienkonforme Auslegung unter Anwendung des Vergleichsmaßstabes („hypothetische arbeitsplatzbezogene Betrachtungsweise“) argumentiert werden, dass auf überlassene Arbeitskräfte ohnehin all jene sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art anzuwenden sind, die auch für vergleichbare AN gelten, mögen diese ihre Wurzel nun auf Ebene des Betriebes oder auf Unternehmensebene haben.

4.4. Zwischenbefund

Österreich stehen im Hinblick auf die normierten Voraussetzungen grundsätzlich die Ausnahmebestimmungen des Art 5 Abs 2 und Abs 3 Leiharbeits-RL offen. Die Prüfung

¹⁰¹⁹ Vgl *Schörghofer*, ZAS 2015/52, 319. Gemeint sind damit all jene Mitgliedsstaaten, in denen Art 5 Abs 4 Leiharbeits-RL nicht anwendbar ist.

¹⁰²⁰ EuZA 2/2009, 308.

¹⁰²¹ Generell ist im Hinblick auf die Ausnahmebestimmungen des Art 5 Abs 2 bis 4 Leiharbeits-RL aufgrund der Formulierung klar, wer zur Abweichung ermächtigt ist. Im Fall des Abs 2 leg cit wurde dies bereits dargestellt. Nach Abs 3 leg cit kann der Gesetzgeber „nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen“ und in Abs 4 können „Mitgliedstaaten (...) Regelungen (...) festlegen, die vom Grundsatz des Absatzes 1 abweichen“. Im Fall des Abs 3 leg cit kann der Gesetzgeber damit den Sozialpartnern die Möglichkeit zur Abweichung einräumen, im Fall des Abs 4 leg cit muss der Gesetzgeber selbst die Abweichung vornehmen.

¹⁰²² So auch *Schörghofer*, ZAS 2012/61, 341 mHa *Sansone*, Gleichstellung 514.

der Anwendbarkeit der möglichen Ausnahmebestimmungen hat aber ergeben, dass § 10 Abs 1 S 4 AÜG weder durch die eine noch die andere Ausnahmebestimmung (völlig) gedeckt wird und daher **richtlinienwidrig** ist.¹⁰²³ Eine gesetzliche Anpassung ist daher erforderlich.

Der Umstand, dass die Leiharbeits-RL mangelhaft umgesetzt ist, hilft im Rechtsstreit zwischen Privatpersonen aber nicht weiter, da eine horizontale Drittwirkung von Leiharbeits-RL gegenüber Privaten ausscheidet.¹⁰²⁴ Für Betroffene steht daher nur die individuelle Geltendmachung eines Staatshaftungsanspruches aufgrund der mangelhaften Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber offen.

Eine Deckung durch Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL ist zB insb dann nicht gegeben, wenn sich ein überlassener AN in einem befristeten AV gegen die Einschränkung des Gleichstellungsanspruches zur Wehr setzt. In einem solchen Fall stellen sich dann auch alle zu Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL aufgeworfenen Probleme.¹⁰²⁵ Sollte ein solch einschlägiger Fall die Gerichte erreichen, wäre die Vorlage an den EuGH jedenfalls geboten. Der Gerichtshof kann im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 234 EG nicht über die Vereinbarkeit innerstaatlicher Rechtsnormen mit dem Gemeinschaftsrecht oder über die Auslegung nationaler Vorschriften entscheiden. Er ist aber befugt, dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die es diesem ermöglichen für die Entscheidung, der bei ihm anhängigen Rechtssache über eine solche Vereinbarkeit zu befinden.¹⁰²⁶

5. Zusammenfassung

In diesem Kapitel wurden wesentliche Fragen im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsanspruch gem Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL untersucht. Eingangs wurde nach der Reichweite der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (Art 3 Abs 1 lit f Leiharbeits-RL) gefragt. Nach der Leiharbeits-RL sind bis auf das Arbeitsentgelt sind alle wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

¹⁰²³ So auch schon zutr *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 27; *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 255; *Dies*, DRdA 2014/14, 134; idS wohl auch *Mazal*, ecollex 2013, 104.

¹⁰²⁴ Vgl EuGH 14.07.1994, C-91/92, Slg 1994, I-03325 Rn 24 (*Faccini Dori*).

¹⁰²⁵ So schon zutr *Schörghofer*, ZAS 2015/52, 319f.

¹⁰²⁶ Vgl EuGH 15.12.1993, C-292/92, Slg 1993, I-06787 Rn 8 (*Hünermund ua*); EuGH 03.05.2001, C-28/99, Slg 2001, I-03399 Rn 28 (*Verdonck ua*); EuGH 27.11.2001, C-285/99 und C-286/99, Slg 2001, I-09233 Rn 27 (*Lombardini und Mantovani*); EuGH 09.09.2003, C-151/02, Slg 2003, I-08389 Rn 44ff (*Jaeger*).

unionsautonom auszulegen. Der Begriff des „*Arbeitsentgelts*“ richtet sich hingegen nach nationalem Recht (Art 3 Abs 2 Leiharbeits-RL) und ist in Österreich entsprechend umfassend zu verstehen.

Es konnte festgestellt werden, dass zur Bestimmung der Begriffe „*Dauer der Arbeitszeit*“, „*Überstunden*“, „*Pausen*“, „*Ruhezeit*“ und „*Nachtarbeit*“ auf die einschlägigen Definitionen in der Arbeitszeit-RL zurückgegriffen werden kann. Der Begriff der „*arbeitsfreien Tage*“ beschränkt sich hingegen nicht nur auf gesetzliche Feiertage iSd Arbeitszeit-RL, da dies dem Ziel der Leiharbeits-RL nicht entsprechen würde. Von diesem Begriff sind vielmehr auch Freizeit an betrieblich gewährten freien Arbeitstagen (zB 24./31. Dezember) sowie Freistellungen im Zusammenhang mit wichtigen persönlichen Ereignissen (Hochzeiten, Geburten udgl) umfasst, wenn diese vergleichbaren AN des Beschäftigers zustehen. Darüber hinaus hat die Untersuchung ergeben, dass vom Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf die Arbeitszeit auch die *Lage der Arbeitszeit* umfasst ist.

Schwierigkeiten bereitete auch die Bestimmung des Begriffes „*Urlaub*“. Hier sprach das Gros der Argumente für eine weite Auslegung. Der Anspruch auf Gleichbehandlung beim Urlaub iSd Leiharbeits-RL geht über den jährlichen (bezahlten) Erholungsurlaub hinaus und umfasst zB auch erhöhte Urlaubsansprüche, Verbesserungen bei der Vordienstzeitenanrechnung und Betriebsurlaube. Bei der Gewährung zusätzlicher Urlaubstage ist aber zu beachten, dass dieser Anspruch in den ersten sechs Monaten nur aliquot entsteht. Zudem konnte festgestellt werden, dass ein überlassener AN auch mit dem Beschäftiger eine Urlaubsvereinbarung für einen Urlaubszeitraum wirksam schließen kann, der in die Phase der jeweiligen Überlassung fällt. Eine Ausnahme besteht aber hinsichtlich der Umstellung des Urlaubsjahres. Ist im Beschäftigerbetrieb eine Umstellungen vom Arbeits- auf das Kalenderjahr vorgesehen, ist eine solche für überlassene Arbeitskräfte nicht vorzunehmen.

Des weiteren hat eine historische, systematische wie auch teleologische Auslegung ergeben, dass sich im Rahmen des § 10 Abs 3 AÜG den arbeitszeitrechtlichen auch die entgeltrechtlichen Auswirkungen angleichen. § 10 Abs 3 AÜG steht daher im Hinblick auf die Aspekte der Arbeitszeit zwar grds in Konkurrenz zur Entgeltregelung des § 10 Abs 1 S 4 AÜG, verdrängt diese als speziellere Norm aber insoweit. Dieselben Überlegungen treffen auch auf die anderen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gem § 10 Abs 3 AÜG zu.

Da sich der Anspruch auf Gleichbehandlung bei Aspekten der Arbeitszeit und des Urlaubes nicht auf einen KollV, sondern unmittelbar auf § 10 Abs 3 AÜG stützt, erwirbt auch eine arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskraft einen *gesetzlichen* Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf diese Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Dasselbe gilt hinsichtlich § 10 Abs 1 S 4 AÜG. Arbeitnehmerähnliche Überlassene unterliegen dieser Ausnahmebestimmung nicht, weshalb auf ihr Rechtsverhältnis stets die sonstigen verbindlichen Bestimmungen allg Art zur Anwendung kommen.

In einem nächsten Schritt konnte auch geklärt werden, was unter dem Passus „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“ zu verstehen ist. Sowohl der Wortlaut als auch historische, systematische und teleologische Argumente sprechen hier eindeutig für ein weites Begriffsverständnis. Unzweifelhaft sind daher zum einen BVen iSd § 29 ArbVG, Satzungen und Mindestlohtarife auf überlassene Arbeitskräfte anwendbar. Darüber hinaus sind auch nichtige BVen, Betriebsübungen, Unternehmens- und Konzernrichtlinien udgl erfasst. Soweit sich ein Stamm-AN auf solche verbindlichen, allgemeinen, wenn auch ungeschriebenen Bestimmungen berufen kann, muss das auch für überlassene Arbeitskräfte gelten. Nicht erfasst, da nicht allgemein, sind Ansprüche, die lediglich auf den individuellen Verhandlungserfolg eines AN zurückzuführen sind. Dieses Auslegungsergebnis entspricht auch der Auffassung der von der Kommission beauftragten Expertengruppe zur Umsetzung der Leiharbeits-RL.

Im Hinblick auf die Europarechtskonformität der Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 S 4 AÜG konnte gezeigt werden, dass der österreichische Gesetzgeber einen Weg beschritten hat, der weder mit der Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 2 noch Abs 3 Leiharbeits-RL in Einklang gebracht werden kann. Da § 10 Abs 1 Satz 4 AÜG weder durch die eine noch die andere Ausnahmebestimmung (völlig) gedeckt wird, ist diese Bestimmung daher richtlinienwidrig. Eine gesetzliche Anpassung ist daher dringend erforderlich.

3. Kapitel: Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen

1. Einleitung

Art 6 Abs 4 der Leiharbeits-RL gewährt Leiharbeitnehmern im Beschäftigerbetrieb zu den gleichen Bedingungen wie den unmittelbar vom Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten, insb zur Gemeinschaftsverpflegung, zu Kinderbetreuungseinrichtungen und zu

Beförderungsmitteln, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus objektiven Gründen gerechtfertigt. Dieser Anspruch wurde national in § 10 Abs 6 AÜG umgesetzt und stellt den Rechtsanwender seither vor schwierige Anwendungsfragen. Insbesondere ist unklar, ob die von der Leiharbeits-RL verwendeten Begriffe „*Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste*“ dasselbe bezeichnen wie das in § 10 Abs 6 AÜG verwendete Begriffspaar „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“. Die Beantwortung dieser Frage ist va im Hinblick auf den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahmen relevant, da hier insb eine Abgrenzung zum Arbeitsentgelt gem § 10 Abs 1 AÜG notwendig ist. Strittig ist auch die Reichweite des Anspruches auf gleichberechtigten Zugang. Der Anspruch gem § 10 Abs 6 AÜG richtet sich zwar grds gegen den Beschäftiger, fraglich ist aber, ob es relevant ist von wem die Leistung konkret erbracht wird. Schlussendlich ist zu klären, welche sachlichen Gründe geeignet sind, um den Anspruch überlassener Arbeitskräfte auf Gleichbehandlung zulässigerweise auszuschließen. In der Folge werden diese Fragen einer eingehenden Untersuchung unterzogen. Am Ende erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

2. Begriffsbestimmung

2.1. Allgemeines

In der Folge ist der Inhalt des Begriffspaares „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ iSd § 10 Abs 6 AÜG zu bestimmen. Da § 10 Abs 6 AÜG der Umsetzung des Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL dient, sind somit in einem ersten Schritt die Vorgaben der Leiharbeits-RL zu untersuchen. Im Anschluss daran wird der Versuch unternommen die Begriffe Wohlfahrtseinrichtung sowie Wohlfahrtsmaßnahme iSd AÜG zu definieren. Eine Begriffsbestimmung ist va im Hinblick auf den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme iSd AÜG unumgänglich, da – wie noch zu zeigen sein wird – dieser insb vom Anspruch gem § 10 Abs 1 AÜG abzugrenzen ist.

2.2. Vorgaben der Leiharbeits-RL

§ 10 Abs 6 AÜG hat seinen Ursprung auf der Ebene des Europarechts. Die Bestimmung dient der Umsetzung des Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL ins nationale Recht. Nach den Materialien¹⁰²⁷ zur Umsetzung entspricht § 10 Abs 6 AÜG („*Wohlfahrtseinrichtungen und*

¹⁰²⁷ Vgl ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4.

-maßnahmen“) dem Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL („*Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten*“). Zur Bestimmung des Inhalt des Begriffspaars „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ gem § 10 Abs 6 AÜG muss daher iS einer europarechtskonformen Interpretation auf die zugrundeliegenden Bestimmung der Leiharbeits-RL zurückgegriffen werden. In einem ersten Schritt ist daher zu klären, welchen Inhalt der europäische Gesetzgeber dem in Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL verwendeten Begriffspaar „*Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten*“ beimisst.

In der Leiharbeits-RL findet sich keine Definition des Begriffspaars „*Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste*“ und auch die Materialien zum Gesetzgebungsprozess liefern keine Erkenntnisse.¹⁰²⁸ Ein erster Anhaltspunkt zur Begriffsbestimmung findet sich im Telos der Leiharbeits-RL (Art 2 Leiharbeits-RL). Dieser spricht für eine **weite Auslegung** der Vorgaben des Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL und damit auch der Begriffe „*Gemeinschaftseinrichtungen und -maßnahmen*“ zugunsten der Leiharbeitnehmer.¹⁰²⁹ Es ist davon auszugehen, dass sich der Schutz der Leiharbeitnehmer und die Verbesserung der Qualität der Leiharbeit umso eher verwirklichen lassen, je intensiver Leiharbeitnehmer an „*Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten*“ beim entleihenden Unternehmen teilhaben können. Eine restriktive Auslegung wäre zudem auch gar nicht notwendig, da Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL ohnedies die Möglichkeit vorsieht, den Zugangsanspruch einzuschränken.¹⁰³⁰

Ein nächster Anhaltspunkt ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut¹⁰³¹ des Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL in Verbindung mit dem Telos der Norm. Daraus kann zum einen geschlossen werden, dass das Begriffspaar „*Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste*“ nur Einrichtungen oder Dienste umfasst, die der Beschäftiger einer Gemeinschaft seiner Arbeitnehmer, also einem generell-abstrakten Adressatenkreis, gewährt. Die Leistungen müssen somit **kollektiven Charakter** besitzen. Leistungen, die der Beschäftiger

¹⁰²⁸ Der europäische Gesetzgeber spricht noch in KOM(2002) 149 endg (4) von „*sozialen Einrichtungen*“, in KOM(2002) 701 endg (4, 13) erfolgt dann in der Abänderung Nr 49 die „*Präzisierung*“ des Begriffs der sozialen Einrichtung mit dem Begriffspaar „*Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste*“. Vorgeschlagen war aber eingangs nur die Abänderung in „*Gemeinschaftseinrichtungen*“, um „*ausdrücklicher anzugeben, welche Dienstleistungen/Einrichtungen unter diese Bestimmung fallen*“, vgl A5-0356/2002, 34f.

¹⁰²⁹ IdS schon zutr *Sanone*, Gleichstellung 497; zust *Hamann*, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 337; aA *Lembke* (Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern, NZA 2011, 323) wonach Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL Ausnahmecharakter zukommt, da hier der gegen den Vertragsarbeitgeber (Überlasser) gerichtete Anspruch auf Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL) auf einen Dritten (Beschäftiger) erstreckt wird.

¹⁰³⁰ Danach kann der Zugang aus sachlichen Gründen verweigert werden.

¹⁰³¹ Vgl Deutsch: „*Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste*“; Englisch: „*amenities or collective facilities*“; Französisch: „*installations et équipements collectifs*“.

ausgewählten AN individuell gewährt, unterliegen im Umkehrschluss daher nicht dem Zugangsanspruch gem Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL.¹⁰³² Zum anderen kann daraus geschlossen werden, dass die Einrichtung oder der Dienst einen „**Gemeinschaftsaspekt**“ aufweisen muss. Das ergibt sich nicht nur unmittelbar aus dem Wortlaut (arg „*Gemeinschaft*“), sondern auch aus dem Telos der Norm. Danach soll durch den gleichberechtigten Zugang zu solchen Einrichtungen oder Diensten insb die **betriebliche Integration** von Leiharbeitnehmern beim entleihenden Unternehmen gefördert werden.¹⁰³³

Als **Zwischenergebnis** kann somit festgehalten werden, dass das Begriffspaar „*Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste*“ iSd Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL weit auszulegen ist. Es muss sich hierbei um Einrichtungen oder Dienste handeln, die einen kollektiven Charakter und somit einen „*Gemeinschaftsaspekt*“ aufweisen. Individuelle (Geld-)Leistungen, die nicht der Förderung der betrieblichen Integration dienen, sind daher nicht unter Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL zu subsumieren.

2.3. Schlussfolgerungen für die Auslegung von § 10 Abs 6 AÜG

Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL wurde innerstaatlich in § 10 Abs 6 AÜG umgesetzt. Der österreichische Gesetzgeber verwendete im Rahmen der Umsetzung nicht die Begrifflichkeiten der Leiharbeits-RL („*Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste*“), sondern die ursprünglich aus dem Betriebsverfassungsrecht stammenden Begriffe „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“. Das AÜG enthält keine Definition und die Materialien keinen Hinweis¹⁰³⁴ auf den genauen Inhalt dieses Begriffspaares im Rahmen des § 10 Abs 6 AÜG.

Auf den ersten Blick deutet die Begriffswahl „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ in § 10 Abs 6 AÜG darauf hin, dass der Gesetzgeber damit eine **Anpassung an die Begrifflichkeiten des ArbVG** intendiert hat.¹⁰³⁵ Für diese Ansicht sprechen zum einen die Beispiele, die § 10 Abs 6 AÜG zur Veranschaulichung des Inhalts von WEM iSd

¹⁰³² So auch schon *Lembke*, NZA 2011, 324; idS auch *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

¹⁰³³ So schon die Folgenabschätzung der Kommission zu Art 6 Abs 4 in KOM(2002) 149 endg 40; wiederholt in Expert Group Report (2011) 38; idS wohl auch *Schrattbauer/Goricnik*, wbl 2013, 123.

¹⁰³⁴ ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4. Natürlich abgesehen davon, dass § 10 Abs 6 AÜG grds dem Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL entspricht. Dazu sogleich mehr.

¹⁰³⁵ So zutr *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Ders*, ZAS 2012/61, 343; zust *Bruckmüller*, Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen für überlassene Arbeitskräfte: Die (Un-)Klarheiten des § 10 Abs 6 AÜG, eolex 2013, 551 (insb FN 20); ebenso *Burz*, eolex 2012, 1095; *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 237.

AÜG gibt. Dabei handelt es sich um Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel. Diese Beispiele wurden wortgleich aus Art 3 Abs 4 der Leiharbeits-RL übernommen und stellen allesamt Wohlfahrtseinrichtungen iSd ArbVG dar. Es ist daher grundsätzlich von einer bestimmten Deckung der Begriffe „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ iSd ArbVG mit dem aus der Leiharbeits-RL stammenden Begriffspaar „*Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste*“ auszugehen. Durch die Verwendung der Begriffe des ArbVG wird der Anspruch überlassener Arbeitskräfte gem § 10 Abs 6 AÜG zudem optimal in das gewachsene österreichische Rechtssystem eingepasst. Es kann daher zur Bestimmung der Begriffe „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ iSd AÜG bis zu einem gewissen Grad auf die für das ArbVG herausgearbeiteten Definitionen zurückgegriffen werden.

Da § 10 Abs 6 AÜG aber in Umsetzung des Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL erlassen wurde und auch die Materialien¹⁰³⁶ davon ausgehen, dass § 10 Abs 6 AÜG dem Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL entspricht, ist – trotz der grds Möglichkeit des Rückgriffs auf die Begriffsbestimmungen des ArbVG – dennoch (im Zweifel) eine **richtlinienkonforme Auslegung** der Begriffe „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ iSd AÜG geboten.¹⁰³⁷

Die Untersuchung des Begriffspaares „*Gemeinschaftseinrichtungen und -maßnahmen*“ im vorangegangenen Kapitel hat ergeben, dass diese Begriffe durch das Vorliegen zweier wesentlicher Merkmale gekennzeichnet sind. Umgelegt auf das Begriffspaar „*Wohlfahrtseinrichtungen oder -maßnahmen*“ iSd AÜG bedeutet das, dass sich WEM in diesem Sinn an ein **Kollektiv** von Arbeitnehmern richten müssen.¹⁰³⁸ Es ist dabei nicht relevant, ob es sich bei den Leistungsempfängern um eine Gruppe von Arbeitnehmern oder die gesamte Belegschaft handelt. Lediglich einzelnen Arbeitnehmern individuell gewährte Leistungen können weder unter Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL noch unter § 10 Abs 6 AÜG subsumiert werden.¹⁰³⁹ In diesem Punkt stimmt somit die Vorgabe der Leiharbeits-RL auch mit der nationalen Begriffsbestimmung überein. Auch „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ iSd ArbVG richten sich begriffsnotwendig an

¹⁰³⁶ Vgl ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4.

¹⁰³⁷ In diese Richtung auch schon *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 86 („*autonom*“).

¹⁰³⁸ IdS auch schon zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 86f; *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 30f; so schon *Pöschl/Unterrieder*, eolex 2012, 1001: „*freiwillige Sozialleistungen, die sich an die Allgemeinheit richten*“, meinen aber offensichtlich eine betriebsinterne Allgemeinheit; in diese Richtung auch schon *Schlitzer*, infas 2013, 11.

¹⁰³⁹ So schon zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 87; *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 31.

ein Kollektiv von AN, unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine Gruppe von AN oder die gesamte Belegschaft handelt.

Zum anderen müssen „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ iSd AÜG bei richtlinienkonformer Interpretation einen „**Gemeinschaftsaspekt**“ zur Förderung der betrieblichen Integration aufweisen. Im Gegensatz dazu verfolgen Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen iSd ArbVG das Ziel die „*Wohlfahrt*“ der Arbeitnehmer zu fördern. Unter „*Wohlfahrt*“ iSd ArbVG wird die Förderung der wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der Belegschaft (§ 38 ArbVG) verstanden. Obwohl sich diese Zwecke idR decken, können sich hier durchaus auch **Unterschiede** ergeben. Diese werden va bei der Abgrenzung von Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 AÜG vom Anspruch auf Gleichbehandlung gem § 10 Abs 1 AÜG bedeutsam. Im Zweifel ist aber jedenfalls eine richtlinienkonforme Interpretation angezeigt.

Zusammenfassend ist das Begriffspaar „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ iSd § 10 Abs 6 AÜG somit richtlinienkonform auszulegen, wobei bis zu einem gewissen Grad auf die für das ArbVG herausgearbeiteten Definitionen zurückgegriffen werden kann. Danach ist einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich die Einrichtung oder Maßnahme des Beschäftigerbetriebes an ein Kollektiv von AN richtet und der Förderung des Wohls der AN dient. Wird dies bejaht, besitzen überlassene Arbeitskräfte gem § 10 Abs 6 AÜG einen Zugangsanspruch. Im Zweifel wird es iS einer richtlinienkonformen Interpretation darauf ankommen müssen, ob die Einrichtung oder Maßnahme einen „*Gemeinschaftsaspekt*“ aufweist, dh der Förderung der betrieblichen Integration dient.¹⁰⁴⁰

Da diese Definiton zur Abgrenzung in Zweifelsfällen immer noch zu allgemein ist, wird in der Folge – ausgehend von den im Rahmen des ArbVG entwickelten Begriffsdefinitionen – der Versuch einer Definition der Begriffe *Wohlfahrtseinrichtungen* und *Wohlfahrtsmaßnahmen* iSd AÜG unternommen.

¹⁰⁴⁰ Etwas allgemeiner hier zB *Burger in Raschauer/Resch*, Neuerungen 87: „*planmäßiges Vorgehen des Beschäftigers zur Wahrnehmung sozialer Belange seiner Belegschaft, zur Förderung des Wohlergehens seiner Mitarbeiter, zur Steigerung des Wohlbefindens seiner Betriebsangehörigen*“; oder *Schlitzer*, infas 2013, 11: „*Sozialleistungen*“ gegenüber der gesamten Belegschaft.

2.4. Wohlfahrtseinrichtungen

Der Begriff Wohlfahrtseinrichtung wird in den §§ 73, 74, 93, 95 und 97 Abs 1 Z 19 ArbVG erwähnt und durch die Judikatur näher beschrieben.¹⁰⁴¹ Er ist grds weit auszulegen.¹⁰⁴² Unter einer Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG versteht die hA¹⁰⁴³ ein auf Dauer errichtetes und mit einer gewissen Organisation ausgestattetes Substrat aus sachlichen und/oder finanziellen Mitteln zur Förderung der sozialen Interessen der AN („*substantielle Wohltat*“). Sie muss sich an die Gesamtheit oder Teile der Belegschaft richten, unabhängig davon, welches einzelne Belegschaftsmitglied die Leistung jeweils in Anspruch nimmt.¹⁰⁴⁴ Die Bewertung, ob eine Einrichtung und/oder Leistung der „*Wohlfahrt*“ – und somit der Förderung der wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der Belegschaft (§ 38 ArbVG) – dient, ist objektiv zu treffen.¹⁰⁴⁵ Die Motivlage des BI ist hierbei irrelevant.¹⁰⁴⁶

Wie bereits dargestellt wurde, können diese Wertungen bis zu einem gewissen Grad auch zur Begriffsbestimmung einer Wohlfahrtseinrichtung iSd § 10 Abs 6 AÜG nutzbar gemacht werden. Bei richtlinienkonformer Interpretation ergibt sich nach mE somit folgende Defintion des Begriffs der Wohlfahrtseinrichtung iSd AÜG:

Eine **Wohlfahrtseinrichtung iSd § 10 Abs 6 AÜG** ist durch das Vorhandensein eines gewissen „*sachlichen, personellen und/oder finanziellen Substrats*“¹⁰⁴⁷ mit

¹⁰⁴¹ Vgl dazu OGH 04.12.1991, 9 ObA 212/91.

¹⁰⁴² Vgl *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 95 Rz 4; *Felten* in *Tomandl*, ArbVG § 73 Rz 18; *Haider* in *ZellHB BV Rz 13.13*; *Priewasser*, Betriebsratsfonds 71ff; *Reissner* in *ZellKomm*² § 95 Rz 5.

¹⁰⁴³ Vgl stRsp des OGH, insb OGH 24.02.1987, 14 ObA 5/87, Arb 10609 = RdW 1987, 236; („*Mindestmaß an Institutionalisierung und innerer Organisation*“); OGH 04.12.1991, 9 ObA 212/91; OGH 13.09.1995, 9 ObA 77/95, DRdA 1996/28, 315 (*Eypeltauer*) = ZAS 1996/20, 167 (*Binder*); OGH 21.05.2007, 8 ObA 4/07g („*ein auf Dauer angelegtes, mit einer gewissen Organisation ausgestattetes Substrat aus sachlichen und/oder finanziellen Mitteln*“); für das Schrifttum, statt vieler zB grundlegend *Eypeltauer* (Die Mitwirkung des Betriebsrates an betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen, DRdA 1986/2, 106), *Binder* (in *Tomandl*, ArbVG § 95 Rz 3), *Radner/Preiss* (in *ArbVR II*⁵ § 73 Rz 22) oder auch *Haider* (in *ZellHB BV Rz 13.20*) je mwN.

¹⁰⁴⁴ Vgl dazu stRsp des OGH RIS-Justiz RS0051117; OGH 27.06.1990, 9 ObA 170/90, wbl 1990, 376 = RdW 1991, 21 = Arb 10875; OGH 13.11.1997, 8 ObA 219/97g, DRdA 1999/7, 49 (*Wachter*) = ZAS 1998/16, 173 (*Pircher*); auch *Haider* in *ZellHB BV Rz 30.03*; idS schon ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 82 („*Soweit von mitwirkungspflichtigen ‚Maßnahmen‘ gesprochen wird, sind nur jene genereller Art gemeint*“).

¹⁰⁴⁵ Vgl *Eypeltauer*, DRdA 1986/2, 107; auch *Reissner* in *ZellKomm*² § 95 Rz 7; *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 95 Rz 32. Zu mangelnden sozialen Aspekten vgl OGH 15.03.2000, 9 ObA 314/99p, RdW 2001/183, 164.

¹⁰⁴⁶ Vgl *Korenjak*, Wohlfahrtseinrichtungen nach dem Arbeitsverfassungsgesetz (2009) 62.

¹⁰⁴⁷ Hierzu passen auch die in § 10 Abs 6 AÜG genannten Beispiele. In diese Richtung bereits *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Ders*, ZAS 2012/61, 343; zust *Bruckmüller*, ecolex 2013, 551 (insb FN 20); ebenso *Burz*, ecolex 2012, 1095; idS auch *Burger* in *Wachter/Burger*,

kollektivem Charakter gekennzeichnet, das auf Dauer Leistungen zur Förderung der wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der Belegschaft erbringt. Im Zweifel kommt es zur Bestimmung des Zugangsanspruchs iS einer richtlinienkonformen Auslegung darauf an, ob die Einrichtung einen „*Gemeinschaftsaspekt*“ aufweist, dh der Förderung der betrieblichen Integration dient.

Zu den Wohlfahrtseinrichtungen zählen danach zB das Zugangsrecht zu betrieblichen Sportanlagen, die Inanspruchnahme von Kinderbetreuungsplätzen oder einer Werkskantine.¹⁰⁴⁸ Aber auch Erholungsheime, Werkmietwohnungen oder Firmenparkplätze, betriebseigene Tankstellen zum verbilligten Bezug von Kraftstoff sowie Einrichtungen zum verbilligten Personaleinkauf sind zu subsumieren.¹⁰⁴⁹

2.5. Wohlfahrtsmaßnahmen

Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL erfasst neben „*Gemeinschaftseinrichtungen*“ auch „*Gemeinschaftsdienste*“. Der Begriff des „*Gemeinschaftsdienstes*“ wurde national in § 10 Abs 6 AÜG als „*Wohlfahrtsmaßnahme*“ umgesetzt und war wohl als Auffangtatbestand gedacht.¹⁰⁵⁰

Der Begriff der „*Wohlfahrtsmaßnahme*“ wird im ArbVG nur an zwei Stellen (§§ 73f ArbVG) im Zusammenhang mit Zuwendungen des Betriebsratsfonds an die Arbeitnehmerschaft verwendet. Eine Wohlfahrtsmaßnahme iSd ArbVG ist im Gegensatz zu einer Wohlfahrtseinrichtung punktueller Natur. Anders als für eine Wohlfahrtseinrichtung ist für eine Wohlfahrtsmaßnahme iSd ArbVG gerade das Fehlen eines gewissen „*sachlichen, personellen und/oder finanziellen Substrats*“ kennzeichnend. Sie wird in sich abgeschlossen gewährt (sachlich oder zeitlich) und muss immer wieder neu initiiert werden.¹⁰⁵¹ Wie eine Wohlfahrtseinrichtung muss sich aber auch eine Wohlfahrtsmaßnahme an ein Kollektiv von AN richten.¹⁰⁵² Wie bereits ausgeführt, können

Entwicklungen 31. Diese Autoren, mit Ausnahme von *Schörghofer*, stellen allein auf das Vorhandensein einer „*Institutionalisierung*“ ab. *Eypeltauer* (DRdA 1986/2, 104) wies aber schon zu Recht darauf hin, dass „*Institution*“ eigentlich mit „*Einrichtung*“ gleichzusetzen ist und damit die Umschreibung einer Wohlfahrtseinrichtung als eine „*institutionalisierte Einrichtung*“ auf einen Pleonasmus hinausläuft.

¹⁰⁴⁸ So schon zutr *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 239.

¹⁰⁴⁹ Vgl zutr *Lembke*, NZA 2011, 325.

¹⁰⁵⁰ In diese Richtung schon *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 87; auch *Schrank*, RdW 2013/38, 33.

¹⁰⁵¹ Vgl *Eypeltauer*, DRdA 1986/2, 104; *Haider* in *ZellHB BV Rz 30.07*; aA hinsichtlich der Voraussetzung der Dauer *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 239.

¹⁰⁵² Zur Abgrenzung von Wohlfahrtsmaßnahmen von individuellen Leistungszusagen, vgl OGH 13.09.1995, 9 ObA 77/95, DRdA 1996/28, 315 (*Eypeltauer*) = ZAS 1996/20, 167 (*Binder*); OGH 22.10.1997,

diese Wertungen bis zu einem gewissen Grad auch zur Bestimmung des Begriffs einer Wohlfahrtsmaßnahme iSd § 10 Abs 6 AÜG nutzbar gemacht werden. Bei richtlinienkonformer Interpretation ergibt sich nach mE somit folgende Definition des Begriffs der Wohlfahrtsmaßnahme iSd AÜG:

Eine **Wohlfahrtsmaßnahme iSd § 10 Abs 6 AÜG** ist eine Maßnahme mit kollektivem Charakter, die im Gegensatz zu einer Wohlfahrtseinrichtung nur punktuell zur Förderung der wirtschaftlichen¹⁰⁵³, sozialen, gesundheitlichen und/oder kulturellen Interessen der Belegschaft gesetzt wird und der ein *sachliches, personelles und/oder finanzielles Substrat* fehlt.¹⁰⁵⁴ Im Zweifel kommt es iS einer richtlinienkonformen Interpretation darauf an, ob die Maßnahme einen „*Gemeinschaftsaspekt*“ aufweist, dh der Förderung der betrieblichen Integration dient.¹⁰⁵⁵ Zu den Wohlfahrtsmaßnahmen iSd AÜG zählen zB Impfkationen¹⁰⁵⁶ oder sonstige freiwillige Gesundheitsleistungen wie zB Massagen, Rückentrainings, Gymnastikkurse oder psychologische Betreuungen.¹⁰⁵⁷

9 ObA 105/97z, DRdA 1998/29, 268 (*Eypeltauer*); OGH 13.11.1997, 8 ObA 219/97g, ZAS 1998/16, 173 (*Pircher*) = DRdA 1999/7, 49 (*Wachter*); vgl dazu auch *Kallab* in ZellKomm² § 73 ArbVG Rz 12; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 11/153.

¹⁰⁵³ Wobei zu beachten ist, dass nach Ansicht des OGH rein wirtschaftliche Zwecke nicht ausreichend sind. Für das Vorliegen einer Wohlfahrtsmaßnahme ist auch auf soziale Gesichtspunkte Bedacht zu nehmen, vgl OGH 15.03.2000, 9 ObA 314/99p. Diese Voraussetzung hat auch für Wohlfahrtsmaßnahmen iSd AÜG zu gelten und deckt sich insofern mit der Voraussetzung des „*Gemeinschaftsaspekts*“.

¹⁰⁵⁴ Eine aA vertreten *Schrank* (RdW 2013/38, 33) und ihm folgend *Haider* (in ZellHB BV Rz 30.40) im Hinblick auf die Erforderlichkeit eines bestimmten Organisationsgrades für das Vorliegen einer Wohlfahrtsmaßnahme iSd AÜG. Nach dieser Ansicht liegen auch Wohlfahrtsmaßnahmen iSd nur bei Vorhandensein eines gewissen – im Gegensatz zu Wohlfahrtseinrichtungen nicht sichtbaren – Organisationsgrades vor, weshalb bloße Entgeltleistungen keine Wohlfahrtsmaßnahmen sein können. Eine Erklärung, warum Entgeltleistungen des Beschäftigten keiner Organisation bedürfen, bleiben die Autoren ebenso schuldig wie eine Antwort auf die Frage, worauf sich das Erfordernis eines gewissen Organisationsgrades grundsätzlich stützt. Der Verweis auf den von der Leiharbeitsrichtlinie verwendeten Begriff des *Gemeinschaftsdienstes* iS eines gemeinschaftsbezogenen *Wohlfahrtsdienstes* ist nach mE für die Begründung einer so weitreichenden Einschränkung des Anspruches auf gleichberechtigten Zugang entgegen dem Telos der Leiharbeits-RL jedenfalls nicht ausreichend.

¹⁰⁵⁵ Im Ergebnis ähnlich, allerdings die wirtschaftlichen Interessen weglassend, *Schrank*, RdW 2013/38, 33 („*gemeinschaftsbezogener Wohlfahrtsdienst*“); aA *Haider* (in ZellHB BV Rz 30.40 [insb FN 61]), der sich für eine engere Auslegung des Begriffs Wohlfahrtsmaßnahme iSd AÜG ausspricht („*dienstebezogene[r], engere[r] Sinn*“).

¹⁰⁵⁶ Ebenso *Burger* (in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 31), aber mit der Einschränkung, dass die Impfkation nicht als Entgelt gewährt wird.

¹⁰⁵⁷ Vgl zutr *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 550; *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 31; größtenteils dieselbe Aufzählung findet sich in *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 88; idS auch *Pöschl/Unterrieder*, *ecolex* 2012, 1001.

3. Abgrenzungsfragen

3.1. Problemaufriss

Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen stellen sich immer wieder schwierige Abgrenzungsfragen. Im nächsten Abschnitt sind in diesem Zusammenhang drei wesentliche Problempunkte zu klären.

Erstens ist zu untersuchen, ob der Anspruch gem § 10 Abs 6 AÜG potentiell auch als Grundlage für einen Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zu Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen dienen kann. Zweitens wird der Frage nachgegangen, ob die nicht von § 10 Abs 1a AÜG erfassten Arten der betrieblichen Altersvorsorge (§ 2 Z 2 und Z 3 BPG) unter den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme iSd § 10 Abs 6 AÜG subsumierbar sind. Drittens bereitet die Abgrenzung zwischen „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ gem § 10 Abs 1 S 4 AÜG und Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 AÜG in einigen Fällen Schwierigkeiten. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob unter Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 AÜG auch Maßnahmen mit Entgeltcharakter (iSd Gewährung entgeltwerter Vorteile) zu subsumieren sind.

3.2. Zugang zu Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen

Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen können auch als Wohlfahrtsmaßnahmen iSd ArbVG organisiert sein.¹⁰⁵⁸ Im Folgenden ist zu klären, ob der Anspruch gem § 10 Abs 6 AÜG potentiell auch als Grundlage für einen Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zu solchen **Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen** dienen kann.

Gegen eine solche Subsumtion spricht zum einen der Umstand, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen mit **§ 12 Abs 5 AÜG** eine spezielle Regelung geschaffen hat. Danach sind der Überlasser und der Beschäftigte verpflichtet, in geeigneter Weise den Zugang von überlassenen Arbeitskräften zu Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen in ihren Betrieben zu fördern, um deren berufliche Entwicklung und Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu unterstützen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber überlassenen Arbeitskräften einen über diese allgemein gehaltene Verpflichtung hinausgehenden, einklagbaren Anspruch gem § 10 Abs 6 AÜG einräumen

¹⁰⁵⁸ Zur Abgrenzung zu Angelegenheiten der *betrieblichen* Berufsausbildung und Schulung gem § 94 ArbVG, vgl *Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 94 Rz 45.

wollte.¹⁰⁵⁹ § 12 Abs 5 AÜG ist daher als **lex specialis** zu § 10 Abs 6 AÜG anzusehen. Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen sind daher allein nach § 12 Abs 5 AÜG zu beurteilen.

Zusätzlich könnte andererseits für dieses Ergebnis sprechen, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des Sozial- und Weiterbildungsfonds ohnehin über die Vorgaben des Art 6 Leiharbeits-RL hinausging.¹⁰⁶⁰

Im Anbetracht dieses Auslegungsergebnisses kann die Prüfung der Frage, ob Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen im Beschäftigterbetrieb grds unter den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme iSd AÜG subsumierbar wären, unterbleiben.

3.3. Abgrenzung zu § 10 Abs 1a AÜG

Es wurde bereits festgestellt, dass Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL – insb im Hinblick auf den Schutzzweck der Leiharbeits-RL – **weit auszulegen** ist. Für Deutschland wird daher in diesem Zusammenhang zT vertreten, dass zB auch Leistungen des Beschäftigers an Unterstützungs- oder Pensionskassen von Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL erfasst werden.¹⁰⁶¹ Die Frage, ob unter die österr Umsetzung in § 10 Abs 6 AÜG auch Leistungen an Unterstützungs- oder Pensionskassen zu subsumieren sind, hat in der Vergangenheit zu einer regen Diskussion im Schrifttum¹⁰⁶² geführt. Judikatur zu dieser Frage fehlt aber bislang mangels eines Anlassfalls.

Eingangs ist festzustellen, dass der Gesetzgeber durch die Einführung des **§ 10 Abs 1a AÜG** national eine besondere Situation geschaffen hat. Diese Bestimmung wurde zwar ebenfalls im Zuge der Umsetzung der Leiharbeits-RL ins AÜG eingeführt, anders als § 10 Abs 1 und Abs 3 AÜG dient § 10 Abs 1a AÜG aber nicht der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben. Im Hinblick auf § 10 Abs 1a AÜG ist daher in erster Linie der Wille des österreichischen Gesetzgebers zu erforschen.¹⁰⁶³

¹⁰⁵⁹ So schon zutr *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552; *Pöschl/Unterrieder*, *ecolex* 2012, 1001; *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 238.

¹⁰⁶⁰ Vgl *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552.

¹⁰⁶¹ So zB *Sanone*, *Gleichstellung* 497, 503. Hier sei aber bei Überlassungen für kurze Zeit eine Ausnahme aus objektiven Gründen möglich, da hier eine Einbeziehung wenig praktikabel erscheint. AA *Hamann*, *RdA* 2011, 337; *Lembke*, *NZA* 2011, 324f.

¹⁰⁶² Vgl *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 551; *Schörghofer*, *ZAS* 2012/61, 343.

¹⁰⁶³ So auch schon *Schörghofer*, *ZAS* 2012/61, 343. Für diese Ansicht spricht auch Art 5 Abs 4 Leiharbeits-RL. Aus dieser Bestimmung kann abgeleitet werden, dass „Systeme der sozialen Sicherheit, einschließlich Rentensysteme“ keine wesentlichen Arbeitsbedingungen iSd Leiharbeits-RL sind.

§ 10 Abs 1a AÜG normiert einen Anspruch überlassener AN auf Einbeziehung in das Betriebspensionssystem des Beschäftigers, wenn sie für mehr als vier Jahre an ein und denselben Beschäftiger überlassen wurden. Dieser Anspruch besteht nur hinsichtlich Leistungszusagen iSd § 2 Z 1 BPG¹⁰⁶⁴. Überlassene Arbeitskräfte haben daher im Umkehrschluss keinen Anspruch auf Einbeziehung in direkte Leistungszusagen (§ 2 Z 2 BPG) sowie in Lebensversicherungen (§ 2 Z 3 BPG) des Beschäftigers. Es stellt sich daher die Frage, ob diese von § 10 Abs 1a AÜG nicht umfassten Leistungen (§ 2 Z 2 und Z 3 BPG) unter den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme iSd § 10 Abs 6 AÜG subsumierbar sind.

Es ist davon auszugehen, dass im Hinblick auf die betriebliche Altersvorsorge mit § 10 Abs 1a AÜG eine Regelung geschaffen wurde, die als **lex specialis** zu § 10 Abs 6 AÜG anzusehen ist. § 10 Abs 1a AÜG regelt die betriebliche Altersvorsorge überlassener Arbeitskräfte beim Beschäftiger abschließend.¹⁰⁶⁵ Keine Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 AÜG stellen folglich jene betrieblichen Systeme der Altersvorsorge dar, die nicht unter die Spezialregelung des § 10 Abs 1a AÜG fallen.

Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch die unterschiedlichen Zielrichtungen von § 10 Abs 1a und Abs 6 AÜG gestützt.¹⁰⁶⁶ § 10 Abs 6 AÜG schafft einen Anspruch auf Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen mit dem Ziel, die soziale Integration überlassener AN während der Überlassung zu fördern.¹⁰⁶⁷ Im Gegensatz dazu bezweckt § 10 Abs 1a AÜG die Förderung des Zugangs zur betrieblichen Altersvorsorge beim Beschäftiger ab einer bestimmten Überlassungsdauer.

Zudem wäre die Einbeziehung auch im Hinblick auf das **Ergebnis** eines solchen Anspruches höchst fragwürdig. Die Subsumtion unter § 10 Abs 6 AÜG würde – konsequent zu Ende gedacht – dazu führen, dass überlassene Arbeitskräfte **ab dem ersten Tag** der Überlassung unter den gleichen Bedingungen wie vergleichbare AN des Beschäftigers einen Zugangsanspruch zu den von § 10 Abs 1a AÜG nicht erfassten Arten der betrieblichen Altersvorsorge (§ 2 Z 2 und 3 BPG) besitzen. Überlassene wären danach ab dem ersten Tag der Überlassung in jene betriebliche Altersvorsorgesysteme einzubeziehen, die nicht dem § 10 Abs 1a AÜG unterliegen, der Zugang zu

¹⁰⁶⁴ Bundesgesetz vom 17. Mai 1990, mit dem betriebliche Leistungszusagen gesichert werden (kurz: BPG), BGBl Nr 1990/282 idF BGBl I Nr 2016/44.

¹⁰⁶⁵ So schon zutr *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 551.

¹⁰⁶⁶ IdS auch *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 551.

¹⁰⁶⁷ Vgl Folgenabschätzung der Kommission zu Art 6 Abs 4 in KOM(2002) 149 endg 40.

Leistungszusagen iSd § 2 Z 1 BPG stünde ihnen aber erst ab einer Beschäftigungsdauer von vier Jahren offen. Eine solche unsachliche *Differenzierung* kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.¹⁰⁶⁸ Es hat daher dabei zu bleiben, dass jene betrieblichen Systeme der Altersvorsorge, die nicht unter die Spezialregelung des § 10 Abs 1a AÜG fallen, keine Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 AÜG darstellen.

3.4. Abgrenzung zu § 10 Abs 1 AÜG

3.4.1. Problemaufriss

Die Abgrenzung zwischen Entgeltleistungen gem § 10 Abs 1 AÜG und Wohlfahrtsmaßnahmen nach § 10 Abs 6 AÜG bereitet in einigen Fällen Schwierigkeiten. Fraglich ist, ob unter Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 AÜG auch Maßnahmen mit Entgeltcharakter (iSv Gewährung entgeltwerter Vorteile) subsumiert werden können.

Da sowohl § 10 Abs 1 AÜG als auch § 10 Abs 3 AÜG der Umsetzung der Leiharbeits-RL dienen, ist in einem ersten Schritt das Verhältnis von Art 5 und Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL zu erforschen. Diese beiden Bestimmungen liegen der nationalen Umsetzung zugrunde. Ausgehend von diesen Überlegungen ist auf das Verhältnis von §§ 10 Abs 1 und Abs 3 AÜG einzugehen. Im Anschluss daran werden noch ausgewählte Beispiele von Maßnahmen im Hinblick auf ihre Subsumtion unter § 10 Abs 1 oder Abs 3 AÜG untersucht und die Frage geklärt, ob Eigen- bzw Kostenbeiträge der Qualifizierung von Leistungen als Wohlfahrtsmaßnahme gem § 10 Abs 6 AÜG entgegenstehen.

3.4.2. Verhältnis von Art 5 und Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL

Die Vorgaben der Leiharbeits-RL hinsichtlich dem Verhältnis von Art 6 Abs 4 und Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL sind nur auf den ersten Blick klar. Zur Bestimmung des Verhältnisses ist zunächst der Wortlaut der Bestimmungen zu untersuchen. Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL bestimmt, dass Leiharbeitnehmer einen Zugangsanspruch zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten „*unbeschadet des Artikels 5 Abs 1*“ haben. Die Formulierung „*unbeschadet*“ spricht in diesem Zusammenhang für ein **Ergänzungsverhältnis** der beiden Bestimmungen.¹⁰⁶⁹ Zum selben Auslegungsergebnis

¹⁰⁶⁸ In diese Richtung auch schon zutr *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 551.

¹⁰⁶⁹ So schon zutr *Hamann*, *RdA* 2011, 337 mwN; ebenfalls *Sansone*, Gleichstellung 503.

kommt man auch bei **systematischen** wie auch **teleologischen** Überlegungen. Zum einen tritt nach der Systematik der Leiharbeits-RL der Anspruch des Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL neben die Kernbestimmung des Art 5 Leiharbeits-RL. Daraus kann geschlossen werden, dass Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL die Gleichbehandlung auf einer anderen Ebene intendiert. Dieser Umstand wird auch durch die unterschiedliche Zielsetzung der beiden Bestimmungen unterstrichen.

Im Rahmen des Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL geht es – anders als bei Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL – nicht um die Angleichung der (insb monetären) Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, sondern um die **Verbesserung der sozialen Situation und Integration** der Überlassenen im Beschäftigerbetrieb. Das bestätigen auch die Ausführungen zu Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL in der Folgenabschätzung der Kommission. Danach soll sich durch Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL einerseits die „*Motivation der Arbeitnehmer verbessern*“, andererseits soll diese Bestimmung auch „*ihr Gefühl der Zugehörigkeit zum Unternehmen stärken, das Verhältnis zu den anderen Mitarbeitern beeinflussen und ihre Gesamtproduktivität steigern*“¹⁰⁷⁰.

Darüber hinaus würde die gegenteilige Ansicht zu unbilligen **Ergebnissen** führen. Vertritt man die Ansicht, Art 5 Abs 1 und Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL stünden zueinander in einem Ausschließlichkeitsverhältnis, würde ein/e an sich unter Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL fallende/r Einrichtung/Dienst, die/der (zusätzlich) Entgeltcharakter im nationalen Sinn aufweist ausschließlich von Art 5 Leiharbeits-RL erfasst werden.¹⁰⁷¹ Wenn nun Geldsurrogate und direkte Zahlungen an AN – generell und unabhängig von dem damit verfolgten Zweck – nicht unter Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL subsumierbar wären, wäre es für Beschäftiger durchaus interessant, Gemeinschaftseinrichtungen abzuschaffen und stattdessen die Nutzung entsprechender Angebote Externer über Geldzahlungen zu subventionieren (zB Fahrkarten für öffentliche Verkehrsmittel, Essensmarken, Erstattung von Parkgebühren udgl).¹⁰⁷² ZB könnte ein Beschäftiger seinen Fahrdienst mit einem eigenen Betriebsbus einstellen und fortan nur noch Fahrten von und zur Arbeitsstelle über Geldzahlungen bei der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel subventionieren.¹⁰⁷³ Diese

¹⁰⁷⁰ Folgenabschätzung der Kommission zu Art 6 Abs 4 in KOM(2002) 149 endg 40; wiederholt in Expert Group Report (2011) 38.

¹⁰⁷¹ Vgl *Hamann*, RdA 2011, 337.

¹⁰⁷² So schon zutr *Hamann*, RdA 2011, 337.

¹⁰⁷³ Ein Beispiel nach *Hamann*, RdA 2011, 337. Er bringt hier noch ein weiteres, ähnlich überzeugendes Beispiel. Der Beschäftiger könnte danach zB einen vormals selbst betriebenen Betriebsparkplatz an einen Dritten verpachten. Dieser hebt nun monatlich Parkgebühren von den Arbeitnehmern ein, während die Nutzung zuvor kostenfrei war. Der Beschäftiger erstattet seinen Stamm-AN mit der monatlichen

Geldzahlungen unterlägen – unabhängig von ihrem Zweck – ausschließlich Art 5 Leiharbeits-RL. Der Beschäftiger könnte durch diese Vorgehensweise den Anspruch von Leiharbeitnehmern gem Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL im Ergebnis somit willkürlich ausschließen. Die Schaffung solch negativer Anreize zur Gesetzesumgehung kann dem Richtliniengesetzgeber aber nicht unterstellt werden. Dass ein solches Ergebnis jedenfalls nicht im Sinn der Leiharbeits-RL sein kann, ist insb im Hinblick auf den Telos der Richtlinie (insb Art 2 Leiharbeits-RL) unbestreitbar. Zudem widerspräche ein solches Ergebnis im Speziellen auch der klaren Intention des Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL, der den Begriff des „Gemeinschaftsdienst“ als Auffangtatbestand – wohl genau zur Hintanhaltung solcher Umgehungsversuche – vorgesehen hat.

3.4.3. Verhältnis von § 10 Abs 1 zu § 10 Abs 6 AÜG

National wird für das Verhältnis von § 10 Abs 1 und Abs 6 AÜG von Teilen des Schrifttums¹⁰⁷⁴ vertreten, dass Entgeltansprüche überlassener Arbeitskräfte abschließend in § 10 Abs 1 AÜG geregelt sind. Durch § 10 Abs 6 AÜG sollten diese Ansprüche nicht erweitert werden. Aus diesem Grund – sowie mangels Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses zum Beschäftiger – hätten überlassene Arbeitskräfte keinen Anspruch auf „entgeltwerte“ wie auch „entgeltnahe“ Leistungen des Beschäftigers.¹⁰⁷⁵ Judikatur zu dieser Frage fehlt, mangels Anlassfall, bisher. In der Folge sind die bereits gewonnenen Erkenntnisse zum Inhalt der Begriffe „Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen“ sowie jene über das Verhältnis zwischen Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL und Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL zur Lösung der vorliegenden Abgrenzungsfrage heranzuziehen.

Wie gezeigt werden konnte, ist das Begriffspaar „Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen“ iSd § 10 Abs 6 AÜG richtlinienkonform auszulegen. Bis zu einem gewissen Grad kann aber auch auf die für das ArbVG herausgearbeiteten Definitionen

Gehaltsabrechnung diese Kosten. Überlassenen AN hätten nach der oben genannten Ansicht weder gem § 10 Abs 3 AÜG einen Anspruch auf Geldzahlung vom Beschäftiger noch aufgrund von § 10 Abs 1 S 4 AÜG vom Überlasser, da der Anspruch auf Gleichbehandlung aufgrund der breiten Kollektivvertragsdeckung in Österreich idR nicht zur Anwendung kommt. Anders wäre nach *Hamann* der Fall zu beurteilen, wenn der AG das Nutzungsentgelt direkt an den Drittbetreiber zahlt und die AN folglich keine Zahlungen an den Parkplatzbetreiber leisten müssen. In einem solchen Fall bestünde gem § 10 Abs 3 AÜG ein Zugangsrecht überlassener Arbeitskräfte, da es keinen Unterschied macht, ob der Beschäftiger die Einrichtung oder Maßnahme selbst betreibt oder die Nutzung einer fremden Einrichtung/Maßnahme finanziert.

¹⁰⁷⁴ So zB *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552; *Pöschl/Unterrieder*, *ecolex* 2012, 1001; *Shubshizky*, *Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen für überlassene Arbeitskräfte*, *ASoK* 2014, 35.

¹⁰⁷⁵ Vgl *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552; *Pöschl/Unterrieder*, *ecolex* 2012, 1001; *Shubshizky*, *ASoK* 2014, 35.

zurückgegriffen werden. Danach ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich die Einrichtung oder Maßnahme des Beschäftigerbetriebes an ein Kollektiv von AN richtet und der Förderung des Wohls der AN dient. Wird dies bejaht, besitzen überlassene Arbeitskräfte gem § 10 Abs 6 AÜG einen Teilhabeanspruch. Im Zweifel kommt es iS einer richtlinienkonformen Interpretation darauf an, ob die Einrichtung oder Maßnahme einen „*Gemeinschaftsaspekt*“ aufweist, dh der Förderung der betrieblichen Integration dient. Zur Subsumtion einer Einrichtung oder Maßnahme unter den Begriff des § 10 Abs 6 AÜG ist daher nicht primär darauf abzustellen, ob diese Entgeltcharakter besitzt oder nicht. Vielmehr kommt es auf den **Zweck** an, der mit dieser Einrichtung oder Maßnahme verfolgt wird.¹⁰⁷⁶ Es ist daher zu klären, ob der Schwerpunkt der Einrichtung oder Maßnahme in der sozialen Teilhabe oder doch im Entgelt liegt.

Eine solche Abgrenzung ist auch sachgerechter als die – von manchen Autoren¹⁰⁷⁷ vertretene – rein schematische Unterteilung in „*entgeltnahe*“ und „*entgeltferne*“ Leistungen. Würde man nämlich diese Ansicht konsequent zu Ende denken, käme man zu dem Ergebnis, dass Geldleistungen auch dann, wenn sie in erster Linie der Verbesserung der sozialen Situation und Integration der AN (arg „*Gemeinschaftsaspekt*“) dienen keine Wohlfahrtsmaßnahmen iSd AÜG sind. Zudem wären Umgehungen des Anspruches überlassener Arbeitskräfte – wie im Rahmen der Untersuchung des Verhältnisses von Art 6 Abs 4 und Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL bereits gezeigt werden konnte – Tür und Tor geöffnet. Die Problematik lässt sich insb an den Beispielen, die Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL nennt und welche in § 10 Abs 6 AÜG wortgleich übernommen wurden, gut veranschaulichen. Diese Beispiele umfassen Beförderungsmittel, Gemeinschaftsverpflegung und Kinderbetreuungseinrichtungen.

Die Bereitstellung eines Beförderungsmittels durch den Beschäftiger (zB Betriebsbus) stellt nach der ausdrücklichen Aufzählung des § 10 Abs 6 AÜG eine Wohlfahrtseinrichtung idS dar. Entscheidet sich der Beschäftiger nun diese Einrichtung aufzulösen und stattdessen mit Geldleistungen die Benutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln zu subventionieren, so soll diese Maßnahme – nach Ansicht mancher – aufgrund ihres Entgeltcharakters nicht unter den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme iSd

¹⁰⁷⁶ IdS auch schon zutr *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 31: „*ein planmäßiges Vorgehen des Beschäftigers zur Erfüllung sozialer Interessen seiner Belegschaft zugrunde liegt*“; *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 238; *Schlitzer*, infas 2013, 11 („*Sozialleistungen*“, die gegenüber der gesamten Belegschaft erbracht werden); *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); in diese Richtung auch *Rauch*, *ecolex* 2013, 678.

¹⁰⁷⁷ Vgl *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552; *Pöschl/Unterrieder*, *ecolex* 2012, 1001; idS wohl auch *Haider* in *ZellHB BV Rz* 30.40.

§ 10 Abs 6 AÜG fallen. Diese Unterscheidung ist nicht einzusehen, wird doch im Ergebnis mit beiden Leistungen der gleiche Zweck verfolgt.

Dasselbe gilt auch für das Beispiel der Kantine als Gemeinschaftsverpflegung. Eine Betriebskantine unterliegt als Wohlfahrtseinrichtung dem § 10 Abs 6 AÜG. Wird diese aber vom Beschäftiger abgeschafft und verteilt er stattdessen Essensmarken an die AN, wären diese nach Teilen des Schrifttums als Maßnahme mit Entgeltcharakter nicht (mehr) unter § 10 Abs 6 AÜG, sondern § 10 Abs 1 AÜG zu subsumieren. Ähnliche Überlegungen können auch hinsichtlich Kinderbetreuungs- und anderen Wohlfahrtseinrichtungen (zB Firmenparkplätzen udgl) angestellt werden.

Die Subsumtion dieser Leistungen unter § 10 Abs 1 AÜG hätte zur Folge, dass überlassene Arbeitskräfte darauf nur unter den Voraussetzungen des § 10 Abs 1 S 4 AÜG Anspruch hätten. Dieser Anspruch ist aber im Regelfall – aufgrund der in Österreich bestehenden hohen Tarifdeckung¹⁰⁷⁸ – bereits auf gesetzlicher Ebene ausgeschlossen. Wie zuvor schon gezeigt wurde, ist ein solches Ergebnis nicht iS der Leiharbeits-RL. Es ist daher davon auszugehen, dass Maßnahmen mit Entgeltcharakter, die mit entsprechenden Substrat und Dauerhaftigkeit als Wohlfahrtseinrichtung dem § 10 Abs 6 AÜG unterliegen würden, auch als bloße Maßnahme mit demselben Zweck eine Wohlfahrtsmaßnahme iSd § 10 Abs 6 AÜG darstellen.

Ausgehend von diesen Feststellungen werden in der Folge ausgewählte Beispiele von Maßnahmen im Hinblick auf ihre Subsumtion unter § 10 Abs 1 oder Abs 3 AÜG untersucht.

3.4.4. *Ausgewählte Beispiele*

In der Folge werden ausgewählte Beispiele von Maßnahmen im Hinblick auf ihre Subsumtion unter § 10 Abs 1 oder Abs 3 AÜG untersucht. Hierbei handelt es sich vornehmlich um Leistungen, deren Einordnung im Schrifttum bereits zu einer regen Diskussion geführt hat.

Nach Ansicht von manchen Autoren¹⁰⁷⁹ unterliegen zB **Zuschüsse bei Geburten** nicht dem § 10 Abs 6 AÜG. Da es sich hierbei um eine Maßnahme mit Entgeltcharakter handelt, ist zur Abgrenzung von § 10 Abs 1 AÜG auf den **Zweck** der Regelung

¹⁰⁷⁸ Vgl dazu das zweite Kapitel des vorliegenden Teils der Arbeit.

¹⁰⁷⁹ ZB Haider in ZellHB BV Rz 30.40; mit anderer Begründung auch Bruckmüller, ecoloex 2013, 552; aA Schörghofer in Brodil, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

abzustellen. Finanzielle Zuschüsse bei Geburten stellen weder eine Gemeinschaftsmaßnahme dar, noch helfen sie dabei die soziale Integration überlassener Arbeitskräfte im Beschäftigertbetrieb zu verbessern. Solche Maßnahmen können den AN darüber hinaus nur als Maßnahme und nicht als Einrichtung vom Beschäftigert zur Verfügung gestellt werden. Umgehungsmöglichkeiten sind hier folglich ausgeschlossen. Aus diesem Grund sind solche Zuschüsse unter **§ 10 Abs 1 AÜG** und nicht unter § 10 Abs 6 AÜG zu subsumieren. Dasselbe gilt natürlich auch für Zuschüsse aus anderen besonderen Anlässen, wie zB Hochzeiten.¹⁰⁸⁰

Anders sind aber gegebenenfalls zB Zuschüsse des Beschäftigert zu **Konzert- und Theaterkarten** zu beurteilen. *Bruckmüller*¹⁰⁸¹ vertritt die Ansicht, dass diese als entgeltnahe Leistungen nicht unter § 10 Abs 6 AÜG zu subsumieren sind. Dass allein das Abstellen auf die Unterscheidung „entgeltnah“ und „entgeltfern“ iS einer richtlinienkonformen Interpretation nicht ausreicht, wurde bereits dargestellt. Vielmehr ist, da es sich bei diesen Zuschüssen um Maßnahmen mit Entgeltcharakter handelt, wieder nach dem Zweck der Maßnahme zu bestimmen, ob der *Gemeinschaftsaspekt* oder der *Entgeltaspekt* überwiegt.

Im Fall von Konzert- und Theaterkarten könnte man mE durchaus vertreten, dass der **Zweck** die gleichberechtigte Teilhabe am sozialen Betriebsleben ist und damit die Integration der AN im Vordergrund steht. Somit kommt man hier im Hinblick auf den Zweck der Leistung zu einer anderen Bewertung als *Bruckmüller*. Bietet der Beschäftigert für einen bestimmten Theaterabend Zuschüsse an, um die gemeinsame Ausübung kultureller Interessen der Betriebsangehörigen zu fördern, fällt diese Leistung mE unter **§ 10 Abs 6 AÜG** und nicht § 10 Abs 1 AÜG.¹⁰⁸² An diesem Beispiel zeigt sich auch deutlich, dass der Gesetzgeber mit dem Wort „Zugang“ in § 10 Abs 6 AÜG von einer „Nutzungseinräumung“ ausgeht. Entgegen der Interpretation *Bruckmüllers*¹⁰⁸³ beweist das zuvor genannte Beispiel aber anschaulich, dass auch mit der Zuwendung finanzieller Vorteile eine „Nutzungseinräumung“ an die AN möglich ist und diese somit bei Vorliegen eines Gemeinschaftsaspektes zu Recht unter § 10 Abs 6 AÜG zu subsumieren sind.

¹⁰⁸⁰ So auch *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552.

¹⁰⁸¹ *Ecolex* 2012, 552.

¹⁰⁸² So schon überzeugend *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 238f (insb FN 902).

¹⁰⁸³ *Ecolex* 2013, 551.

Auch **Weihnachtsfeiern** oder **Betriebsausflüge** stellen nach dem bisher Gesagten Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 AÜG dar.¹⁰⁸⁴ Auch hier steht der Zweck der sozialen Integration der AN und damit das *Gemeinschaftselement* im Vordergrund. Auf der anderen Seite überwiegt bei **Weihnachtszuschüssen und -geschenken** – ähnlich wie bei Zuschüssen aus besonderem Anlass – der Entgeltaspekt, weshalb diese nicht gem § 10 Abs 6 AÜG, sondern nach § 10 Abs 1 AÜG zu beurteilen sind.¹⁰⁸⁵ Dasselbe gilt auch für die **Privatnutzung des Dienstwagens**.¹⁰⁸⁶ Dieser kommt ausschließlich Entgeltcharakter zu, weshalb diese folglich § 10 Abs 1 AÜG unterliegt. Dieselben Überlegungen treffen auch auf arbeitgeberseitige Kostenzuschüsse zu arbeitnehmerindividuell¹⁰⁸⁷ getätigten **Fahrtauslagen** oder zu arbeitnehmerindividuellen **Zusatzversicherungen** zu.¹⁰⁸⁸ Der Zweck dieser Leistungen ist ebenfalls ausschließlich dem Entgeltbereich zuzuordnen. Sie unterliegen daher dem § 10 Abs 1 AÜG und sind unter den dortigen Voraussetzungen gegenüber dem Überlasser geltend zu machen.¹⁰⁸⁹ Auch andere Leistungen, bei denen der Entgeltaspekt gegenüber dem Gemeinschaftsaspekt klar überwiegt (zB Aktienerwerbspläne, Golddukaten, usw) fallen natürlich nicht unter den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme iSd § 10 Abs 6 AÜG, sondern sind unter § 10 Abs 1 AÜG zu subsumieren.¹⁰⁹⁰

Die Problematik im Hinblick auf Wohlfahrtsmaßnahmen, die auch als Wohlfahrtseinrichtung vom Beschäftiger angeboten werden könnten, wurde in den vorangegangenen Abschnitten bereits umrissen. Oft genannte und viel diskutierte Beispiele sind hier **Essens- oder Tankstellengutscheine**. Solche Gutscheine unterliegen nach Ansicht mancher¹⁰⁹¹ § 10 Abs 1 AÜG, und das unabhängig davon, ob sie als Ersatz für die

¹⁰⁸⁴ Vgl zutr *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 31f; auch *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 239; aA *Schrank*, RdW 2013/38, 33 (FN 19); unsicher *Pöschl/Unterrieder*, *ecolex* 2012, 1001. Allg dazu *Eypeltauer* (DRdA 1986, 105) wonach Weihnachtsfeiern Wohlfahrtsmaßnahmen iSd ArbVG darstellen.

¹⁰⁸⁵ So auch *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 88; im Ergebnis (aber zT mit anderer Begründung) ebenfalls *Bruckmüller* (*ecolex* 2013, 552) im Hinblick auf Weihnachtszuschüsse und -geschenke; *Schrank* (RdW 2013/38, 33 [FN 19]); *Schrattbauer* (Arbeitskräfteüberlassung 239).

¹⁰⁸⁶ Vgl schon zutr *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 239.

¹⁰⁸⁷ Dh nicht für Maßnahmen, die bei Vorhandensein eines entsprechenden Substrates als vom Beschäftiger angebotenes Beförderungsmittel eine Wohlfahrtseinrichtung gem § 10 Abs 6 AÜG darstellen würden.

¹⁰⁸⁸ Vgl im Ergebnis zutr *Schrank*, RdW 2013/38, 33 (FN 19); ihm im Hinblick auf Zusatzversicherungen („Kranken- oder Unfallzusatzversicherungen mit betrieblich-gemeinschaftsbezogenen Polizzen“) folgend *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 87; *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 31; ebenfalls im Hinblick auf Zusatzversicherungen, aber mit anderer Begründung *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552.

¹⁰⁸⁹ Vgl *Schrank*, RdW 2013/38, 33.

¹⁰⁹⁰ Im Ergebnis ebenfalls, aber mit anderer Begründung, vgl *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552.

¹⁰⁹¹ So *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 88; im Ergebnis (aber zT mit anderer Begründung) ebenfalls *Bruckmüller* (*ecolex* 2013, 552); *Pöschl/Unterrieder* (*ecolex* 2012, 1001) im Hinblick auf Essensgutscheine;

Teilnahme an einer Wohlfahrtseinrichtung zur Verfügung gestellt werden (zB Essensgutscheine als Ersatz für die Teilnahme an einem Kantinenessen, da es an dem betreffenden Standort keine Kantine gibt).

In beiden Fällen handelt es sich um Maßnahmen des Beschäftigers, die sich an ein Kollektiv von AN richten und der Förderung des Wohls der AN dienen. Überlassene Arbeitskräfte hätten daher grundsätzlich einen Teilhabeanspruch gem § 10 Abs 6 AÜG. Da es sich bei solchen Gutscheinen aber auch um Leistungen mit Entgeltcharakter handelt, wird dieser Anspruch aber von der wohl hA unter § 10 Abs 1 AÜG subsumiert. In beiden Fällen handelt es sich aber um Leistungen, die auch im Rahmen von Wohlfahrtseinrichtungen iSd § 10 Abs 6 AÜG erbracht werden könnten.

Würde man hier nicht auf den Zweck der Leistung, sondern rein schematisch zwischen „*entgeltnah*“ und „*entgeltfern*“ unterscheiden, wären Umgehungsversuchen Tür und Tor geöffnet. Bei einem solchen Auslegungsergebnis wäre es nämlich für den Beschäftiger interessant, Wohlfahrtseinrichtungen (zB einen Betriebsbus, eine Kantine, eine betriebseigene Tankstelle oder einen Firmenparkplatz) abzuschaffen und stattdessen die Nutzung entsprechender Angebote Externer über Geldzahlungen an die AN zu subventionieren (zB Fahrkarten für öffentliche Verkehrsmittel, Essensmarken, Erstattung von Parkgebühren udgl).

Zurückkommend auf die **Essens- oder Tankstellengutscheine** wäre es daher nach mE nicht einzusehen, warum die Bereitstellung einer Betriebstankstelle für den kostenlosen/verbilligten Kraftstoffbezug durch den Beschäftiger eine Wohlfahrtseinrichtung iSd § 10 Abs 6 AÜG darstellen soll, die Subventionierung von privaten Tankstellen durch Geldleistungen (zB Gutscheine) an die AN durch den Beschäftiger jedoch nicht, obwohl hier im Ergebnis der **gleiche Zweck** verfolgt wird. Dasselbe gilt auch für das Beispiel der Kantine als Gemeinschaftsverpflegung. Eine Betriebskantine unterliegt als Wohlfahrtseinrichtung dem § 10 Abs 6 AÜG. Wird diese aber vom Beschäftiger abgeschafft und verteilt er stattdessen Essensgutscheine an seine AN, wären diese – nach Teilen des Schrifttums – als Maßnahme mit Entgeltcharakter nicht (mehr) unter § 10 Abs 6 AÜG, sondern § 10 Abs 1 AÜG subsumierbar. Das hätte zur Folge, dass überlassene Arbeitskräfte auf solche Leistungen – im konkreten Beispiel Tankstellengutscheine – nur unter den Voraussetzungen des § 10 Abs 1 S 4 AÜG

Schrattbauer (Arbeitskräfteüberlassung 239) im Hinblick auf Einkaufsgutscheine; für Deutschland *Lembke*, NZA 2011, 324f.

Anspruch hätten. Dieser Anspruch ist aber idR aufgrund der in Österreich bestehenden hohen Tarifdeckung bereits auf gesetzlicher Ebene ausgeschlossen.

Dass eine Leistung – organisiert als Einrichtung – unter den Begriff der Wohlfahrtseinrichtung iSd § 10 Abs 6 AÜG fallen soll, und die gleiche Leistung mit Entgeltcharakter aber derselben Zielrichtung hingegen unter § 10 Abs 1 AÜG, kann mE nicht mit dem Ziel des Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL in Einklang gebracht werden. Wie bereits dargelegt wurde, ist davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber den Begriff „*Gemeinschaftsdienst*“ als Auffangtatbestand – wohl gerade zur Hintanhaltung solcher Umgehungsversuche – in den Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL aufgenommen hat. Da nach den Materialien¹⁰⁹² zur AÜG-Novelle § 10 Abs 6 AÜG dem Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL entspricht, ist davon auszugehen, dass dem Begriff der „*Wohlfahrtsmaßnahme*“ national derselbe Zweck zukommt. Wohlfahrtsmaßnahmen mit Entgeltcharakter, die das Vorhandensein von Wohlfahrtseinrichtungen substituieren und somit als Wohlfahrtseinrichtungen organisiert unzweifelhaft dem § 10 Abs 6 AÜG unterliegen würden, sind daher – um Umgehungsversuche hintanzuhalten und dem Zweck der Bestimmung zum Durchbruch zu verhelfen – unter dem Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme gem § 10 Abs 6 AÜG und nicht des § 10 Abs 1 AÜG zu subsumieren. Essens- oder Tankstellengutscheine unterliegen folglich als Wohlfahrtsmaßnahme **§ 10 Abs 6 AÜG**.

Diese Überlegungen werden wohl auch für den **vergünstigten Bezug von Produkten des Beschäftigers** gelten müssen. Auch hier handelt es sich grds um eine Leistung mit Entgeltcharakter. Aber auch hier kann es nicht darauf ankommen, ob die Produkte in einem betriebseigenen Shop vergünstigt bezogen werden können, denn hierbei würde es sich unstrittig um eine Wohlfahrtseinrichtung iSd § 10 Abs 6 AÜG handeln. Oder, ob die Vergünstigung über Gutscheine für den ermäßigten Einkauf von Produkten des Beschäftigers bei Fremdfirmen organisiert wird und es sich folglich um eine Maßnahme mit Entgeltcharakter handelt. In beiden Fällen wird derselbe Zweck verfolgt, weshalb auch die Ausgabe von Gutscheinen zum vergünstigten Bezug von Produkten unter **§ 10 Abs 6 AÜG** zu subsumieren ist.¹⁰⁹³

Teile des Schrifttums¹⁰⁹⁴ führen zudem gegen die Einbeziehungen von Maßnahmen mit Entgeltcharakter ins Treffen, der Gesetzgeber hätte – hätte er eine solche Einbeziehung

¹⁰⁹² Vgl ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4.

¹⁰⁹³ AA *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552.

¹⁰⁹⁴ Vgl *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552; so auch *Shubshizky*, *ASoK* 2014, 35.

gewollt – dem Beschäftiger in § 12a AÜG eine Informationspflicht auferlegt, damit der Überlasser als AG seine AN über allfällige steuerliche Auswirkungen dieser Leistungen (zB Notwendigkeit einer Arbeitnehmerveranlagung) informieren kann. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Da sich der Anspruch des § 10 Abs 6 AÜG aber ausschließlich gegen den Beschäftiger richtet, ist vielmehr davon auszugehen, dass den Beschäftiger im Fall der Gewährung solcher Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 AÜG die Informationspflicht unmittelbar selbst trifft.

3.4.5. Beurteilung von Eigen- bzw Kostenbeiträgen

Fraglich ist, ob für die Beurteilung des Anspruches gem § 10 Abs 6 AÜG relevant ist, ob die Einrichtung oder Maßnahme vom Beschäftiger gänzlich unentgeltlich oder nur verbilligt angeboten wird. Für die Unbeachtlichkeit dieses Kriteriums spricht zum einen der Wortlaut der Bestimmung. § 10 Abs 6 AÜG verlangt ja gerade nicht die Schaffung eines *unentgeltlichen* Zugangs zu den Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen des Beschäftigers, sondern, dass diese den überlassenen Arbeitskräften „*unter den gleichen Bedingungen*“ wie Stamm-AN offen stehen. Ist die Entrichtung von Eigen- bzw Kostenbeiträgen für alle AN vorgesehen, die die Einrichtung oder Maßnahme nutzen, haben somit auch überlassene Arbeitskräfte bei Inanspruchnahme einen Beitrag zu leisten.

Der Umstand, dass die Beschäftigten **Eigen- bzw Kostenbeiträge** (zB verbilligtes Mittagessen oder verbilligter/kostenloser Pendlerbus, verbilligter Bezug von Fahr(wert)karten oder auch Kostenbeiträge für die Teilnahme an Betriebsausflügen und Weihnachtsfeiern) für die Nutzung zu entrichten haben, schadet daher der Qualifikation als Wohlfahrtseinrichtung oder -maßnahme iSd § 10 Abs 6 AÜG nicht.¹⁰⁹⁵

4. Reichweite des Anspruches

4.1. Einleitung

Eine Besonderheit des Gleichstellungsanspruches gem § 10 Abs 6 AÜG besteht darin, dass sich dieser gegen den **Beschäftiger** richtet.¹⁰⁹⁶ Der Direktanspruch erklärt sich aus der

¹⁰⁹⁵ So schon überzeugend *Schrank*, RdW 2013/38, 33; zust *Haider* in ZellHB BV Rz 13.33, Rz 30.21 und Rz 30.40. Allg dazu vgl *Eypeltauer*, DRdA 1986/2, 106. Allgemein zur Unschädlichkeit von Kostenbeiträgen für die Qualifizierung als Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG, vgl *Priewasser*, Betriebsratsfonds 90.

¹⁰⁹⁶ Der Überlasser besitzt hier nur eine Schutzfunktion gem § 6 Abs 4 AÜG, vgl *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 86. Schon vor der Umsetzung der Leiharbeits-RL konnten überlassene Arbeitskräfte einen Rechtsanspruch auf die Teilnahme an unternehmenseigenen Schulungs- und Wohlfahrtseinrichtungen haben,

Natur von Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen, die – anders als die Entlohnung – allein im Einflussbereich des Beschäftigers liegen und die der Überlasser daher auch nicht gewähren kann.¹⁰⁹⁷ Der Überlasser ist nicht automatisch zum Ausgleich der entstandenen Kosten verpflichtet.¹⁰⁹⁸ IdR wird aber der Beschäftiger die dadurch entstehenden Mehrkosten – sollten solche tatsächlich¹⁰⁹⁹ anfallen – aber im Rahmen des Dienstverschaffungsvertrages auf den Überlasser überwälzen.¹¹⁰⁰ Das Zugangsrecht gem § 10 Abs 6 AÜG wird in diesem Zusammenhang zum einen durch § 8 Abs 1 und Abs 2 AÜG sowie durch ein besonderes vertragliches Beschränkungsverbot gem § 11 Abs 2 Z 8 AÜG flankiert. Vereinbarungen, die den Zugang überlassener Arbeitskräfte beschränken, sind gemäß § 11 Abs 2 Z 8 AÜG verboten.

Im Folgenden soll der **Umfang und die Reichweite des Anspruches** auf gleichberechtigten Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen beim Beschäftiger geklärt werden. Einerseits ist dabei von Interesse, ob und welche Auswirkungen es hat, dass § 10 Abs 6 AÜG für den Zugangsanspruch lediglich auf den Begriff „Betrieb“, Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL jedoch auf das „*entleihende Unternehmen*“ abstellt.

Andererseits soll geklärt werden, wie weit der Anspruch auf Gleichbehandlung gegenüber dem Beschäftiger reicht. Fraglich ist in diesem Zusammenhang insb, ob es für den Anspruch gem § 10 Abs 6 AÜG relevant ist, von wem die Leistung erbracht wird. Hier ist zu klären, ob auch ein Anspruch auf Leistungen besteht, die von Dritten (Fremdfirmen oder auch dem Betriebsrat) erbracht werden.

wenn sie vom Geltungsbereich einer BV gem § 97 Abs 1 Z 19 ArbVG erfasst waren, vgl eingehend B. Schwarz in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² 332.

¹⁰⁹⁷ So schon zutr *Schrank*, RdW 2013/38, 33.

¹⁰⁹⁸ Vgl *Schrank*, RdW 2013/38, 33; in diese Richtung auch *Hamann*, EuZA 2/2009, 319.

¹⁰⁹⁹ In den meisten Fällen wird nach Einschätzung der Kommission die Schaffung des Zugangs gem Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL für die Entleiher „*nur geringe oder gar keine zusätzlichen Kosten verursachen*“. Die meisten sozialen Einrichtungen verursachen wohl Fixkosten, die Grenzkosten sind hingegen „*wahrscheinlich gering oder fast gleich null*“, vgl Folgenabschätzung der Kommission zu Art 6 Abs 4 in KOM(2002) 149 endg 39; so wiederholt im Expert Group Report (2011) 38.

¹¹⁰⁰ So schon für Deutschland *Sansone*, Gleichstellung 499; ebenfalls *Hamann* (RdA 2011, 336), der aber darauf hinweist, dass alternativ das Angebot an Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten vom Beschäftiger eingeschränkt werden könnte.

4.2. Vergleichsbasis Beschäftigterbetrieb

§ 10 Abs 6 AÜG verwendet – anstelle des von der Leiharbeits-RL geforderten Bezugsrahmens „*entleihende Unternehmen*“ – den Begriff „*Betrieb*“. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob sich diese unterschiedliche Terminologie auf den Umfang des Anspruches auf gleichberechtigten Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen beim Beschäftigter auswirkt.

Nach Ansicht mancher Autoren¹¹⁰¹ hat diese unterschiedliche Terminologie keine Auswirkungen auf den Umfang des Anspruches. Danach hätten überlassene Arbeitskräfte ohnehin keinen Anspruch auf Zugang zu WEM, die der Beschäftigter AN eines seiner anderen Betriebe gewährt, da auch die Stamm-AN im Beschäftigterbetrieb, in dem die überlassenen Arbeitskräfte tätig sind, keinen Zugangsanspruch haben.¹¹⁰² Dieser Ansicht kann im Hinblick auf Wortlaut und Telos der Bestimmung beigetreten werden.

Nach Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL haben überlassene Arbeitskräfte „*zu den gleichen Bedingungen wie die unmittelbar von dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer Zugang*“. Auch nach § 10 Abs 6 AÜG ist Überlassenen Zugang „*unter den gleichen Bedingungen wie seinen eigenen Arbeitskräften*“ zu gewähren. Richtlinienkonform ist daher zu fragen, ob die überlassene Arbeitskraft die für alle Beschäftigten geltenden Nutzungsbedingungen erfüllt. Wenn dem so ist, hat sie einen Zugangsanspruch zu den bestehenden Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen, mögen diese auf Ebene des Betriebes oder auf Unternehmensebene organisiert sein. IdS ist § 10 Abs 6 AÜG notfalls richtlinienkonform auszulegen.

Auf WEM in anderen Betrieben haben überlassene Arbeitskräfte nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung aber keinen Anspruch, da auch die Stamm-AN im Beschäftigterbetrieb, in dem die überlassenen Arbeitskräfte tätig sind, keinen Anspruch auf Zugang haben.

4.3. Betriebseigene Wohlfahrtseinrichtungen

Als „*betriebs- bzw unternehmenseigene*“ Wohlfahrtseinrichtungen gelten nur solche, die ausschließlich oder doch überwiegend vom Betrieb oder Unternehmen finanziert

¹¹⁰¹ So *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 89; *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 32; für Deutschland schon *Lembke*, NZA 2011, 325. *Lembke* begründet seine Ansicht damit, dass Überlassene bei „*hypothetischer arbeitsplatzbezogenen Betrachtungsweise*“ iSd Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL auch keinen Anspruch auf WEM in anderen Betrieben hätten.

¹¹⁰² So *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 89; *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 32.

werden.¹¹⁰³ Die §§ 94f ArbVG setzen voraus, dass eine entsprechende rechtliche oder faktische Verfügungsgewalt des BI besteht.¹¹⁰⁴

Eine erschöpfende Aufzählung scheidet an den vielfältigen Möglichkeiten der Errichtung von Wohlfahrtseinrichtungen. Die Beispiele können daher nur den Rahmen verdeutlichen, in denen sich Wohlfahrtseinrichtungen am häufigsten bewegen. Es kommen Werksküchen und -kantinen¹¹⁰⁵, Werksläden, Kindergärten und -krabbelstuben, Sport- und Fitnessseinrichtungen¹¹⁰⁶, Werkskins, -bibliotheken, -wohnungen¹¹⁰⁷, Erholungs- und Urlaubsheime¹¹⁰⁸, Kulturvereine¹¹⁰⁹, Pendler- oder Werksbusse¹¹¹⁰ udgl in Betracht.¹¹¹¹ Weiters werden Pausen- und Ruheräume, Parkplätze am Firmengelände, Wäscherei, Freimilchvergabe¹¹¹² und der Betriebs(zahn-)arzt¹¹¹³ genannt.

Da sich der Anspruch des § 10 Abs 6 AÜG direkt gegen den BI des Beschäftigterbetriebes richtet, haben überlassene Arbeitskräfte zu den gleichen Bedingungen Zugang zu diesen „betriebs- und unternehmenseigenen“ Wohlfahrtseinrichtungen wie Stammarbeitnehmer. § 95 ArbVG umfasst aber nur betriebliche Wohlfahrtseinrichtungen, nicht auch betriebliche **Wohlfahrtsmaßnahmen**.

¹¹⁰³ Vgl Löschnigg, Arbeitsrecht¹² Rz 11/154.

¹¹⁰⁴ Vgl Auer-Mayer in ArbVR III⁵ § 95 Rz 3; Haider in ZellHB BV Rz 30.18; Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 95 Rz 12, 14 („maßgebende Einflussmöglichkeit auf die Geschäfte der Wohlfahrtseinrichtung“); in diese Richtung auch Binder (in Tomandl, ArbVG § 95 Rz 8) wonach Verfügungsmöglichkeit und Zweckwidmung den Ausschlag geben; es kommt auf die Betriebs- oder Unternehmensbezogenheit an, die sich aus der Verfügungsposition, finanzieller Trägerschaft, Zielrichtung oder dem Adressatenkreis ergeben kann, vgl Binder in Tomandl, ArbVG § 94 Rz 8.

¹¹⁰⁵ Vgl OGH 13.11.1997, 8 ObA 219/97g, DRdA 1999/7, 49 (Wachter).

¹¹⁰⁶ Vgl Kallab in ZellKomm² § 73 ArbVG Rz 12.

¹¹⁰⁷ Vgl OGH 24.02.1987, 14 ObA 5/87, Arb 10609 = DRdA 1989/13, 201 (Klein) = RdW 1987, 236 = ZAS 1988/23, 172 (Stöhr-Kohlmaier) = wbl 1987, 217; OGH 04.12.1991, 9 ObA 212/91, JBl 1992, 803 = Arb 10980 = RdW 1992, 245 = ecolx 1992, 259 = ecolx 1992, 260. Die Vergabe von Werkswohnungen unterliegt (zusätzlich) der Mitbestimmung gem § 97 Abs 1 Z 7 und § 103 ArbVG. Vgl dazu auch OGH 15.03.2000, 9 ObA 314/99p.

¹¹⁰⁸ Vgl Kallab in ZellKomm² § 73 ArbVG Rz 12.

¹¹⁰⁹ Vgl Radner/Preiss in ArbVR II⁵ § 73 Rz 22.

¹¹¹⁰ Vgl OGH 15.03.1989, 9 ObA 288/88.

¹¹¹¹ Vgl auch die Aufzählung bei RIS-Justiz RS00501117; mwH auch OGH 27.06.1990, 9 ObA 170/90; Bruckmüller, ecolx 2013, 550 mwH; Radner/Preiss in ArbVR II⁵ § 73 Rz 22; Reissner in ZellKomm² § 95 Rz 9 mwN; weitere Beispiele auch in der Aufzählung von Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 95 Rz 38ff; auch nach Hamann (EuZA 2/2009, 318) stellen Erholungsheime, Werksmietwohnungen und Fitness- und Sportanlagen Gemeinschaftseinrichtungen iSd RL dar.

¹¹¹² Vgl OGH 27.06.1990, 9 ObA 170/90, Arb 10875 = wbl 1990, 376.

¹¹¹³ Vgl OGH 24.10.1990, 9 ObA 238/90, SZ 63/192 = RdW 1991, 153 = wbl 1991, 104.

Die Unterscheidung ist in Bezug auf § 10 Abs 6 AÜG aber nicht relevant, da diese Bestimmung sowohl Wohlfahrtseinrichtungen als auch -maßnahmen erfasst.¹¹¹⁴

Überlassene Arbeitskräfte haben danach auch einen gleichberechtigten Zugang zu direkt vom Beschäftiger erbrachten Wohlfahrtsmaßnahmen. Eine Besonderheit des Rechtsanspruches des § 10 Abs 6 AÜG besteht zudem darin, dass der österreichische Gesetzgeber den Anspruch nicht auf bestimmte **Rechtsgrundlagen** im Beschäftigerbetrieb beschränkt hat.¹¹¹⁵ Nach dem Wortlaut der Bestimmung verlangt er nicht einmal eine bestehende Verpflichtung des Beschäftigers gegenüber den Stammarbeitnehmern.¹¹¹⁶ Somit sind im Rahmen des § 10 Abs 6 AÜG auch rein faktische Verhaltensweisen relevant, also auch Leistungen, die unter Unverbindlichkeitsvorbehalt vom Beschäftiger erbracht werden.¹¹¹⁷

Der Beschäftiger, der Wohlfahrtseinrichtungen und/oder -maßnahmen zur Verfügung stellt, ist nicht verpflichtet **neue** WEM einzuführen oder bestehende (finanziell) **auszubauen**.¹¹¹⁸ Ist die Kapazität erreicht, sodass ein Auswahlverfahren, zB in Form einer Warteliste (nach Bedürftigkeit oder Zahl der Kinder) durchgeführt werden muss, so müssen überlassene Arbeitskräfte aber denselben Verteilungsregeln (arg „*unter den gleichen Bedingungen*“) unterliegen wie Stamm-AN.¹¹¹⁹

4.4. Einrichtungen Dritter

Der Betriebsinhaber des Beschäftigerbetriebes muss Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen nicht selbst betreiben oder erbringen, sondern kann diese auch teilweise oder zur Gänze an Dritte „*outsourcen*“. Das ist ohne weiteres möglich und auch rechtlich

¹¹¹⁴ So schon *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 550.

¹¹¹⁵ Vgl *Schörghofer* in *Brodil*, *Diener fremder Herren* (erscheint voraussichtlich 2017); so schon *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 550; so auch *Schrattbauer/Goricnik*, *wbl* 2013, 123. *Hamann* (EuZA 2/2009, 319) geht davon aus, dass die „*Öffnung von Gemeinschaftseinrichtungen für Leiharbeitnehmer nicht zu unterschätzende positive Effekte auf deren Arbeitsverhalten und damit die Qualität der Leiharbeit haben wird*“. Es ist dabei irrelevant, ob die WEM als freiwillige Maßnahme oder als Anspruch (zB aus einer BV) gegenüber dem AG konstruiert ist.

¹¹¹⁶ Vgl dazu *Schörghofer* in *Brodil*, *Diener fremder Herren* (erscheint voraussichtlich 2017).

¹¹¹⁷ So schon zutr *Schörghofer* in *Brodil*, *Diener fremder Herren* (erscheint voraussichtlich 2017).

¹¹¹⁸ So schon zutr *Hamann*, EuZA 2/2009, 319; *Burger* in *Raschauer/Resch*, *Neuerungen* 88; so schon *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 551. Die Errichtung betrieblicher Wohlfahrtseinrichtungen iSd § 95 ArbVG liegt auch außerhalb der Arbeitskräfteüberlassung allein im Ermessen des BI, vgl OGH 24.02.1987, 14 ObA 5/87, Arb 10.609 = DRdA 1989/13, 201 (*Klein*) = RdW 1987, 236 = ZAS 1988/23, 172 (*Stöhr-Kohlmaier*).

¹¹¹⁹ Vgl schon zutr *Hamann*, EuZA 2/2009, 319; *Burger* in *Raschauer/Resch*, *Neuerungen* 88; *Ders* in *Wachter/Burger*, *Entwicklungen* 33.

unproblematisch, da der Begriff „betriebs- und unternehmenseigene“ Wohlfahrtseinrichtung weit und untechnisch zu interpretieren ist.¹¹²⁰ Belanglos für das Vorliegen einer „betriebs- und unternehmenseigenen“ Wohlfahrtseinrichtung ist daher, ob die Einrichtung vom BI selbst errichtet oder von diesem erworben/übernommen wurde; ob sie betriebsintern betrieben wird oder dafür ein eigener Rechtsträger geschaffen wird; ob dem BI sachenrechtliche oder nur eine rein schuldrechtliche Verfügungsbefugnis zukommt oder ob die maßgebliche Einflussmöglichkeit allein auf der Bereitstellung finanzieller Mittel fußt.¹¹²¹ Dieser weite Interpretationsmaßstab muss auch für die Bestimmung des Anspruches auf gleichberechtigten Zugang zu WEM gem § 10 Abs 6 AÜG gelten.

Aus diesem Grund werden auch solche Wohlfahrtseinrichtungen von § 10 Abs 6 AÜG erfasst, die zwar von **Dritten** betrieben werden, hinsichtlich derer dem BI aber eine entsprechende rechtliche oder faktische Verfügungsgewalt zukommt.¹¹²² Diese Wohlfahrtseinrichtungen müssen – wenn nicht ausschließlich, dann doch überwiegend – vom Betrieb bzw Unternehmen des Beschäftigers finanziert werden¹¹²³, sodass der Beschäftiger den (gleichberechtigten) Zugang der Überlassenen erwirken kann.

In der Praxis ist es aber auch nicht unüblich, dass der BI keinen tatsächlichen Einfluss auf die Einrichtung eines Dritten (zB Kindergarten, Schwimmbad, Fitnessstudio, Konzert- oder Theaterveranstalter) hat, dieser aber doch, aufgrund einer entsprechenden Intervention des BI für dessen AN Dienstleistungen zu günstigeren Konditionen anbietet. Diese vergünstigten Dienstleistungen stellen keine betriebs- oder unternehmenseigenen Wohlfahrtseinrichtungen, sondern lediglich – mangels Institutionalisierung – **Wohlfahrtsmaßnahmen** dar, selbst wenn der BI regelmäßig Zuschüsse an diese externen Einrichtungen leistet.¹¹²⁴ Im Hinblick auf § 10 Abs 6 AÜG ist es aber irrelevant, ob es sich

¹¹²⁰ Vgl *Binder in Tomandl*, ArbVG § 95 Rz 8.

¹¹²¹ Vgl *Haider in ZellHB BV Rz 13.14 und 30.18*

¹¹²² So schon zutr *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 550; *Burger in Raschauer/Resch*, Neuerungen 89; *Ders in Wachter/Burger*, Entwicklungen 33; *Haider in ZellHB BV Rz 30.18*; *Schörghofer in Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); ebenfalls *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 237. Allg zur Mitwirkungsbefugnis der Belegschaft gem § 95 ArbVG für den Fall, dass die Wohlfahrtseinrichtung von einem Dritten betrieben wird, vgl bejahend *Eypeltauer*, DRdA 1986, 108; auch *Auer-Mayer in ArbVR III⁵ § 95 Rz 3*; ebenfalls *Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 95 Rz 12, 14 („maßgebende Einflussmöglichkeit auf die Geschäfte der Wohlfahrtseinrichtung“); in diese Richtung auch *Binder (in Tomandl, ArbVG § 95 Rz 8)* wonach Verfügungsmöglichkeit und Zweckwidmung den Ausschlag geben; es kommt auf die Betriebs- oder Unternehmensbezogenheit an, die sich aus der Verfügungsposition, finanzieller Trägerschaft, Zielrichtung oder dem Adressatenkreis ergeben kann, vgl *Binder in Tomandl*, ArbVG § 94 Rz 8.

¹¹²³ Vgl *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 11/154.

¹¹²⁴ Vgl *Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 95 Rz 19, 23; zust *Auer-Mayer in ArbVR III⁵ § 95 Rz 5*; idS auch *Binder in Tomandl*, ArbVG § 95 Rz 7 (insb lit j).

um Wohlfahrtseinrichtungen oder -maßnahmen handelt. Liegt eine Wohlfahrtsmaßnahme im beschriebenen Sinn vor, haben daher auch überlassene Arbeitskräfte gem § 10 Abs 6 AÜG unter den gleichen Bedingungen wie Stamm-AN Anspruch auf die Inanspruchnahme dieser vergünstigten Dienstleistungen Dritter.

4.5. Belegschaftseigene WEM

Vom Anspruch gem § 10 Abs 6 AÜG sind – wie bereits festgestellt wurde – jedenfalls Leistungen, die vom Beschäftiger selbst erbracht werden, erfasst. Darüber hinaus aber auch Wohlfahrtseinrichtungen und –maßnahmen, die der Beschäftiger von Dritten erbringen lässt. Als **Dritter** kommen aber nicht nur Fremdfirmen in Betracht, sondern grundsätzlich auch der **Betriebsrat des Beschäftigetriebes**, wenn dieser WEM betreibt.

Grund hierfür ist, dass die Leiharbeits-RL nicht zwischen belegschaftseigenen (§ 93 ArbVG), also vom BR verwalteten, und betrieblichen („betriebs- und unternehmenseigenen“) Wohlfahrtseinrichtungen iS des § 95 ArbVG differenziert. Aus diesem Grund ist fraglich, ob § 10 Abs 6 AÜG tatsächlich jede Wohlfahrtseinrichtung oder -maßnahme „im Betrieb“ erfasst, oder bloß betriebseigene Wohlfahrtseinrichtungen iSd § 95 ArbVG, welche vom Betriebsinhaber (wenn auch unter Beteiligung des BR) betrieben werden.

Belegschaftseigene Wohlfahrtseinrichtungen gemäß § 93 ArbVG werden – im Gegensatz zu Einrichtungen gem § 95 ArbVG – allein vom Betriebsrat errichtet und verwaltet. Dieses Alleinbestimmungsrecht bezieht sich nach dem Gesetzeswortlaut auf Einrichtungen zu Gunsten der AN und ihrer Familienangehörigen, wobei die Rsp¹¹²⁵ wegen des Normzwecks auch eine Unterstützung ehemaliger AN (insb Betriebspensionisten) zulässt. Obwohl § 93 ArbVG nur die Errichtung und Verwaltung von **Wohlfahrtseinrichtungen** normiert, darf der Betriebsrat auch belegschaftseigene **Wohlfahrtsmaßnahmen** durchführen.¹¹²⁶ Träger der für die Wohlfahrtseinrichtung (und auch -maßnahmen) aufgebrauchten Mittel ist – mangels

¹¹²⁵ Vgl OGH 15.02.2001, 8 ObA 182/00y, DRdA 2002/1, 30 (*Holzer*) = SZ 74/22; OGH 30.06.2005, 8 ObA 13/05b, ARD 5627/5/05 = RdW 2005, 709 = DRdA 2006/24, 286 (*Resch*).

¹¹²⁶ Vgl *Felten* in *Tomandl*, ArbVG § 73 Rz 18 mwH; *Kallab* in *ZellKomm*² § 73 ArbVG Rz 13; *Radner/Preiss* in *ArbVR* II⁵ § 73 Rz 25. Diese Befugnis ergibt sich aus § 73 Abs 1 ArbVG. Wohlfahrtsmaßnahmen stellen Zuwendungen des Betriebsratsfonds an einzelne AN im Anlassfall dar, ohne dass diese Maßnahmen institutionalisiert oder über bestimmte Einrichtungen (zB Vereine, Sozialfonds) gewährt werden, sondern sie werden im Einzelfall vom BR beschlossen.

Vermögensfähigkeit von BR und Belegschaft – der **Betriebsratsfonds**. Es ist aber auch möglich, dass solche belegschaftseigenen WEM vom BI finanziell unterstützt werden.

Die Teilhabe des Betriebsinhabers (insb in finanzieller Hinsicht) ändert aber grds nichts am Charakter als belegschaftseigener Einrichtung, wenn damit keine maßgebende Einflussmöglichkeit des BI auf Bestand und Verwaltung dieser Einrichtung verbunden ist.¹¹²⁷ Bedeutet aber die Einstellung der finanziellen Zuwendungen durch den BI praktisch die Auflösung der Wohlfahrtseinrichtung, ist eine solche jedoch als Einrichtung iSd § 95 ArbVG anzusehen.¹¹²⁸ Kommt dem BI somit maßgeblicher Einfluss zu, dann besteht jedenfalls ein Zugangsanspruch überlassener AN gem § 10 Abs 6 AÜG.

Gegen die Einbeziehung von belegschaftseigenen WEM in den Anwendungsbereich des § 10 Abs 6 AÜG spricht zum einen, dass Adressat dieser Bestimmung allein der **Beschäftigter** ist.¹¹²⁹ Die Leiharbeits-RL bestimmt in Art 6 Abs 4 leg cit allerdings nicht, dass stets der Beschäftigter Anspruchsgegner sein muss. Es ist vielmehr Sache der Mitgliedstaaten, auf welche Weise sie die Vorgaben der Richtlinie national umsetzen.¹¹³⁰ Aufgrund der nationalen Unterscheidung zwischen betriebs- und belegschaftseigenen Einrichtungen ist § 10 Abs 6 AÜG daher nur als Umsetzungsnorm in Bezug auf **betriebs- und unternehmenseigene Einrichtungen iSd § 95 ArbVG** anzusehen.

Ein Zugangsanspruch überlassener AN auf einer anderen gesetzlichen Grundlage ist deshalb aber nicht ausgeschlossen. Überlassenen AN besitzen vielmehr aufgrund ihrer Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG im Beschäftigterbetrieb grds einen Teilhabeanspruch an belegschaftseigenen WEM.¹¹³¹ Werden diese belegschaftseigenen WEM durch den BR-Fonds finanziert, dann haben überlassene Arbeitskräfte unter den gleichen Bedingungen Anspruch auf Teilhabe wie Stamm-AN. Dh sie müssen auch die

¹¹²⁷ Vgl *Auer-Mayer* in *ArbVR III*⁵ § 93 Rz 3; *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 95 Rz 21.

¹¹²⁸ Vgl *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 95 Rz 21.

¹¹²⁹ So auch *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 89; *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 32; auch *Bruckmüller* (ecolex 2013, 550), der hier auch mit dem Wortlaut („im Betrieb“) argumentiert. Ob überlassene AN Zugang zu WEM haben, die vom Beschäftigter-BR gewährt werden, hängt nach *Bruckmüller* davon ab, ob sie betriebsverfassungsrechtlich AN des Beschäftigten sind.

¹¹³⁰ Vgl *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 160.

¹¹³¹ Vgl *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 89; *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 32.

BR-Umlage an den Fonds entrichten, wenn allgemein eine Umlagepflicht im Beschäftigertbetrieb besteht.¹¹³²

Arbeitnehmerähnliche überlassene AN sind grds nicht als AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigertbetrieb anzusehen. Sie werden daher nicht vom Beschäftigertbetriebsrat vertreten und haben keinen Anspruch auf die Nutzung belegschaftseigener Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen. Nach dem Zweck des § 10 Abs 6 AÜG muss man aber zumindest eine **Bemühungspflicht** des Beschäftigerters für den Fall bejahen, dass er den Betriebsratsfonds beim Erhalt und Betrieb der WEM finanziell unterstützt.¹¹³³ Er hat auf den BR dahingehend einzuwirken, dass auch jene überlassenen Arbeitskräfte (das sind eben va Arbeitnehmerähnliche), die keine AN iSd § 36 ArbVG sind und daher nicht vom Beschäftigertbetriebsrat vertreten werden, Zugang zu diesen, vom Beschäftigert finanzierten belegschaftseigenen WEM haben. Der Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zu den bestehenden Einrichtungen soll nicht dadurch umgangen werden können, dass der Beschäftigert anstelle eigener WEM Einrichtungen (und Maßnahmen) Dritter finanziert, die wie in dem Fall der belegschaftseigenen WEM nur dem Stammpersonal zugänglich sind.¹¹³⁴ Dotiert er zweckgebunden Mittel an den Betriebsratsfonds so hat der Beschäftigert daher auch die gleichberechtigte Teilhabe überlassener Arbeitskräfte finanziell zu berücksichtigen.¹¹³⁵

De lege lata besteht somit nur in Ausnahmefällen eine bloße Bemühungspflicht des Beschäftigerters in Hinblick auf belegschaftseigene Einrichtungen. Da Art 6 Abs 4 der Leiharbeits-RL den Zugang zu im Betrieb **bestehenden Einrichtungen und Maßnahmen** als solchen und ohne Unterscheidung zwischen betriebs- und belegschaftseigenen verlangt, genügt diese Bemühungspflicht den unionsrechtlichen Vorgaben wohl nicht.¹¹³⁶ Die Umsetzung in Bezug auf belegschaftseigene Einrichtungen würde die Schaffung eines eigenen Zugangsanspruchs gegenüber dem BR erfordern. Der – zuvor dargestellte – Anspruch aus der Belegschaftszugehörigkeit der Überlassenen ist hier wohl nicht

¹¹³² Vgl *Burger in Raschauer/Resch*, Neuerungen 89; *Ders in Wachter/Burger*, Entwicklungen 32; idS schon *Schlitzer*, infas 2013, 11. Mehr zur Umlagepflicht überlassener Arbeitskräfte findet sich im zweiten Kapitel des vierten Teils der vorliegenden Arbeit.

¹¹³³ So schon zutr *Burger in Raschauer/Resch*, Neuerungen 89; *Ders in Wachter/Burger*, Entwicklungen 33; auch *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 160.

¹¹³⁴ Vgl zutr *Burger in Wachter/Burger*, Entwicklungen 33.

¹¹³⁵ So schon überzeugend *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 237; *Schrattbauer/Goricnik*, DRdA 2013, 284; *Dies*, wbl 2013, 124; aA *Schörghofer in Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017), wonach sich der Anspruch überlassener Arbeitskräfte allein danach richtet, ob sie eine BR-Umlage entrichten oder nicht.

¹¹³⁶ So schon überzeugend *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 160.

ausreichend, da den BR wohl keine diesbezügliche **Gleichbehandlungspflicht** gegenüber der Belegschaft trifft.¹¹³⁷ Es ist somit davon auszugehen, dass die Leiharbeits-RL einen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch der überlassenen AN auf Zugang zu Leistungen der Belegschaft verlangt.¹¹³⁸ Dieses Umsetzungsdefizit ist folglich schnellstmöglich zu beheben.

Ein Sonderproblem stellt sich im Hinblick auf betriebs- und unternehmenseigene Wohlfahrtseinrichtungen iS des § 95 ArbVG, bei welchen mittels Betriebsvereinbarung die **Alleinverwaltung**¹¹³⁹ durch den BR vereinbart wurde. Hier könnte man argumentieren, dass überlassene Arbeitskräfte – mangels Einflussmöglichkeit des Beschäftigers – ihren Anspruch nur gegenüber dem BR geltend machen können.

Wie zuvor gezeigt werden konnte, besitzen überlassene Arbeitskräfte aber de lege lata gem § 10 Abs 6 AÜG keinen Anspruch gegenüber dem Betriebsrat. Der Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zu den im Betrieb bestehenden Einrichtungen soll aber nicht dadurch umgangen werden können, dass der Beschäftiger die Alleinverwaltung der Wohlfahrtseinrichtungen gem § 95 ArbVG an einen Dritten – hier den BR – überträgt. Somit ist davon auszugehen, dass der Beschäftiger auch bei vereinbarter Alleinverwaltung durch den BR immer noch allein verpflichtet ist. Er hat folglich die Ausgestaltung der Wohlfahrtseinrichtung und die konkreten Kriterien für die Verwaltung so festzulegen, dass dem Zugangsanspruch gem § 10 Abs 6 AÜG genüge getan wird. Es ist jederzeit möglich, eine bereits errichtete (und entsprechend ausgestaltete) Einrichtung später wieder umzugestalten, ohne dass damit eine Neuerrichtung verbunden sein muss. Eine solche Veränderung der Ausgestaltung einer Wohlfahrtseinrichtung ist von deren Verwaltung zu unterscheiden.¹¹⁴⁰

Die generell-abstrakte Festlegung der finanziellen Ausstattung und Widmung zählt zur Ausgestaltung der Wohlfahrtseinrichtung.¹¹⁴¹ Diese kann der BI entweder selbst festlegen oder gem § 95 Abs 2 ArbVG mittels fakultativer BV gemeinsam mit dem BR festlegen. Hat der Beschäftiger die Ausgestaltung selbst festgelegt, hat er diese

¹¹³⁷ Vgl *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 160.

¹¹³⁸ So schon überzeugend *Kietaibl*, Arbeitsrecht I 160; zust *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); aA *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 32.

¹¹³⁹ So zumindest *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 95 Rz 12; aA *Jabornegg* (in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 95 Rz 62), wonach die Verwaltung maximal bis zur gleichberechtigten Mitbestimmung ausgestaltet werden kann.

¹¹⁴⁰ Vgl *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 95 Rz 49.

¹¹⁴¹ Vgl *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 95 Rz 51.

entsprechend anzupassen, um den Vorgaben des § 10 Abs 6 AÜG zu entsprechen. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der mit dem BR geschlossenen fakultativen BV. Hier stehen dem BI die Möglichkeit der Neuverhandlung und bei deren Scheitern, die Kündigung gem § 32 Abs 1 ArbVG zur Verfügung. Nach dem Erlöschen der BV kann der BI die Ausgestaltung der Einrichtung wieder selbst festlegen.¹¹⁴²

Gemäß § 95 Abs 1 ArbVG sind Art und Umfang der Teilnahme des BR an der Verwaltung durch BV zu regeln. In dieser BV wird das konkrete Maß der Teilhabe bestimmt. Es handelt sich hierbei um eine erzwingbare Betriebsvereinbarung. Sollte in diesem Zusammenhang – um § 10 Abs 6 AÜG zu entsprechen – eine Abänderung der Verwaltungsrichtlinien notwendig sein, so kann der BI jederzeit die Abänderung bei der Schlichtungsstelle erzwingen.

5. Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung

Gemäß Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL kann eine ungleiche Behandlung von Leiharbeitnehmern im Hinblick auf den Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -maßnahmen aus **objektiven Gründen** gerechtfertigt werden. Wann solche objektiven Gründe vorliegen und folglich eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist, lässt die Leiharbeits-RL aber offen.

Der Begriff der „*objektiven Gründe*“ wurde in der deutschen Übersetzung erstmals in der finalen Fassung der Leiharbeits-RL 2008/104/EG verwendet. In beiden vorangegangenen Richtlinienvorschlägen wurde noch auf das Vorliegen „*sachliche(r) Gründe*“ abgestellt.¹¹⁴³ Eine Definition der „*sachliche(n) Gründe*“ im Hinblick auf Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL findet sich weder in der Richtlinie noch in den Materialien hierzu. Die Kommission hat in ihrer Folgenabschätzung aber die „*sachlichen Gründe*“ iSd Art 5 Abs 1 des ersten Entwurfs der Leiharbeits-RL definiert. Eine unterschiedliche Behandlung ist demnach aus sachlichen Gründen gerechtfertigt, „*wenn der Leiharbeitnehmer sich je nach Umständen in einer anderen Situation befindet als der normalerweise vergleichbare Arbeitnehmer, was erklärt, dass er nicht die gleiche Behandlung erwarten kann*“¹¹⁴⁴.

¹¹⁴² Aufgrund des gewollten „*kollektiven Charakters*“ der Leistungen aus einer Wohlfahrtseinrichtung ist im Zweifel eine bloß schuldrechtliche Wirkung der BV anzunehmen, vgl *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 95 Rz 55.

¹¹⁴³ Vgl Art 5 Abs 1 und Art 6 Abs 4 KOM(2002) 149 endg C 203 E/3f; Art 6 Abs 4 KOM(2002) 701 endg 13.

¹¹⁴⁴ KOM(2002) 149 endg 14.

Diese Begriffsbestimmung kann grds auch auf die „*sachlichen Gründe*“ gem Art 6 Abs 4 Leiharbeits-RL übertragen werden.¹¹⁴⁵ Dagegen spricht auch nicht, dass Art 6 Abs 4 in der letztlich verlautbarten Version der Leiharbeits-RL von „*objektiven Gründen*“ spricht. Die Änderung ist lediglich auf eine unterschiedliche Übersetzung im Deutschen der in allen anderen Fassungen der Richtlinie gleich gebliebenen „*objective reasons*“ zurückzuführen und hat deshalb keine Auswirkungen auf den Begriffsinhalt.¹¹⁴⁶ Es ist daher von einem gleichbleibenden Begriffsverständnis der sachlichen/objektiven Gründe auszugehen.

Zur **näheren Konkretisierung** des Inhalts der sachlichen Gründe kann darüber hinaus auch auf den vom EuGH im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung des Art 157 AEUV (Art 141 EGV aF) entwickelten Maßstab zurückgegriffen werden.¹¹⁴⁷ Danach muss der für die „*Ungleichbehandlung angeführte Grund einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens entsprechen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sein*“¹¹⁴⁸. Dabei ist der Anspruch auf Zugang dem Ziel der Leiharbeits-RL entsprechend weit auszulegen und die Ausnahme aus objektivem/sachlichem Grund entsprechend restriktiv.¹¹⁴⁹

Zusammengefasst liegen sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Ausschlusses überlassener Arbeitskräfte von dem Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen somit dann vor, wenn der für die Ungleichbehandlung angeführte Grund einem wirklichen Bedürfnis des Beschäftigers entspricht und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist. Es ist daher auch immer eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Der Ausschluss überlassener Arbeitskräfte stellt dabei die ultima ratio dar. Bei der Bestimmung der sachlichen Gründe ist auch auf Art und Zweck der Wohlfahrtseinrichtung

¹¹⁴⁵ So schon zutr *Sansone*, Gleichstellung 499f.

¹¹⁴⁶ Schon zutr *Sansone*, Gleichstellung 500.

¹¹⁴⁷ So auch schon zutr *Sansone*, Gleichstellung 501; ähnlich der Vorschlag von *Thüsing/Stiebert* (Equal Pay in der Arbeitnehmerüberlassung zwischen Unionsrecht und nationalem Recht, ZESAR 5-6/12, 202), die hierzu auf die Rsp des BAG zu § 8 dtAGG im Hinblick auf die Voraussetzungen der Rechtfertigung einer Diskriminierung zurückgreifen wollen.

¹¹⁴⁸ EuGH 13.05.1986, C-170/84, Slg 1986, I-01607 Rn 36 (*Bilka*); EuGH 26.06.2001, C-381/99, Slg 2001, I-04961 Rn 67 (*Brunnhöfer*).

¹¹⁴⁹ Dieses Auslegungsergebnis entspricht auch der Auffassung der Kommission. Für die Kommission scheint es sehr schwierig Situationen zu finden, in denen eine unterschiedliche Behandlung von überlassenen AN und Stamm-AN gerechtfertigt werden kann, so explizit Expert Group Report (2011) 39. Eine unterschiedliche Behandlung, bei der überlassene AN ungünstigere Bedingungen hinnehmen müssen als Stamm-AN, soll nach Ansicht der Kommission die Ausnahme bleiben, vgl COM(2014) 176 final 16.

und -maßnahme abzustellen.¹¹⁵⁰ Der sachliche Grund für den Ausschluss überlassener Arbeitskräfte kann demnach auch in der WEM selbst begründet sein.¹¹⁵¹

Eine Ungleichbehandlung aus objektiven/sachlichen Gründen ist danach insb dann gerechtfertigt, wenn die zeitlich begrenzte Tätigkeit der überlassenen Arbeitskraft beim Beschäftiger den Zugang zu WEM im Beschäftigerbetrieb **unmöglich** macht oder mit **unverhältnismäßig** hohem Aufwand verbunden ist.¹¹⁵² Überlassene Arbeitskräfte können aber nur dann zulässigerweise ausgeschlossen werden, wenn auch kurzfristig beschäftigtes Stammpersonal keinen Zugang hat. Ansonsten würden überlassene Arbeitskräfte über das Merkmal der „Einsatzdauer“ **mittelbar** aufgrund ihrer Eigenschaft als überlassene Arbeitskräfte benachteiligt, was nach Wortlaut und Zweck der Bestimmung gerade verhindert werden soll.¹¹⁵³ Zulässig wäre danach zB die Beschränkung des Zugangs zum Betriebskindergarten, wenn diese für alle kurzfristig im Beschäftigerbetrieb Beschäftigten gleichermaßen gilt.¹¹⁵⁴ Allein die Sorge um das Kindeswohl stellt aber entgegen *Bruckmüller*¹¹⁵⁵ keinen zulässigen Grund für den Ausschluss kurzfristig überlassener Arbeitskräfte von Kinderbetreuungseinrichtungen des Beschäftigers dar. Auch ein solcher Ausschluss wäre nur dann zulässig, wenn auch kurzfristig beschäftigte Stamm-AN aus diesem Grund der Zugang verwehrt wird.

Schon aus Art 6 Abs 4 der Leiharbeits-RL geht klar hervor, dass überlassene AN nur zu den **gleichen Bedingungen** wie Stamarbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten haben. Dh, ihr Anspruch ist von der Erfüllung der im Beschäftigerbetrieb für alle Beschäftigten geltenden (zusätzlichen) Leistungsvoraussetzungen abhängig (zB Wartezeit, Bedürftigkeit, Kinderanzahl, Entfernung zwischen Wohnort und Arbeitsstätte).¹¹⁵⁶ Diese Einschränkungen, die auch für

¹¹⁵⁰ Vgl so schon *Schrank*, RdW 2013/38, 33; auch *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 90; *Burger* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 33. *Burger* will hier auf sachlichen Gründe iSd § 2b Abs 1 AVRAG abstellen.

¹¹⁵¹ So zutr *Schrank*, RdW 2013/38, 33; auch *Hamann*, RdA 2011, 337.

¹¹⁵² So schon zutr *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 90 (insb FN 88); *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 33; *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552f; *Lembke*, NZA 2011, 325; allg dazu auch schon idR *Priewasser*, Betriebsratsfonds 90; *Sansone*, Gleichstellung 501; *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 5-6/12, 202.

¹¹⁵³ Vgl zutr *Hamann*, RdA 2011, 338; *Haider* in *ZellHB BV Rz* 30.40.

¹¹⁵⁴ So überzeugend *Haider* in *ZellHB BV Rz* 30.40.

¹¹⁵⁵ *Ecolex* 2013, 553; aA *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 90 (insb FN 88); *Ders* in *Wachter/Burger*, Entwicklungen 33.

¹¹⁵⁶ So schon zutr *Hamann*, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2011, 77; idS auch Expert Group Report (2011) 39; *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 29: zB eine Mindestbeschäftigungsdauer für den begünstigenden Einkauf von (teuren) Produkten des Beschäftigers; *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552: zB die Nutzung des Betriebskindergartens an die Anzahl der Kinder der

Stammarbeitnehmer gelten, sind dabei mitunter sinngemäß zu deuten.¹¹⁵⁷ Hierin ist idR keine unsachliche Benachteiligung überlassener Arbeitskräfte zu erblicken. Der Vorschlag von *Körber-Risak*¹¹⁵⁸ wiederum, die Sechsmonatsfrist, welche von Teilen der Lehre im Hinblick auf den betriebsverfassungsrechtlichen AN-Status vertreten wird, als „sachgerechte Unterscheidung“ iSd § 10 Abs 6 AÜG für die Teilnahme an bestimmten WEM fruchtbar zu machen, ist nach zuvor Gesagtem mangels sachlicher/objektiver Begründung strikt abzulehnen. Auch fehlende Kapazitäten stellen auf Dauer keinen objektiven/sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung dar.¹¹⁵⁹ Frei werdende Plätze sind unter den Stammarbeitnehmern und den überlassenen Arbeitskräften nach denselben Verteilungsregeln neu zu vergeben.¹¹⁶⁰ Auch Stichtagsregelungen, die für alle Beschäftigten des Betriebes gelten, sind unproblematisch.¹¹⁶¹

Kein objektiver/sachlicher Grund liegt zudem vor, wenn die Ungleichbehandlung **unmittelbar** an die Eigenschaft „überlassene Arbeitskraft“ oder die Überlassung selbst geknüpft wird.¹¹⁶² Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Status „überlassene Arbeitskraft“ liefe gänzlich dem Zweck der Leiharbeits-RL als Ganzer und Art 6 Abs 4 leg cit im Speziellen zuwider.¹¹⁶³ Gleichfalls sind Kriterien unzulässig, die überlassene Arbeitskräfte **mittelbar** unsachlich vom Zugang zu WEM ausschließen.¹¹⁶⁴ Das ist zB

Arbeitskraft oder an die finanzielle Bedürftigkeit geknüpft werden kann. Oder aber, dass ein Parkplatz nur Mitarbeitern, die nicht oder erschwert mit öffentlichen Verkehrsmitteln zum Betrieb gelangen können zur Verfügung gestellt wird. Allg zur Möglichkeit den begünstigten Personenkreis zu bestimmen, vgl *Korenjak*, Wohlfahrtseinrichtungen 138f.

¹¹⁵⁷ Vgl zutr *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 29f; zB ist eine sachlich gut gerechtfertigte (§ 2b AVRAG) Einschränkung gegenüber befristet beschäftigten Stammarbeitnehmer sinngemäß auch auf überlassene Arbeitskräfte mit fixem Einsatzende vergleichbarer Dauer anzuwenden.

¹¹⁵⁸ In *ZellHB BV Rz 8.17*. Zudem würde eine solche starre Grenze – wie *Körber-Risak* selbst anmerkt – zu Umgehungen reizen.

¹¹⁵⁹ So schon zutr *Hamann*, *EuZA* 2/2009, 319; *Ders*, *RdA* 2011, 338; zust *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 553; auch *Burger* in *Wachter/Burger*, *Entwicklungen* 33; ebenfalls *Expert Group Report* (2011) 39.

¹¹⁶⁰ Abweichend zT *Expert Group Report* (2011) 39. Nach Ansicht der Expertengruppe soll auch die Unmöglichkeit den Bedarf der Stamm-AN zu decken Differenzierungen bei der Platzvergabe im Rahmen von Kinderbetreuungseinrichtungen sachlich rechtfertigen können.

¹¹⁶¹ So schon zutr *Schörghofer* in *Brodil*, *Diener fremder Herren* (erscheint voraussichtlich 2017).

¹¹⁶² So schon zutr *Hamann*, *NZA* 2011, 77; *Ders*, *EuZA* 2/2009, 319; zust *Sansone*, *Gleichstellung* 500; idS auch *Schrank*, *RdW* 2013/38, 33; ebenfalls *Burger* in *Raschauer/Resch*, *Neuerungen* 90; *Ders* in *Wachter/Burger*, *Entwicklungen* 33; *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 552; auch *Schindler* in *Raschauer/Resch*, *Neuerungen* 29.

¹¹⁶³ Vgl auch schon zutr *Hamann*, *EuZA* 2/2009, 319; idS auch idS auch *Schindler* (in *Raschauer/Resch*, *Neuerungen* 29) wonach das Nichtbestehen eines AV zum Beschäftigten keinen sachlichen Grund darstellt, da die Pflicht zur Gleichbehandlung trotz dieses Unterschiedes ja gerade zentraler Inhalt der Anordnung ist.

¹¹⁶⁴ So schon zutr *Hamann* (*NZA* 2011, 77 auch *EuZA* 2/2009, 319), der als Beispiel den Fall nennt, dass eine Benützungsregelung im Beschäftigterbetrieb normiert, dass AN, die voraussichtlich weniger als ein Jahr im Betrieb tätig sind keinen Anspruch auf Nutzung des Betriebskindergartens haben. Da die Gruppe der

dann der Fall, wenn scheinbar sachliche Gründe faktisch dazu führen, dass nur die Gruppe der überlassenen Arbeitskräfte im Beschäftigertbetrieb ganz oder doch überwiegend vom Ausschluss betroffen ist. Ein Beispiel hierfür kann die Festsetzung einer (langen) Wartezeit sein – auch wenn diese ebenfalls für Stamm-AN gilt – weil überlassene AN typischerweise kürzer im Betrieb beschäftigt sind.¹¹⁶⁵ Für die Beantwortung der Frage, ob diese mittelbare Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt werden kann, ist primär auf Art und Zweck der Wohlfahrtseinrichtung oder -maßnahme abzustellen.

Ein sachlicher Grund für die mittelbare Benachteiligung aufgrund einer langen Wartezeit kann zB darin gesehen werden, dass mit der WEM die **Betriebstreue** belohnt werden soll.¹¹⁶⁶ Die Normierung einer längeren Wartezeit und die daraus erwachsene mittelbare Ungleichbehandlung überlassener Arbeitskräfte wäre somit im Hinblick auf Art und Zweck der WEM gerechtfertigt. Ein völliger Ausschluss wäre hingegen nicht verhältnismäßig, da auch langdauernde Überlassungen nicht verboten sind und in der Praxis immer wieder vorkommen.¹¹⁶⁷ Die Wartezeit zB für den Anspruch auf Nutzung eines betriebseigenen Urlaubsheimes, muss somit sowohl für Stammbeschäftigte als auch überlassene Arbeitskräfte gelten. Haben überlassene Arbeitskräfte die (lange) Wartezeit absolviert, so spricht mE nichts dagegen auch ihre Betriebstreue mit einem Zugangsanspruch zu belohnen.

Im Schrifttum¹¹⁶⁸ wird als objektiver/sachlicher Grund mitunter auch das „*Bestehen gleichwertiger Einrichtungen im Überlasserbetrieb*“ genannt. Schon im Begutachtungsverfahren regten die IV und die WKO an, vom Überlasser zur Verfügung gestellte WEM als Beispiel für objektive Gründe zu nennen (**Vermeidung von Doppelversorgung**).¹¹⁶⁹ Dieser Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen. Ein Ausschluss

unterjährig Beschäftigten in Deutschland zu 90% aus überlassenen AN besteht käme es hier nach *Hamann* zu einem mittelbaren unsachlichen Ausschluss. Zust *Sansone*, Gleichstellung 500; ebenso *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 553; *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017); *Ders*, ZAS 2012/61, 343.

¹¹⁶⁵ Vgl zutr *Hamann*, EuZA 2009, 319; zust *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

¹¹⁶⁶ So schon *Klumpp*, Die neue Leiharbeitsrichtlinie, GPR 2009, 91; auch *Robin-Olivier*, ELLJ 2010/3, 402; *Schörghofer* in *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017), mit der Einschränkung, dass dies wohl nur bei freiwilligen Leistungen des AG eine sachliche Rechtfertigung darstellen wird; generell kritisch *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 553.

¹¹⁶⁷ Vgl dazu die Ausführungen im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit.

¹¹⁶⁸ So zB *Pöschl/Unterrieder*, *ecolex* 2012, 1001; zust *Burger* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen 90; ebenso *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 553: „gleichartige“.

¹¹⁶⁹ Vgl *Burz*, Stellungnahme der IV, 18/SN-366/ME 24. GP 2; *Gleißner*, Stellungnahme der WKO, 20/SN-366/ME 24. GP 3.

überlassener Arbeitskräfte im Beschäftigerbetrieb ist daher prinzipiell zulässig, wenn sie Anspruch auf eine gleichwertige Leistung im Überlasserbetrieb haben.¹¹⁷⁰ Problematisch ist in diesem Zusammenhang aber die Beurteilung der **Gleichwertigkeit** der Einrichtung/Maßnahme.

Zum einen muss die Nutzung der WEM im Überlasserbetrieb der überlassenen Arbeitskraft auch während der Dauer der Überlassung *zumutbar* sein.¹¹⁷¹ Zum anderen stellen die jeweiligen Angebote in vielen Fällen auf die soziale Teilhabe in verschiedenen Betriebsbelegschaften ab, weshalb es schon aus diesem Grund idR an der geforderten „*Gleichwertigkeit*“ mangelt.¹¹⁷²

Dies zeigt sich insb deutlich am Beispiel von Weihnachtsfeiern oder Betriebsausflügen. Findet sowohl im Überlasser- als auch Beschäftigerbetrieb eine Weihnachtsfeier statt, so kann den überlassenen Arbeitskräften nicht mit dem Hinweis einer allfälligen Doppelversorgung der Zugang zur Weihnachtsfeier des Beschäftigers versagt werden.¹¹⁷³ Der Zweck des § 10 Abs 6 AÜG besteht ja gerade darin, überlassenen AN die Teilhabe am sozialen Betriebsgeschehen und damit die Integration im Beschäftigerbetrieb zu ermöglichen. Dieser Zweck kann unmöglich erreicht werden, wenn die überlassene Arbeitskraft mit dem Argument der Doppelversorgung von der Teilnahme an der Weihnachtsfeier im Beschäftigerbetrieb ausgeschlossen wird. Hier liegt somit trotz augenscheinlich gleicher Leistung keine Gleichwertigkeit vor. Natürlich lassen sich aber auch Beispiele für Einrichtungen/Maßnahmen finden, bei denen der Ausschluss des Zugangsrechts aufgrund des Arguments der Doppelversorgung durchaus sachlich gerechtfertigt sein kann.¹¹⁷⁴

Im vierten Teil der vorliegenden Arbeit wurde die **Betriebsratsumlagepflicht** überlassener Arbeitnehmer untersucht. Dabei wurde festgestellt, dass eine Umlagepflicht in beiden Betrieben iVm einer Deckelung der Umlage mit insgesamt 0,5% eine der Intention der Betriebsverfassung entsprechende und die verschiedenen Interessen

¹¹⁷⁰ So schon zutr *Pöschl/Unterrieder*, *ecolex* 2012, 1001; zust *Burger* in *Raschauer/Resch*, *Neuerungen* 90; *Bruckmüller*, *ecolex* 2013, 553.

¹¹⁷¹ Vgl zutr *Schörghofer* in *Brodil*, *Diener fremder Herren* (erscheint voraussichtlich 2017).

¹¹⁷² In diese Richtung auch *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 240.

¹¹⁷³ Vgl dazu auch die überzeugenden Ausführungen von *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 239f.

¹¹⁷⁴ So zumindest *Schrattbauer*, *Arbeitskräfteüberlassung* 240 (insb FN 907). Sie nennt als Beispiel das Vorhandensein vergleichbarer Kinderbetreuungsangebote bei Überlasser und Beschäftiger. Hier stellt sich allerdings auch wieder die grundsätzliche Frage der Gleichwertigkeit der Leistung. Wie auch *Schrattbauer* richtig ausführt, könnten zB längere oder umständliche Anfahrtswege zur Betreuungseinrichtung des Überlassers potentiell wieder die Gleichwertigkeit des Angebots ausschließen.

ausgleichende, pragmatische wie auch sachliche Lösung darstellt. Sollten die Umlagen in beiden Betrieben die 0,5%-Grenze überschreiten, ist eine anteilige Kürzung erforderlich. Im Hinblick auf dieses Auslegungsergebnis könnte man nun für den Fall, dass eine WEM vom Betriebsratsfonds mitfinanziert wird, über eine Ausnahme von überlassenen AN nachdenken, wenn sie aufgrund des Gebotes der anteiligen Kürzung im Beschäftigertbetrieb die Umlage nicht in voller Höhe bezahlen. Wie aber bereits *Schörghofer*¹¹⁷⁵ zutreffend herausgearbeitet hat, ergibt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit aber, dass der Ausschluss im vorliegenden Fall nicht das gelindeste Mittel darstellt. Vielmehr ist den überlassenen AN die Möglichkeit zu geben, ihren fehlenden Anteil an der Finanzierung durch einen Zuschuss auszugleichen. Da ein gelinderes Mittel existiert, ist ein gänzlicher Ausschluss daher nicht gerechtfertigt.

6. Zusammenfassung

In diesem Kapitel wurden Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Zugang überlassener Arbeitskräfte zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen gem § 10 Abs 6 AÜG im Beschäftigertbetrieb untersucht. Eingangs wurde der konkrete Inhalt des Begriffspaars „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ iSd § 10 Abs 6 AÜG erforscht. Es hat sich gezeigt, dass dieses Begriffspaar richtlinienkonform auszulegen ist, wobei bis zu einem gewissen Grad auf die für das ArbVG herausgearbeiteten Definitionen zurückgegriffen werden kann.

Im Anschluss daran wurden einige wesentliche Abgrenzungsfragen untersucht. Dabei hat sich gezeigt, dass Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, aufgrund der *lex specialis* des § 12 Abs 5 AÜG nicht unter den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme gem § 10 Abs 6 AÜG subsumierbar sind. Das gilt auch für Systeme der betrieblichen Altersvorsorge gem § 2 Z 2 und 3 BPG, die nicht unter § 10 Abs 1a AÜG fallen. Im Anschluss daran wurde der Frage nachgegangen, ob unter Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 AÜG auch Maßnahmen mit Entgeltcharakter (iSv Gewährung entgeltwerter Vorteile) subsumiert werden können. Die Untersuchung hat hier ergeben, dass es im Zweifel iS einer richtlinienkonformen Interpretation darauf ankommen muss, ob die Einrichtung oder Maßnahme einen „*Gemeinschaftsaspekt*“ aufweist, dh der Förderung der betrieblichen Integration dient. Zudem ergibt sich aus dem Telos der Leiharbeits-RL, dass hier Umgehungsversuche hintan zu halten sind. Aus diesem Grund ist davon auszugehen,

¹¹⁷⁵ In *Brodil*, Diener fremder Herren (erscheint voraussichtlich 2017).

dass Maßnahmen mit Entgeltcharakter, die das Vorhandensein von Wohlfahrtseinrichtungen substituieren unter den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme gem § 10 Abs 6 AÜG und nicht des § 10 Abs 1 AÜG zu subsumieren sind. Grund hierfür ist, dass sie als als Wohlfahrtseinrichtung organisiert, unzweifelhaft dem § 10 Abs 6 AÜG unterliegen würden. Darüber hinaus hat sich in diesem Zusammenhang gezeigt, dass es für die Beurteilung des Anspruches gem § 10 Abs 6 AÜG vollkommen irrelevant ist, ob die Einrichtung oder Maßnahme vom Beschäftiger gänzlich unentgeltlich oder nur verbilligt angeboten wird. Eigen- bzw Kostenbeiträge schaden daher der Qualifikation als WEM iSd § 10 Abs 6 AÜG nicht.

§ 10 Abs 6 AÜG verwendet anstelle des von der Leiharbeits-RL geforderten Bezugsrahmens „*entleihende Unternehmen*“ den Begriff „*Betrieb*“. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die unterschiedliche Terminologie keine Auswirkungen auf den Zugangsanspruch überlassener Arbeitskräfte hat. Im Anschluss daran wurde die Reichweite des Anspruches gem § 10 Abs 6 AÜG untersucht. Da sich der Anspruch direkt gegen den BI des Beschäftigerbetriebes richtet, haben überlassene Arbeitskräfte danach jedenfalls zu den gleichen Bedingungen Zugang zu betriebs- und unternehmenseigenen Wohlfahrtseinrichtungen gem § 95 ArbVG wie Stammarbeitnehmer. § 95 ArbVG umfasst aber nur betriebliche Wohlfahrtseinrichtungen, nicht auch betriebliche Wohlfahrtsmaßnahmen. Die Unterscheidung ist in Bezug auf § 10 Abs 6 AÜG aber nicht relevant, da diese Bestimmung sowohl Wohlfahrtseinrichtungen als auch -maßnahmen erfasst. Überlassene Arbeitskräfte haben danach auch einen gleichberechtigten Zugang zu direkt vom Beschäftiger erbrachten Wohlfahrtsmaßnahmen. Eine Besonderheit des Rechtsanspruches des § 10 Abs 6 AÜG besteht darin, dass der österreichische Gesetzgeber den Anspruch nicht auf bestimmte Rechtsgrundlagen im Beschäftigerbetrieb beschränkt hat. Somit sind auch rein faktische Verhaltensweisen relevant, also auch Leistungen, die unter Unverbindlichkeitsvorbehalt vom Beschäftiger erbracht werden. Der Beschäftiger, der WEM zur Verfügung stellt, ist nicht verpflichtet neue einzuführen oder bestehende (finanziell) auszubauen.

Des Weiteren hat die Untersuchung ergeben, dass auch solche Wohlfahrtseinrichtungen von § 10 Abs 6 AÜG erfasst sind, die zwar von Dritten erbracht werden, hinsichtlich derer dem BI aber eine entsprechende rechtliche oder faktische Verfügungsgewalt zukommt. In der Praxis ist es aber auch nicht unüblich, dass der BI keinen tatsächlichen Einfluss auf die Einrichtung eines Dritten hat, dieser aber doch – aufgrund einer entsprechenden Intervention des BI – für dessen AN Dienstleistungen zu

günstigeren Konditionen anbietet. In einem solchen Fall liegt keine Wohlfahrtseinrichtung sondern eine Wohlfahrtsmaßnahme vor. Überlassene Arbeitskräfte haben daher gem § 10 Abs 6 AÜG unter den gleichen Bedingungen wie Stamm-AN Anspruch auf die Inanspruchnahme dieser vergünstigten Dienstleistungen Dritter.

Da die Leiharbeits-RL nicht zwischen belegschaftseigenen (§ 93 ArbVG), also vom BR verwalteten, und betrieblichen („betriebs- und unternehmenseigenen“) Wohlfahrtseinrichtungen iS des § 95 ArbVG differenziert, war zudem zu klären, ob § 10 Abs 6 AÜG tatsächlich jede WEM „im Betrieb“ erfasst, oder bloß betriebseigene Wohlfahrtseinrichtungen iSd § 95 ArbVG, welche vom BI (wenn auch unter Beteiligung des BR) betrieben werden. Aufgrund der nationalen Unterscheidung zwischen betriebs- und belegschaftseigenen Einrichtungen ist § 10 Abs 6 AÜG nur als Umsetzungsnorm in Bezug auf betriebs- und unternehmenseigene Einrichtungen iSd § 95 ArbVG anzusehen. Überlassenen AN kommt daher nur aufgrund ihrer Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG im Beschäftigertbetrieb ein Teilhabeanspruch an belegschaftseigenen WEM zu. Werden diese vom BR-Fonds finanziert und leisten überlassene AN eine Umlage, haben sie unter den gleichen Bedingungen wie Stamm-AN Anspruch auf Teilhabe. Da arbeitnehmerähnliche überlassene AN grds nicht als AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigertbetrieb anzusehen sind, haben sie keinen Anspruch auf die Nutzung belegschaftseigener WEM. Nach dem Zweck des § 10 Abs 6 AÜG muss man aber eine Bemühungspflicht des Beschäftigers zumindest für den Fall bejahen, das er den Betriebsratsfonds beim Erhalt und Betrieb der WEM finanziell unterstützt.

Da Art6 Abs 4 der RL den Zugang zu im Betrieb bestehenden Einrichtungen und Maßnahmen als solchen und ohne Unterscheidung zwischen betriebs- und belegschaftseigenen verlangt, genügt diese Bemühungspflicht den unionsrechtlichen Vorgaben wohl nicht. Es ist davon auszugehen, dass die Leiharbeits-RL einen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch der überlassenen AN auf Zugang zu Leistungen der Belegschaft verlangt. Der Anspruch, der sich aus der Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG ergibt ist hier nicht ausreichend, da den BR wohl keine diesbezügliche Gleichbehandlungspflicht gegenüber der Belegschaft trifft. Dieses Umsetzungsdefizit ist somit schnellstmöglich zu beheben.

Darüber hinaus konnte gezeigt werden, dass der Beschäftiger auch bei vereinbarter Alleinverwaltung durch den BR im Rahmen einer Wohlfahrtseinrichtung iSd § 95 ArbVG verpflichtet ist die Ausgestaltung der Wohlfahrtseinrichtung und die konkreten Kriterien

für die Verwaltung so festzulegen, dass dem Zugangsanspruch gem § 10 Abs 6 AÜG genüge getan wird.

Abschließend wurden die Voraussetzungen für das Vorliegen sachlicher Gründe für den Ausschluss überlassener Arbeitskräfte von WEM untersucht. Es konnte festgestellt werden, dass ein sachlicher Grunde immer dann vorliegt, wenn der Grund für die Ungleichbehandlung einem wirklichen Bedürfnis des Beschäftigers entspricht und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist. Es ist daher immer eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angezeigt. Der Ausschluss stellt die ultima ratio dar. Bei der Bestimmung der sachlichen Gründe ist insb auch auf Art und Zweck der WEM abzustellen.

VI. Teil

Thesen

In der vorliegenden Arbeit wurden ausgewählte betriebsverfassungsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Überlassung von Arbeitskräften an Dritte untersucht. An dieser Stelle werden die wichtigsten Ergebnisse thesenartig zusammengefasst, nicht aber alle dahinter stehenden Erwägungen. Die Gliederung entspricht der Systematik der Arbeit.

I. Teil: Hintergrund und Anlage der Untersuchung

1. Betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Überlassung von Arbeitskräften bestimmen sich alleine nach dem II. Teil des ArbVG. Das AÜG enthält keine betriebsverfassungsrechtlichen Normen.
2. Das ArbVG geht vom klassischen, zweipersonalen Arbeitsverhältnis aus, bei dem die Arbeitskraft nur zu einem Betrieb in Beziehung steht. Aus diesem Grund wirken die betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungs- und Regulierungsinstrumente in Bezug auf die Arbeitskräfteüberlassung nicht so wie man es gewohnt war und ist.

II. Teil: Grundlagen

1. Rechtsverhältnisse der beteiligten Akteure

- 1.1. Arbeitskräfteüberlassung liegt vor, wenn eine überlassene Arbeitskraft für betriebseigene Aufgaben eines Beschäftigers in dessen Betrieb faktisch eingesetzt wird.
- 1.2. Zwischen dem Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft muss eine wie immer geartete vertragliche Vereinbarung bestehen, welche die überlassene Arbeitskraft dazu verpflichtet, ihre dem Überlasser geschuldete Arbeitsleistung nicht unmittelbar diesem, sondern gegenüber dem Beschäftiger zu erbringen.
- 1.3. Dem Überlasser verbleiben im Verhältnis zur überlassenen Arbeitskraft aber dennoch wichtige Gestaltungsrechte und ihn treffen auch während der Überlassung die typischen Arbeitgeberpflichten.
- 1.4. Zwischen dem Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskraft besteht – mangels besonderer Abrede – keine unmittelbare vertragliche Beziehung.

- 1.5. Damit der Beschäftiger die überlassene Arbeitskraft in seinem Betrieb einsetzen kann, müssen ihm vom Überlasser Weisungsrechte delegiert werden. Den Beschäftiger treffen darüber hinaus ex lege bestimmte Arbeitgeberpflichten.
- 1.6. Beim Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftiger handelt es sich um eine Beziehung zwischen zwei Gewerbetreibenden, weshalb hier kein Schutzbedarf besteht.

2. Abgrenzungsfragen

- 2.1. Bei der Beschäftigung mit dem Rechtsinstitut der Arbeitskräfteüberlassung stößt man unweigerlich auf Abgrenzungsfragen zu Konstrukten, die sich ebenfalls durch Dritt- bzw Dreiecksbeziehungen auszeichnen. Das sind insb die Werkvertragserfüllung durch Gehilfen, das mittelbare Arbeitsverhältnis und die Arbeitsvermittlung.
- 2.2. Mithilfe von § 4 AÜG wird die Arbeitskräfteüberlassung von der Werkvertragserfüllung durch Gehilfen abgegrenzt. Schon bei Vorliegen eines der in § 4 Abs 2 AÜG genannten vier Merkmale liegt Arbeitskräfteüberlassung vor.
- 2.3. Beim mittelbaren Arbeitsverhältnis ist der Mittelsmann (Überlasser) – im Unterschied zur Arbeitskräfteüberlassung – nicht AN des Dritten (Beschäftigers).
- 2.4. Anders als bei der Arbeitskräfteüberlassung stellt bei der Arbeitsvermittlung der Vermittler nur den Kontakt her, ohne das damit die Pflicht der Arbeitskraft verbunden wäre bei dem Dritten tätig zu werden.

3. Arbeitskräfteüberlassung in Zahlen

- 3.1. In den letzten Jahrzehnten verzeichnete die Arbeitskräfteüberlassung auf niedrigem Niveau vergleichsweise starke Zuwachsraten.
- 3.2. Vom 1. Juli 2014 bis zum 30. Juni 2015 wurden im Jahresdurchschnitt 62.555 Arbeitskräfte im Inland überlassen. Ein nicht unbeachtlicher Teil davon langfristig.
- 3.3. Überlassene Arbeitskräfte profitieren als Erste von einem Konjunkturaufschwung, bei einem Abschwung verlieren sie aber auch als Erste wieder ihren Arbeitsplatz.
- 3.4. Nach dem Einbruch der Zahl der Überlassungen im Zuge der Wirtschaftskrise 2009 setzt sich zwar auch aktuell die negative Entwicklung fort. Aus heutiger Sicht ist dennoch die baldige Erholung der Branche zu erwarten.

4. Entwicklung des rechtlichen Rahmens

- 4.1. Die Entwicklung des rechtlichen Rahmens der Arbeitskräfteüberlassung gestaltete sich sowohl in Österreich als auch auf europäischer Ebene schwierig.
- 4.2. In Österreich trat man der Arbeitskräfteüberlassung von Anfang an skeptisch gegenüber. Jahrzehntlang wurde versucht diese zu verbieten. Mit dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (BGBl Nr 1988/196) entschied sich der Gesetzgeber schlussendlich aber gegen ein Verbot und für eine Regulierung. Im Gegensatz zur nicht umgesetzten RegV aus dem Jahr 1986 sah das AÜG 1988 aber keine betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen für überlassene Arbeitskräfte mehr vor.
- 4.3. Die Bemühungen einen einheitlichen rechtlichen Rahmen auf europäischer Ebene zu schaffen, gehen bis in die späten 1970er zurück. Bis Ende der 1980er scheiterten aber alle Regulierungsversuche. Erste kleinere Erfolge zeigten sich erst in den 1990ern. Schlussendlich wurde am 19. Dezember 2008 die Leiharbeits-RL 2008/104/EG verabschiedet. Betriebsverfassungsrechtlich relevant sind Art 5, Art 6 Abs 4 und Art 7 Leiharbeits-RL.

5. Zwecke und Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung

- 5.1. Das AÜG zählt in seinem § 2 die mit diesem Gesetz verfolgten Zwecke explizit auf. Die Arbeitskräfteüberlassung erfüllt in der Praxis aber auch Funktionen, die sich nicht immer mit den drei in § 2 AÜG ausdrücklich genannten Zwecken decken.
- 5.2. Die drei Zwecke des § 2 AÜG sind als Leitlinien für die Interpretation heranzuziehen. Bei der Auslegung ist jene Variante vorzuziehen, die allen drei Zwecken am ehesten entspricht. Sollte es hierbei zu unterschiedlichen – oder zu sich widersprechenden – Ergebnissen kommen, ist im Einzelfall nach Gehalt und vorrangigem Schutzzweck der fraglichen Bestimmung zu entscheiden, welcher Zweck im Vordergrund steht. Dabei ist jene Variante vorzuziehen, die auch die anderen Ziele bestmöglich berücksichtigt.
- 5.3. Das AÜG enthält keinen Hinweis auf die Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung. Das Gesetz unterstellt ihr vielmehr gewisse Risiken. Im Hinblick auf die Nutzung von Arbeitskräfteüberlassung durch Beschäftiger ist ein Funktionswandel zu attestieren. Sie wird zur Ausdehnung des "*Just-in-time*"-Gedankens auf die Arbeitswelt genutzt. Es werden mit ihrer Hilfe Konzernvorgaben erfüllt, „*Bilanzkosmetik*“ betrieben, Aufnahmestopps im öffentlichen Bereich umgangen und sie wird dazu eingesetzt AN auf betrieblicher Ebene zu Zugeständnissen zu

veranlassen. Aus Sicht der Überlassenen hat Arbeitskräfteüberlassung – entgegen den Behauptungen – keine positiven Auswirkungen. Weder ihr Privatleben noch ihre Chancen in ein Standardarbeitsverhältnis zu wechseln, werden positiv beeinflusst. Durch Arbeitskräfteüberlassung werden auch keine zusätzlichen Arbeitsplätze geschaffen.

III. Teil: Ausgewählte Rechtsfragen der Betriebszugehörigkeit

1. Zugehörigkeit zum Überlasserbetrieb

- 1.1. Der Überlasserbetrieb setzt sich – wenn die anderen Merkmale des § 34 ArbVG erfüllt sind – sowohl aus den AN der „zentralen Verwaltungseinheit“ als auch aus den überlassenen Arbeitskräfte zusammen. Der einheitliche arbeitstechnische Betriebszweck besteht in der „fortgesetzten Zurverfügungstellung von Arbeitskräften an Dritte als einheitliche Dienstleistung“.
- 1.2. Die überlassenen AN sind mit dem Überlasser arbeitsvertraglich verbunden. Sie werden von ihm weisungsgebunden zur Verfolgung seines arbeitstechnischen Zwecks eingesetzt. Da sie dem Weisungsrecht des Überlassers als AG unterliegen, sind überlassene AN dem Überlasserbetrieb daher als AN gem § 36 ArbVG zugeordnet.

2. Zugehörigkeit zum Beschäftigerbetrieb

- 2.1. Die Betriebsverfassung bezweckt die Beschränkung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts durch die Mitwirkungsrechte der Belegschaft. Ausschlaggebend für die Arbeitnehmereigenschaft überlassener AN iSd § 36 ArbVG ist daher in erster Linie die Übertragung von Weisungsrechten an den Beschäftigter. Wesentliche Arbeitgeberpflichten gehen bereits ex lege ab dem ersten Tag der Überlassung auf den Beschäftigter über. Als wesentlicher Bestandteil eines jeden Dienstverschaffungsvertrags werden ihm zudem vom Überlasser Weisungsrechte übertragen, um die überlassenen AN für betriebseigene Aufgaben einsetzen zu können.
- 2.2. Überlassene AN sind daher – entgegen der Rsp und Teilen des Schrifttums – ab dem ersten Tag der Überlassung als AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb anzusehen.
- 2.3. Da dieses Schutzbedürfnis sowohl im Überlasser- als auch im Beschäftigerbetrieb besteht, sind überlassene Arbeitnehmer in beiden Betrieben als AN iSd § 36 ArbVG.

- 2.4. Abgesehen von einer Ausnahme sind überlassene arbeitnehmerähnliche Personen weder im Überlasser- noch im Beschäftigertbetrieb AN iSd § 36 ArbVG. Auf sie sind lediglich einzelne Vorschriften (zB § 99 Abs 5 ArbVG) kraft gesetzlicher Anordnung anwendbar.

3. Teilnahme an der Betriebsversammlung

- 3.1. Überlassenen AN besitzen sowohl im Überlasser- als auch im Beschäftigertbetrieb das Teilnahme- und Stimmrecht zur Betriebsversammlung unter den allg Voraussetzungen.
- 3.2. Betriebsversammlungen im Überlassertbetrieb können in Form von Teilversammlungen abgehalten werden, da die Voraussetzungen des § 44 Abs 1 ArbVG idR erfüllt sind.
- 3.3. Überlassene AN haben für die Dauer der Betriebsversammlung einen Anspruch auf Arbeitsfreistellung gegenüber dem BI, in dessen Betrieb die Betriebsversammlung abgehalten wird. Sie haben aber nur einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für Betriebsversammlungen im Überlassertbetrieb, insoweit sich ein solcher aus KollV, BV oder einzelvertraglicher Vereinbarung ergibt.

4. Berücksichtigung bei Schwellenwerten

- 4.1. Von der Belegschaftsstärke ist ua die Pflicht zur Bildung von Belegschaftsorganen (§ 40 ArbVG), die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder (§ 50 ArbVG), bestimmte Mitwirkungsrechte (zB §§ 108ff ArbVG) sowie Freistellungsansprüche (§§ 117f ArbVG) abhängig.
- 4.2. Nach der zutr hA richten sich die Bildung von Belegschaftsorganen und die Befugnisse der Belegschaft des Überlassertbetriebes nach den allg gesetzlichen Regeln. Da überlassene AN dort aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Bindung zum Überlasser AN iSd § 36 ArbVG sind und – entgegen der Ansicht von *Schnorr* – (dauernd) einen Arbeitsplatz besetzen, sind sie folglich bei allen Schwellenwerten zu berücksichtigen.
- 4.3. Im Hinblick auf die Berücksichtigung überlassener AN bei der Berechnung der Schwellenwerte im Beschäftigertbetrieb gehen die Meinungen im Schrifttum und der Rsp auseinander. Aus diesem Grund war die Berücksichtigung überlassener AN bei der Berechnung dieser Schwellenwerte gesondert zu untersuchen.
- 4.4. Der Schwellenwert für die Betriebsratspflichtigkeit eines Betriebes (§ 40 ArbVG) setzt die dauernde Beschäftigung von mindestens fünf in der Betriebsversammlung

stimmberechtigten AN iSd § 36 ArbVG voraus. Überlassene AN sind ab dem ersten Tag der Überlassung als AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb anzusehen. Sie sind daher – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – bei der Berechnung zu berücksichtigen, wenn sie dauernd einen Arbeitsplatz im Beschäftigerbetrieb besetzen. Sind überlassene AN in Vertretung eines Stamm-AN auf dessen Arbeitsplatz tätig, so ist hinsichtlich der zeitlichen Dauer der Vertretung zu differenzieren. Ist die Vertretung kurzfristig, so sind sie nicht gesondert zu berücksichtigen. Ergibt die Prognose hingegen, dass die Vertretung für längere Zeit dauert, ist der vertretende überlassene AN bei der Berechnung gesondert zu berücksichtigen.

- 4.5. Da überlassene AN bei der Berechnung der Belegschaftsstärke gem § 40 ArbVG sowohl im Überlasser- als auch im Beschäftigerbetrieb zu berücksichtigen sind, erfüllt Österreich somit die Vorgaben des Art 7 Leiharbeits-RL.
- 4.6. Überlassene AN sind ab dem ersten Tag ihrer Überlassung AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb und daher, wenn sie am Stichtag im Beschäftigerbetrieb tätig sind wie Stammarbeitnehmer bei der Berechnung der Belegschaftsstärke zur Ermittlung der Mandatszahl gem § 50 ArbVG zu berücksichtigen. Irrelevant ist dabei, ob ihre Überlassung erst an diesem Tag begonnen hat oder endet, da der Gesetzgeber mit der Festsetzung eines Stichtages anerkennt, dass die Arbeitnehmerzahl schwanken kann.
- 4.7. Die §§ 117 bis 119 ArbVG normieren Schwellenwerte für die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern. Nach der hA beziehen sich diese auf dauernd im Betrieb beschäftigte AN iSd § 36 ArbVG. Zum Vorliegen einer dauernden Beschäftigung von überlassenen AN kann auf die Ausführungen zur Betriebsratspflichtigkeit (§ 40 ArbVG) verwiesen werden. Der vereinzelt gebliebenen Entscheidung des VwGH, wonach überlassene AN pauschal zur Hälfte auf die Belegschaftsstärke für die Freistellung anzurechnen sind, war folglich nicht beizutreten.
- 4.8. Im Hinblick auf den Zweck des § 109 Abs 3 ArbVG ist zwischen der Berechnung des Schwellenwertes für die Erzwingbarkeit eines Sozialplanes und der Bestimmung des Anwendungsbereichs des Sozialplanes zu unterscheiden. § 109 Abs 3 ArbVG stellt lediglich auf das Vorhandensein von 20 dauernd beschäftigten AN iSd § 36 ArbVG ab, die auch überlassene AN sein können. Das Vorliegen wesentlicher Nachteile für alle oder wesentliche Teile der AN ist erst in einem zweiten Schritt zu prüfen.

- 4.9. In Betrieben, in denen dauernd mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 97 Abs 3 ArbVG) kann eine BV über die Richtlinien betreffend der Vergabe von Werkwohnungen abgeschlossen werden (§ 97 Abs 1 Z 7 ArbVG). Auch hier ist im Hinblick auf den Zweck der Schwelle wieder zwischen der Berechnung des Schwellenwertes und der Anwendung der BV zu unterscheiden. Überlassene AN sind daher bei der Berechnung dieses Schwellenwertes – bei Vorliegen einer dauernden Beschäftigung im Beschäftigerbetrieb – zu berücksichtigen.
- 4.10. § 110 Abs 6 ArbVG regelt die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat mithilfe eines Proportionalitätsfaktors. Es ist dabei auf die in den jeweiligen Betrieben beschäftigten AN iSd § 36 ArbVG abzustellen, zu denen auch überlassene AN zählen. Entsprechendes gilt für die Aufsichtsratsmitwirkung in Genossenschaften (§ 110 Abs 5 Z 4 ArbVG) und bei der GmbH.
- 4.11. Nach § 108 Abs 3 ArbVG hat der BI dem BR bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte den Jahresabschluss samt Anhang zu übermitteln. Überlassene AN sind AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb. Es ist daher der hA beizutreten, dass sie im Fall einer dauernden Beschäftigung bei der Berechnung zu berücksichtigen sind.

5. Teilnahme bei Betriebsratswahlen

- 5.1. Überlassene AN sind – ohne zeitliche Beschränkung – als AN iSd § 36 ArbVG Mitglieder der Belegschaft sowohl des Überlasser- als auch des Beschäftigerbetriebes. Das ArbVG enthält keine Bestimmung, die der Teilnahme an beiden BR-Wahlen ausdrücklich entgegensteht. Wenn sie die sonstigen Voraussetzungen erfüllen, kommt überlassenen AN daher ab dem ersten Tag das aktive Wahlrecht, nach einer mindestens halbjährigen Mindestbeschäftigungsdauer auch das passive Wahlrecht sowohl im Überlasser- als auch Beschäftigerbetrieb zu.
- 5.2. Der Vorschlag von *Binder* die Beschäftigungsdauer, ab der überlassene AN berechtigt sind an der Betriebsratswahl im Beschäftigerbetrieb mitzuwirken in einer BV iSd § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG festzulegen, ist abzulehnen. Dagegen spricht schon die absolut zwingende Wirkung des Betriebsverfassungsrechts.
- 5.3. Auch der Vorschlag von *Schneller*, Manipulationsversuche durch die Zuerkennung des Wahlrechts erst ab einer Überlassungsdauer von mindestens sechs Monaten hintanzuhalten, ist abzulehnen. Einzig wirksames Mittel bei Manipulationsverdacht ist die Erhebung einer Nichtigkeitsklage.

IV. Teil: Ausgewählte Probleme der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung überlassener Arbeitnehmer

1. Überlassene als Betriebsratsmitglieder im Beschäftigertbetrieb

- 1.1. Manche – aber nicht alle – Bestimmungen, die dem Schutz von Betriebsratsmandataren (§§ 115 bis 122 ArbVG) dienen, sind unmittelbar auf überlassene AN anwendbar.
- 1.2. Unmittelbar sind die Bestimmungen über die Freizeit- und Freistellungsansprüche sowie die damit zusammenhängenden Entgeltfortzahlungsansprüche anwendbar. Die Freizeit- und Freistellungsansprüche stehen dem überlassenen AN als Mandatar gegenüber dem Beschäftigert zu. Anspruch auf Entgeltfortzahlung für diese Zeiten besitzt er aufgrund der gespaltenen AG-Stellung nur gegenüber dem Überlasser. Der Beschäftigert ist aber – mangels gegenteiliger Vereinbarung – verpflichtet, dem Überlasser das Überlassungsentgelt für diese Zeiten zu zahlen.
- 1.3. Die betriebsverfassungsrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 115 Abs 4 ArbVG) trifft auch überlassene AN direkt und in vollem Umfang.
- 1.4. Zur Sicherstellung der unbeeinflussten Interessenvertretung ist jegliche Einflussnahme (insb auch Bevorzugung) des überlassenen Arbeitnehmers als Mandatar sowohl durch den Beschäftigert als auch den Überlasser (für den Beschäftigert) verboten.
- 1.5. Die Untersuchung hat gezeigt, dass andere Bestimmungen – aufgrund der gespaltenen Arbeitgeberstellung – zT nur analog auf überlassene AN als Mandatare im Beschäftigertbetrieb anwendbar sind. Hierzu zählen das Benachteiligungs- und Beschränkungsverbot sowie der besondere Bestandsschutz für Betriebsratsmitglieder.
- 1.6. Es konnte gezeigt werden, dass eine planwidrige Lücke vorliegt. Die Notwendigkeit der Lückenschließung mittels Analogie ergibt sich dabei aus dem Telos der Bestimmungen zum Schutz des Mandatars sowie der Belegschaft als solcher. Anders als bei externen Mandataren (§ 53 Abs 4 ArbVG) besteht im Fall von überlassenen AN als BR-Mitgliedern die reale Gefahr einer Kollusion von Überlasser und Beschäftigert, um betriebsverfassungsrechtliche Schutzmechanismen zu umgehen.
- 1.7. Aufgrund der Flexibilität des Prozessrechts kann auch der Beschäftigert im Rahmen des besonderen Bestandsschutz (neben dem Überlasser) aktiv klagslegitimiert sein. Er kann als unmittelbar Betroffener das Beendigungsverbot für den Überlasser gerichtlich aufheben lassen und so die Rücknahme des überlassenen AN erzwingen.

- 1.8. Überlassene AN können für die Funktion eines Arbeitnehmersvertreters im Aufsichtsrat des Beschäftigertriebes nominiert werden (§ 110 ArbVG).

2. Die Betriebsratsumlage

- 2.1. Im Schrifttum gehen die Meinungen zur Frage, ob überlassene AN in beiden Betrieben gem § 73 ArbVG umlagepflichtig sind, und wenn ja, in welcher Höhe, auseinander.
- 2.2. Die Untersuchung hat ergeben, dass es sich bei der Grenze des § 73 Abs 1 ArbVG um eine absolute Höchstgrenze für das individuelle Arbeitsverhältnis handelt.
- 2.3. Weiterführende Überlegungen haben gezeigt, dass eine Umlagepflicht in beiden Betrieben iVm einer Deckelung der Umlage mit insgesamt 0,5% eine der Intention der Betriebsverfassung entsprechende und die verschiedenen Interessen ausgleichende, pragmatische wie auch sachliche Lösung darstellt. Sollten die Umlagen in beiden Betrieben die 0,5%-Grenze überschreiten, ist eine anteilige Kürzung erforderlich.
- 2.4. Eine Reduktion der Umlagepflicht für überlassene AN kann uU sachlich gerechtfertigt sein. Freiwillige Zahlungen – unabhängig davon von wem sie geleistet werden – stellen mangels Rechtsanspruch aber keine echte Alternative zu einer Umlagepflicht dar. Nichtsdestotrotz können solche Zahlungen ergänzend geleistet werden.
- 2.5. Sowohl der Überlasser- als auch der Beschäftigertriebsratsfonds können ihren Anspruch auf Einbehaltung und Abfuhr der Betriebsratsumlage gegenüber dem Überlasser (bzw auch den gem § 14 AÜG mithaftenden Beschäftigert) geltend machen.
- 2.6. Um den bestehenden Meinungsstreit im Schrifttum zu beenden und Rechtssicherheit für die Beteiligten im vorliegenden Fünfecksverhältnis (überlassener AN – Überlasser – Überlasser-BR – Beschäftigert – Beschäftigert-BR) herzustellen, ist aber nach mE eine Klarstellung durch den Gesetzgeber de lege ferenda angezeigt.

3. Der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz

- 3.1. Arbeitsverträge, die zum Zweck der Überlassung abgeschlossen werden, sind darauf ausgerichtet, dass die Arbeitnehmer im Zeitverlauf an verschiedene Beschäftigert überlassen werden. Dabei können sich die Arbeitsbedingungen verbessern, aber auch verschlechtern.

- 3.2. Das ArbVG verlangt für die Zulässigkeit einer dauernden, verschlechternden Versetzung eines AN iSd § 36 ArbVG auf einen anderen Arbeitsplatz grundsätzlich die Zustimmung des Betriebsrates (§ 101 ArbVG).
- 3.3. Das Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG bezieht sich auf alle AN iSd § 36 ArbVG zu denen grds auch überlassene AN in beiden Betrieben zählen.
- 3.4. Eine Untersuchung der Reichweite des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes hat ergeben, dass sowohl innerbetriebliche als auch betriebsübergreifende Sachverhalte von § 101 ArbVG erfasst sein können.
- 3.5. Der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsschutz ist – entgegen *Tomandl* – auch im Rahmen der Überlassung von AN an Dritte grundsätzlich anwendbar.
- 3.6. Arbeitnehmerähnliche Personen unterliegen diesem Schutz nicht, da sie idR keine AN iSd § 36 ArbVG sind.
- 3.7. Temporäre Versetzungen – unabhängig davon, ob sie verschlechternd sind oder nicht – sind stets mitwirkungsfrei. Aufgrund der beiden Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung – der Deckung kurzfristigen Personalmangels und auch der Bewältigung von zeitlich begrenzten Schwankungen des Auftragsvolumens – wird somit das Gros der Überlassungen in der Praxis ohnehin nicht der Mitwirkung des § 101 ArbVG unterliegen.
- 3.8. Der Versetzungsschutz des § 101 ArbVG ist zwiespältig angelegt. Er bezieht sich sowohl auf ein beschäftigungsbezogenes Kriterium („*Einreihung auf einen Arbeitsplatz*“), berührt aber auch die vertragliche Rechtsstellung des überlassenen Arbeitnehmers durch den Verweis auf die Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen.
- 3.9. Der von der hA entwickelte Leitsatz über die allgemeine Zuständigkeitsverteilung zwischen den beteiligten Betriebsräten danach, ob es sich um arbeitsvertragliche oder beschäftigungsbezogene Angelegenheiten handelt, führt im Hinblick auf § 101 ArbVG zu keinem klaren Ergebnis.
- 3.10. Im Rahmen der Untersuchung des Schutzzweckes des § 101 ArbVG ergab die Gesamtschau der vorgebrachten Argumente, dass der Betriebs- und Beschäftigungsbezug überwiegt. Die Zuständigkeit des Beschäftiger-BR im Rahmen des § 101 ArbVG ist daher grundsätzlich nicht ausgeschlossen.
- 3.11. Im Rahmen von innerbetrieblichen Versetzungen ist für die Lösung der Zuständigkeitsfrage in erster Linie darauf abzustellen, welchem BI die Maßnahme zuzuordnen ist. Dabei kommt es nicht primär darauf an, welcher BI schlussendlich

die Versetzung verfügt hat, sondern es ist vielmehr zu ermitteln, welcher BI die Entscheidung getroffen hat.

- 3.12. Wenn die Maßnahme auf einer Entscheidung des Beschäftigers beruht, kommt das Zustimmungsrecht gem § 101 ArbVG dem Beschäftiger-BR zu.
- 3.13. Stammt die Weisung für die innerbetriebliche Versetzung vom Überlasser, ist danach zu differenzieren, ob der Überlasser lediglich eine Anordnung des Beschäftigers überbringt oder ob dem Überlasser als Arbeitgeber des überlassenen Arbeitnehmers die Maßnahme zuzuordnen ist.
- 3.14. Im ersten Fall ist die Maßnahme dem Beschäftiger zuzuordnen und der Beschäftiger-BR zuständig. Im zweiten Fall ist die Entscheidung dem Überlasser zuzuordnen. Es handelt sich hierbei in Wahrheit um eine Neuzuweisung. Aus diesem Grund kommt dem BR des aufnehmenden Beschäftigerbetriebes das Mitwirkungsrecht gem § 99 Abs 5 ArbVG zu. Dem Überlasser-BR das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG, da es sich aus Sicht der Überlasserbelegschaft um eine „*Eingliederung auf einen anderen Arbeitsplatz*“ handelt. Aus Sicht des abgebenden BR handelt es sich hierbei lediglich um ein mitwirkungsfreies Ausscheiden aus dem Betrieb.
- 3.15. Dieselben Überlegungen können auch auf betriebsübergreifende Sachverhalte beim selben Beschäftiger übertragen werden.
- 3.16. Da die Zuweisung zu einem neuen Beschäftiger allein durch den Überlasser erfolgt, kann der hL beigetreten werden, dass in einem solchen Fall das Mitwirkungsrecht des § 101 ArbVG dem Überlasser-BR zukommt. Der aufnehmenden Beschäftiger-BR ist gem § 99 Abs 5 ArbVG zu beteiligen. Der abgebenden Beschäftiger-BR besitzt kein Mitwirkungsrecht, da es sich aus seiner Sicht nur um ein mitwirkungsfreies Ausscheiden aus dem Betrieb handelt.
- 3.17. Der Zweck der Arbeitskräfteüberlassung und des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes lassen es – mit *Tomandl* und insb *Schrattbauer* – sachlich gerechtfertigt erscheinen, eine Mitwirkungsbefugnis des Überlasser-BR nur bei dauernden, verschlechternden *Neuzuweisungen* anzunehmen und als Basis hinsichtlich der Frage einer möglichen Verschlechterung die Arbeits- und Entlohnungsbedingungen der vorangegangenen Überlassung heranzuziehen. Der Überlasser-BR ist somit bei Rückversetzungen in den Überlasserbetrieb nicht zu beteiligen. Auch dem abgebenden Beschäftiger-BR kommt kein Mitwirkungsrecht zu, da es sich aus seiner Sicht lediglich um ein mitwirkungsfreies Ausscheiden aus dem Betrieb handelt.

- 3.18. Doppelzuständigkeiten sind – entgegen Teilen des Schrifttums – im Rahmen des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes generell abzulehnen. Versuche, das Mitwirkungsrecht gem § 101 ArbVG durch die Verlagerung des Weisungsrechts zu umgehen, sind gem § 879 ABGB mit Nichtigkeit sanktioniert.

V. Teil: Europarechtliche Einflüsse auf die betriebsverfassungsrechtliche Stellung überlassener AN

1. Rechtsfragen zur Gleichbehandlung beim Entgelt, der Arbeitszeit und dem Urlaub

- 1.1. In diesem Kapitel wurden wesentliche Fragen im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsanspruch des Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL, welcher in § 10 Abs 1 AÜG national umgesetzt wurde, untersucht.
- 1.2. Eingangs wurde die Reichweite der Begriffe des Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL untersucht. Bis auf das Arbeitsentgelt sind alle wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen unionsautonom auszulegen. Der Begriff des „Arbeitsentgelts“ richtet sich hingegen nach nationalem Recht und ist entsprechend umfassend zu verstehen. Zur Bestimmung der Begriffe „Dauer der Arbeitszeit“, „Überstunden“, „Pausen“, „Ruhezeit“ und „Nachtarbeit“ kann auf die einschlägigen Definitionen in der Arbeitszeit-RL zurückgegriffen werden.
- 1.3. Der Begriff der „arbeitsfreien Tage“ beschränkt sich – entgegen den Vorgaben der Arbeitszeit-RL – nicht nur auf gesetzliche Feiertage. Entsprechend dem Ziel der Leiharbeits-RL umfasst der Begriff vielmehr zB auch Freizeit an betrieblich gewährten freien Arbeitstagen sowie Freistellungen im Zusammenhang mit wichtigen persönlichen Ereignissen, wenn diese vergleichbaren AN des Beschäftigers zustehen.
- 1.4. National ist vom Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf die Arbeitszeit auch die *Lage der Arbeitszeit* umfasst.
- 1.5. Der Begriff „Urlaub“ iSd Leiharbeits-RL ist weit auszulegen. Dieser geht über den jährlichen (bezahlten) Erholungsurlaub hinaus und umfasst zB auch erhöhte Urlaubsansprüche, Verbesserungen bei der Vordienstzeitenanrechnung und Betriebsurlaube. Der Anspruch auf zusätzliche Urlaubstage entsteht in den ersten sechs Monaten aber nur aliquot. Der überlassene AN kann auch mit dem Beschäftiger eine Urlaubsvereinbarung für einen Urlaubszeitraum schließen, der in

die Phase der jeweiligen Überlassung fällt. Eine im Beschäftigerbetrieb vorgesehene Umstellung des Urlaubsjahres ist für überlassene AN nicht anwendbar.

- 1.6. Es konnte festgestellt werden, dass sich im Rahmen des § 10 Abs 3 AÜG die arbeitszeitrechtlichen und auch die entgeltrechtlichen Auswirkungen angleichen. § 10 Abs 3 AÜG steht im Hinblick auf die Aspekte der Arbeitszeit zwar grds in Konkurrenz zur Entgeltregelung des § 10 Abs 1 S 4 AÜG, verdrängt diese als speziellere Norm aber insoweit. Dieselben Überlegungen treffen auch auf die anderen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen iSd § 10 Abs 3 AÜG zu.
- 1.7. Da sich der Anspruch auf Gleichbehandlung bei Aspekten der Arbeitszeit und des Urlaubes nicht auf einen KollIV sondern unmittelbar auf § 10 Abs 3 AÜG stützt, erwirbt auch eine arbeitnehmerähnliche überlassene Arbeitskraft einen gesetzlichen Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf diese Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Dasselbe gilt hinsichtlich § 10 Abs 1 S 4 AÜG. Arbeitnehmerähnliche Überlassene unterliegen dieser Ausnahmebestimmung nicht, weshalb auf ihr Rechtsverhältnis stets die sonstigen verbindlichen Bestimmungen allg Art zur Anwendung kommen.
- 1.8. Sowohl der Wortlaut als auch historische, systematische und teleologische Argumente sprechen eindeutig für ein weites Begriffsverständnis des Passus „*sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art*“. Unzweifelhaft sind daher zum einen BVen iSd § 29 ArbVG, Satzungen und Mindestlohtarife, darüber hinaus aber auch nichtige BVen, Betriebsübungen, Unternehmens- und Konzernrichtlinien udgl erfasst. Nicht erfasst sind Ansprüche, die lediglich auf den individuellen Verhandlungserfolg eines AN zurückzuführen sind. Dieses Auslegungsergebnis entspricht auch der Auffassung der von der Kommission beauftragten Expertengruppe zur Umsetzung der Leiharbeits-RL.
- 1.9. Im Ergebnis kommt es daher in Bezug auf § 10 AÜG für die Anwendbarkeit der im Beschäftigerbetrieb bestehenden Betriebsvereinbarungen nicht mehr darauf an, ob diese „*arbeitsvertragsbezogen*“ sind oder nicht.
- 1.10. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 S 4 AÜG weder von der Öffnungsklausel des Art 5 Abs 3 Leiharbeits-RL noch der des Art 5 Abs 2 Leiharbeits-RL (völlig) gedeckt wird. Die österreichische Umsetzung ist daher richtlinienwidrig und eine gesetzliche Änderung daher dringend erforderlich.
- 1.11. Da eine horizontale Drittwirkung von Bestimmungen der Leiharbeits-RL gegenüber Privaten ausscheidet, hilft der Umstand, dass die Leiharbeits-RL mangelhaft

umgesetzt ist, im Rechtsstreit zwischen Privatpersonen nicht weiter. Für Betroffene steht daher nur die individuelle Geltendmachung eines Staatshaftungsanspruches aufgrund der mangelhaften Umsetzung offen. Zudem ist eine Vorlage an den EuGH geboten, sollte ein einschlägiger Fall wieder die Gerichte erreichen.

2. Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen

- 2.1. In diesem Kapitel wurden Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Zugang überlassener Arbeitskräfte zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen gem § 10 Abs 6 AÜG im Beschäftigertbetrieb untersucht.
- 2.2. Das Begriffspaar „*Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen*“ iSd § 10 Abs 6 AÜG ist richtlinienkonform auszulegen, wobei bis zu einem gewissen Grad auf die für das ArbVG herausgearbeiteten Definitionen zurückgegriffen werden kann.
- 2.3. Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen sind aufgrund der *lex specialis* des § 12 Abs 5 AÜG nicht unter den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme gem § 10 Abs 6 AÜG subsumierbar. Vergleichbares gilt auch für Systeme der betrieblichen Altersvorsorge gem § 2 Z 2 und 3 BPG, die nicht unter § 10 Abs 1a AÜG fallen. Hier ist § 10 Abs 1a AÜG als *lex specialis* zu § 10 Abs 6 AÜG anzusehen.
- 2.4. Fraglich war auch, ob unter Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 AÜG Maßnahmen mit Entgeltcharakter (iSv Gewährung entgeltwerter Vorteile) subsumiert werden können. Die Untersuchung hat hier ergeben, dass es im Zweifel iS einer richtlinienkonformen Interpretation darauf ankommen muss, ob die Einrichtung oder Maßnahme einen „*Gemeinschaftsaspekt*“ aufweist, dh der Förderung der betrieblichen Integration dient. Zudem ergibt sich aus dem Telos der Leiharbeits-RL, dass hier Umgehungsversuche hintan zu halten sind. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass Maßnahmen mit Entgeltcharakter, die das Vorhandensein von Wohlfahrtseinrichtungen substituieren und somit als Wohlfahrtseinrichtungen organisiert unzweifelhaft dem § 10 Abs 6 AÜG unterliegen würden, unter den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme gem § 10 Abs 6 AÜG und nicht unter § 10 Abs 1 AÜG zu subsumieren sind.
- 2.5. Für die Beurteilung des Anspruches gem § 10 Abs 6 AÜG ist irrelevant, ob die Einrichtung oder Maßnahme vom Beschäftigert gänzlich unentgeltlich oder nur verbilligt angeboten wird. Eigen- bzw Kostenbeiträge schaden der Qualifikation als WEM iSd § 10 Abs 6 AÜG nicht.
- 2.6. § 10 Abs 6 AÜG verwendet anstelle des von der Leiharbeits-RL geforderten Bezugsrahmens „*entleihende Unternehmen*“ den Begriff „*Betrieb*“. Die

Untersuchung hat gezeigt, dass die unterschiedliche Terminologie keine Auswirkungen auf den Zugangsanspruch überlassener Arbeitskräfte hat.

- 2.7. Da sich der Anspruch direkt gegen den BI des Beschäftigerbetriebes richtet, haben überlassene Arbeitskräfte jedenfalls zu den gleichen Bedingungen Zugang zu betriebs- und unternehmenseigenen Wohlfahrtseinrichtungen gem § 95 ArbVG wie Stammarbeitnehmer. § 95 ArbVG umfasst aber nur betriebliche Wohlfahrtseinrichtungen, nicht auch betriebliche Wohlfahrtsmaßnahmen. Die Unterscheidung ist in Bezug auf § 10 Abs 6 AÜG aber nicht relevant, da diese Bestimmung sowohl Wohlfahrtseinrichtungen als auch -maßnahmen erfasst. Überlassene Arbeitskräfte haben danach auch einen gleichberechtigten Zugang zu direkt vom Beschäftiger erbrachten Wohlfahrtsmaßnahmen.
- 2.8. Eine Besonderheit des Rechtsanspruches des § 10 Abs 6 AÜG besteht darin, dass der österreichische Gesetzgeber den Anspruch nicht auf bestimmte Rechtsgrundlagen im Beschäftigerbetrieb beschränkt hat. Somit sind auch rein faktische Verhaltensweisen relevant, also auch Leistungen, die unter Unverbindlichkeitsvorbehalt vom Beschäftiger erbracht werden.
- 2.9. Der Beschäftiger, der Wohlfahrtseinrichtungen oder -maßnahmen zur Verfügung stellt, ist im Zusammenhang mit § 10 Abs 6 AÜG nicht verpflichtet neue WEM einzuführen oder bestehende (finanziell) auszubauen.
- 2.10. Von § 10 Abs 6 AÜG sind darüber hinaus auch Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen erfasst, die zwar von Dritten erbracht werden, hinsichtlich derer dem BI aber eine entsprechende rechtliche oder faktische Verfügungsgewalt zukommt.
- 2.11. In der Praxis ist es nicht unüblich, dass der BI keinen tatsächlichen Einfluss auf die Einrichtung eines Dritten hat, dieser aber doch, aufgrund einer entsprechenden Intervention des BI, für dessen AN Dienstleistungen zu günstigeren Konditionen anbietet. In einem solchen Fall liegt keine Wohlfahrtseinrichtung, sondern eine Wohlfahrtsmaßnahme vor. Überlassene Arbeitskräfte haben daher gem § 10 Abs 6 AÜG unter den gleichen Bedingungen wie Stamm-AN Anspruch auf die Inanspruchnahme dieser vergünstigten Leistung Dritter.
- 2.12. Da die Leiharbeits-RL nicht zwischen belegschaftseigenen (§ 93 ArbVG) und betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen iS des § 95 ArbVG differenziert, war zudem zu klären, ob § 10 Abs 6 AÜG tatsächlich jede WEM „im Betrieb“ erfasst, oder bloß betriebseigene Wohlfahrtseinrichtungen iSd § 95 ArbVG, welche vom BI (wenn auch unter Beteiligung des BR) betrieben werden. Aufgrund der nationalen

- Unterscheidung zwischen betriebs- und belegschaftseigenen Einrichtungen ist § 10 Abs 6 AÜG nur als Umsetzungsnorm in Bezug auf betriebs- und unternehmenseigene Einrichtungen iSd § 95 ArbVG anzusehen.
- 2.13. Überlassenen AN kommt nur aufgrund ihrer Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG im Beschäftigertbetrieb ein Teilhabeanspruch an belegschaftseigenen Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen zu.
- 2.14. Arbeitnehmerähnliche überlassene AN sind grds nicht AN iSd § 36 ArbVG im Beschäftigertbetrieb. Daher haben sie keinen Anspruch auf die Nutzung belegschaftseigener WEM. Nach dem Zweck des § 10 Abs 6 AÜG muss man aber eine Bemühungspflicht des Beschäftigers zumindest für den Fall bejahen, dass er den Betriebsratsfonds beim Erhalt und Betrieb der WEM finanziell unterstützt.
- 2.15. Da Art 6 Abs 4 der RL den Zugang zu im Betrieb bestehenden Einrichtungen und Maßnahmen als solchen und ohne Unterscheidung zwischen betriebs- und belegschaftseigenen verlangt, genügt diese Bemühungspflicht den unionsrechtlichen Vorgaben wohl nicht. Es ist davon auszugehen, dass die Leiharbeits-RL einen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Leistungen der Belegschaft verlangt. Der Anspruch, der sich aus der Arbeitnehmereigenschaft iSd § 36 ArbVG ergibt, reicht nicht aus, da den BR wohl keine diesbezügliche Gleichbehandlungspflicht gegenüber der Belegschaft trifft. Dieses Umsetzungsdefizit ist somit zu beheben.
- 2.16. Darüber hinaus konnte gezeigt werden, dass der Beschäftiger auch bei vereinbarter Alleinverwaltung durch den BR im Rahmen einer Wohlfahrtseinrichtung iSd § 95 ArbVG verpflichtet ist, die Ausgestaltung der Wohlfahrtseinrichtung und die konkreten Kriterien für die Verwaltung so festzulegen, dass dem Zugangsanspruch gem § 10 Abs 6 AÜG genüge getan wird.
- 2.17. Ein sachlicher Grund für den Ausschluss überlassener Arbeitskräfte vom Zugang zu WEM iSd § 10 Abs 6 AÜG ist immer dann gegeben, wenn der Grund für die Ungleichbehandlung einem wirklichen Bedürfnis des Beschäftigers entspricht und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist. Es ist daher immer eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angezeigt. Der Ausschluss stellt die ultima ratio dar. Bei der Bestimmung der sachlichen Gründe ist insb auch auf Art und Zweck der Wohlfahrtseinrichtung oder -maßnahme abzustellen.

Quellenverzeichnis

1. Literaturverzeichnis

Adametz, Wolfgang, Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung: Wegfall des „ortsüblichen Entgelts“, ASoK 2002, 66.

Adamovic, Franz, Glosse zu OGH 24.09.2004, 8 ObA 96/04g, ZAS 2005/22, 135.

Andexlinger, Helmut, Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung? RdW 1988, 391.

Andexlinger, Helmut, Arbeitskräfteüberlassung im Wege eines Werkvertrages, *ecolex* 1997, 111.

Anzenberger, Werner, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsratsfonds: Doppelte Umlagepflicht für „*Leiharbeitnehmer*“? ASoK 2001, 385.

Auer-Mayer, Susanne, Kommentierung zu §§ 93, 95 ArbVG, In *Gahleitner, Sieglinde /Mosler, Rudolf* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 3, 5. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Bernat, Erwin /Böhler, Elisabeth /Weilinger, Arthur (Hrsg), Zum Recht der Wirtschaft, Festschrift für *Heinz Krejci* zum 60. Geburtstag, Band I (2001) Verlag Österreich.

Binder, Martin, Kommentierung zu §§ 94, 95, 97 ArbVG, in *Tomandl, Theodor* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2005-2015) Verlag Österreich.

Böhm, Herbert, Coopetition in Theorie und Praxis, In *Flenreiss, Gerhard* (Hrsg), Sicher. Flexibel. Zeitarbeit in Österreich: Erfahrungen, Positionen, Perspektiven (2004) WUV Universitätsverlag.

Bösze, Johannes /Kraft, Lois, Leitfaden Arbeitskräfteüberlassung (2013) Verlag Österreich.

Brodil, Wolfgang, Ausgliederungen: Arbeitsrecht am "Zusammenfluss" von Beamten und Arbeitnehmern. Wiener Oktobergespräche 2008 (2009) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Brodil, Wolfgang, (Freie) Betriebsvereinbarung und Betriebsübung für (ausgliederte) Beamte, DRdA 2008/2, 175.

Brodil, Wolfgang (Hrsg), Tagungsband der 6. Wiener Oktobergespräche 2013: Diener fremder Herren – Aktuelle Rechtsfragen der Arbeitskräfteüberlassung (erscheint voraussichtlich 2017) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Bruckmüller, Georg /Zehentmayer, Julia, Was sind „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“? ecolex 2013, 679.

Bruckmüller, Georg, Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen für überlassene Arbeitskräfte: Die (Un-)Klarheiten des § 10 Abs 6 AÜG, ecolex 2013, 549.

Burger, Florian, Entgeltenschutz, Gleichstellungsanspruch und Diskriminierungsschutz überlassener Arbeitskräfte, In *Raschauer, Nicolas /Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung, Schriften zum Arbeitsrecht und Sozialrecht (2014) ÖGB Verlag.

Burger, Florian, Glosse zu OGH 28.04.2008, 8 ObA 78/07i, DRdA 2009/49, 520.

Burger, Florian, Neues zum AÜG, In *Wachter, Gustav /Burger, Florian* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2013, Innsbrucker Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht, Band 6 (2013) innsbruck university press.

Burgstaller, Gerald /Schorn, Andreas, Entgelt nicht gleich Entgelt: Der Entgeltbegriff im Arbeitsrecht – ein Abriss der verschiedenen einzelgesetzlichen Ansätze im Arbeitsrecht, ZAS 2013/18, 99.

Burz, Alexander, Die Tücken des (neuen) AÜG: "Fairness" oder "verbrannte Erde" im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung? ecolex 2012, 1093.

Clemez, Gerhard /Grünwald, Doris /Mikinovic, Stephan, Ökonomische und soziale Aspekte der Personalbereitstellung (1986) Orac Verlag.

Davidov, Guy, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, BJIR 2004/42 (4), 727.

Deinert, Olaf, Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften: Herausforderungen für das Arbeitsrecht durch Reduzierung von Stammbeslegschaften, RdA 2014, 65.

Dimmel, Nikolaus, Strukturwandel der Arbeitsbeziehungen, juridikum 3/2007, 141.

Dusak, Ingrid, Änderungen im Bereich der personellen Mitbestimmung, ZAS 1986, 198.

Ercher-Lederer, Gerda, Neues aus der Gesetzgebung: Besserer Schutz für Leiharbeitskräfte – verstärkte Prävention psychischer Belastungen – levelling up, ZAS 2013/19, 106.

Europäische Gemeinschaften /Kommission, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung: Vergleichende Studie der in den Mitgliedstaaten der EG geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften in der Reihe Sozialpolitik der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Heft Nr 25, 1976.

Eypeltauer, Ernst, Arbeitskräfteüberlassung: Nur Bedachtnahme auf echte Betriebsvereinbarungen beim Beschäftiger? *ecolex* 2014, 68.

Eypeltauer, Ernst, Die Mitwirkung des Betriebsrates an betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen, DRdA 1986/2, 102.

Felten, Elias, Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt, *wbl* 2007, 166.

Felten, Elias, Kommentierung zu § 73 ArbVG, in *Tomandl, Theodor* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2005-2015) Verlag Österreich.

Felten, Elias /Preiss, Joachim, Kommentierung zu § 97 ArbVG, In *Gahleitner, Sieglinde /Mosler, Rudolf* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 3, 5. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Firlei, Klaus, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA 1987, 271.

Firlei, Klaus, Ist das ArbVG noch aktuell? – Betriebsverfassung, DRdA 2014, 520.

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) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Fischl, Werner /Standeker, Elke, Europarechtlicher Durchbruch bei der Leiharbeitsrichtlinie steht bevor! *ASoK* 2008, 335.

Flenreiss, Gerhard, Die goldenen 90er Jahre, In *Flenreiss, Gerhard* (Hrsg), Sicher. Flexibel. Zeitarbeit in Österreich: Erfahrungen, Positionen, Perspektiven (2004) WUV-Universitätsverlag.

Flenreiss, Gerhard, Die wilden 80er Jahre, In *Flenreiss, Gerhard* (Hrsg), Sicher. Flexibel. Zeitarbeit in Österreich: Erfahrungen, Positionen, Perspektiven (2004) WUV Universitätsverlag.

Flenreiss, Gerhard (Hrsg), Sicher. Flexibel. Zeitarbeit in Österreich: Erfahrungen, Positionen, Perspektiven (2004) WUV-Universitätsverlag.

Floretta, Hans, Einige Probleme der Rechtssetzungsbefugnis im Betriebsverfassungsrecht, DRdA 1976, 197.

Floretta, Hans (Hrsg), Österreichische Landesberichte zum XI. Internationalen Kongress für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit in Caracas (1985) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Forst, Gerrit, Leiharbeitnehmer im Betriebsübergang, RdA 2011, 228.

Födermayr, Barbara, Betriebsverfassungsrechtlicher Aspekt einer Versetzung – § 101 ArbVG, In *Resch, Reinhard* (Hrsg), Versetzung – der Arbeitnehmer als Schachfigur des Arbeitgebers (2012) ÖGB Verlag.

Födermayr, Barbara, Kommentierung zu § 101 ArbVG, in *Strasser, Rudolf/Jabornegg, Peter /Resch, Reinhard* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2002-2013) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Franzen, Martin, Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011/42, 256.

Franzen, Martin, Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb, In *Rieble, Volker /Junker, Abbo /Giesen, Richard* (Hrsg), Freie Industriedienstleistungen als Alternative zur regulierten Zeitarbeit (2012) ZAAR Schriftenreihe Band 26, ZAAR Verlag München.

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte (2009) Springer-Verlag Berlin-Heidelberg.

Friedrich, Michael, Mitbestimmung bei der Arbeitskräfteüberlassung bei personellen Maßnahmen: Zur Zuständigkeit des Betriebsrats des Beschäftigerbetriebs für überlassene Arbeitskräfte bei Versetzungen, ASoK 2007, 212.

Gagawczuk, Walter, Europäisches Arbeitsrecht am Scheideweg, juridikum 3/2007, 144.

Gagawczuk, Walter, Grünbuch Arbeitsrecht, DRdA 2007, 256.

Gagawczuk, Walter, Leiharbeitsrichtlinie – wiederholter Anlauf gescheitert? DRdA 2003, 597.

Gahleitner, Sieglinde, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, DRdA 1994, 380.

Gahleitner, Sieglinde, Kommentierung zu § 34, 36, 38, 39 ArbVG, In *Gahleitner, Sieglinde /Mosler, Rudolf* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 2, 5. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Gahleitner, Sieglinde /Mosler, Rudolf (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 2, 5. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Gahleitner, Sieglinde /Mosler, Rudolf (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 3, 5. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Geppert, Walter, Arbeitskräfteüberlassung und ArbVG, In *Martinek, Oswin* (Hrsg), Arbeit, Recht und Gesellschaft, Festschrift für *Walter Schwarz* zum 65. Geburtstag (1991) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Geppert, Walter, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, aus der Reihe Manz'sche Kurzkommentare zum Arbeits- und Sozialrecht (Hrsg *Floretta, Hans /Strasser, Rudolf*) Band 9 (1989) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Geppert, Walter, Das Leiharbeitsverhältnis in Theorie und Praxis, DRdA 1968, 126.

Geppert, Walter, Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung – Entstehung, Entwicklung und Probleme, DRdA 2011, 507.

Geppert, Walter, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1977) ÖGB Verlag.

Geppert, Walter, Fragen des „Leiharbeitsverhältnisses“, DRdA 1978, 205.

Geppert, Walter, Glosse zu OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91, DRdA 1991/42, 352.

Geppert, Walter, Warum die Leiharbeit verboten werden muss, ArbW 1982, 38.

Gerhartl, Andreas, Entgeltanspruch bei Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2015/5, 309.

Goricnik, Wolfgang, Betriebsverfassungsrechtlicher Versetzungsschutz für „ausgegliederte“ Beamte? RdW 4/2003, 204.

Goricnik, Wolfgang, Kommentierung zu §§ 101, 103 ArbVG, In *Gahleitner, Sieglinde /Mosler, Rudolf* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 3, 5. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Goricnik, Wolfgang, „Sozialplan“ in Zusammenhang mit Arbeitskräfte-Überlassung, infas 2012, 8.

Goricnik, Wolfgang, Zur Entmythologisierung der „Arbeitskräfteüberlassung“ bei Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich, wbl 2011, 74.

Grillberger, Konrad, Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, wbl 1988, 313.

Gruber, Bernhard W., Glosse zu OGH 14.9.1995, 8 Ob A 211/95, ZAS 1998/1, 18.

Grünanger, Josef, Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie auf das AÜG, ecolex 2009, 424.

Haider, Michael, 13. BV: Verwaltung von Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen, § 97 Abs 1 Z 5 ArbVG: Art und Umfang der Teilnahme des Betriebsrats an der Verwaltung von betriebs- und unternehmenseigenen Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen, In *Reissner, Matthias /Neumayr, Gert-Peter* (Hrsg), Zeller Handbuch Betriebsvereinbarungen (2014) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Haider, Michael, 30. BV: Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen, § 97 Abs 1 Z 19 ArbVG: Mitwirkung des Betriebsrats an der Planung und Durchführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsausbildung sowie Errichtung, Ausgestaltung und Auflösung von betriebs- und unternehmenseigenen Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen, In *Reissner, Matthias /Neumayr, Gert-Peter* (Hrsg), Zeller Handbuch Betriebsvereinbarungen (2014) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Hamann, Wolfgang, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321.

Hamann, Wolfgang, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, EuZA 2/2009, 287.

Hamann, Wolfgang, Kommentierung zu § 14 dtAÜG, In *Schüren, Peter/ Hamann, Wolfgang* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage (2010) Verlag C. H. Beck München.

Hamann, Wolfgang, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2011, 70.

Harrer, Friedrich /Honsell, Heinrich /Mader, Peter (Hrsg), Gedächtnisschrift für *Theo Mayer-Maly* zum 80. Geburtstag (2011) Springer Verlag.

Hießl, Christina, Leiharbeit in Europa – aktuelle Fragestellungen, ZESAR 11-12/11, 472.

Holzer, Wolfgang /Reissner, Gert-Peter, Strategien der „Austöchterung“ von Unternehmensfunktionen aus arbeitsrechtlicher Sicht: Vorgaben des Betriebsübergangsrechts und des AÜG, ASoK 2004, 212;

Hütter, Wigbert, Vom Vernebeln, einer Falle und der versuchten Quadratur des Kreises: Ein neuer Anlauf zum Verständnis des § 4 Abs 2 Z 1 AÜG, BGBl 1988/196, eolex 2015/7, 591.

Jabornegg, Peter, Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, In *Jabornegg, Peter/ Grillberger, Konrad/ Martinek, Oswin/ Schwarz, Walter/ Spielbüchler, Karl* (Hrsg), Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung, Festschrift für *Rudolf Strasser* zum 60. Geburtstag (1983) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Jabornegg, Peter, Ausgliederungen und Betriebsverfassungsrecht, In *Brodil, Wolfgang*, Ausgliederungen: Arbeitsrecht am "Zusammenfluss" von Beamten und Arbeitnehmern. Wiener Oktobergespräche 2008 (2009) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Jabornegg, Peter/ Grillberger, Konrad/ Martinek, Oswin/ Schwarz, Walter/ Spielbüchler, Karl (Hrsg), Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung, Festschrift für *Rudolf Strasser* zum 60. Geburtstag (1983) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Jabornegg, Peter, Kommentierung zu §§ 94, 95 ArbVG, in *Strasser, Rudolf/Jabornegg, Peter /Resch, Reinhard* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2002-2013) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Jabornegg, Peter /Naderhirn, Johanna /Trost, Barbara, Die Betriebsratswahl: Kurzkomentar zur Betriebsrats-Wahlordnung und zu den einschlägigen Stellen des Arbeitsverfassungsgesetzes, 6. Auflage (2014) ÖGB Verlag.

Jabornegg, Peter /Rebhahn, Robert, Unternehmensplanung und Informationsrechte der Belegschaft im Betriebsverfassungsrecht, DRdA 1979, 284.

Kallab, Thomas, Kommentierung zu §§ 40, 41, 42, 44, 47, 49, 50 ArbVG, In *Neumayr, Matthias /Reissner, Gert-Peter* (Hrsg) Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1, 2. Auflage (2011) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Kerschner, Ferdinand, Arbeitnehmerüberlassung und Dienstnehmerhaftpflicht, JBl 1981, 393.

Kerschner, Ferdinand, Rohrverlegung im „Subauftrag“ (Individual- und betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitnehmerüberlassung), DRdA 1989, 134.

Kietaihl, Christoph, Arbeitsrecht I: Gestalter und Gestaltungsmittel, 9. Auflage (2015) new academic press.

Kietaibl, Christoph, Die Versetzung aus arbeitsvertraglicher Sicht, ZAS 2005/11, 52.

Kietaibl, Christoph /Winter, Jens /Wolf, Christoph, Zur Geltung von Betriebsvereinbarungen für Beamte, *ecolex* 2012, 1002.

Klein, Christoph, Arbeitskräfteüberlassung – betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen, In *Brodil, Wolfgang* (Hrsg), Tagungsband der 6. Wiener Oktobergespräche 2013: Diener fremder Herren – Aktuelle Rechtsfragen der Arbeitskräfteüberlassung (erscheint voraussichtlich 2017) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Kletečka, Andreas /Schauer, Martin (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} (Stand 1.6.2014, rdb.at) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Klumpp, Steffen, Betriebsübergang und Leiharbeit, *EuZA* 2009/2, 69.

Klumpp, Steffen, Die neue Leiharbeitsrichtlinie, *GPR* 2009, 89.

Kocher, Eva, Barrieren der Mobilisierung von Arbeitsrecht – Oder: Lässt sich Fairness erzwingen? *juridikum* 1/2012, 65.

Köck, Stefan, Betriebsratstätigkeit und Arbeitspflicht: Zu den Freistellungsansprüchen von Betriebsratsmitgliedern (1992) Orac Verlag.

Körber-Risak, Katharina, Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung: Erzwingbare Quoten und Kontrahierungszwänge? *RdW* 2008/556, 592.

Körber-Risak, Katharina, 8. BV: Arbeitskräfteüberlassung, § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG: Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von Arbeitnehmern, die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung tätig sind, In *Reissner, Matthias /Neumayr, Gert-Peter* (Hrsg), *Zeller Handbuch Betriebsvereinbarungen* (2014) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Körber-Risak, Katharina /Wolf, Christoph (Hrsg), Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle: Entscheidungspraxis und Befugnisse, 2. Auflage (2016) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Korenjak, Ingrid, Wohlfahrtseinrichtungen nach dem Arbeitsverfassungsgesetz (2009) ÖGB Verlag.

Koziol, Helmut /Bydlinski, Peter /Bollenberger, Raimund (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 4. Auflage (2014) Verlag Österreich.

Kramer, Ernst, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage (2013) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Stämpfli Verlag, Verlag C.H. Beck.

Krause, Rüdiger, Arbeit in der Holzklasse: Gesetzliche und kollektivvertragliche Rahmung der Leiharbeit, *Kritische Justiz* 2/2013, 119.

Krause, Rüdiger, Flexibler Personaleinsatz – Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge zwischen Markt und Regulierung, *ZfA* 4/2014, 349.

Krejci, Heinz, Arbeitsrechtliche Probleme der Bau-Arge, In *Krejci, Heinz* (Hrsg), *Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft* (1979) Orac Verlag.

Krejci, Heinz (Hrsg), *Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft* (1979) Orac Verlag.

Krejci, Heinz, Kommentierung zu § 1151 ABGB, In *Rummel, Peter* (Hrsg), *ABGB* 3. Auflage, (Stand 1.1.2000, rdb.at) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Kuderna, Friedrich, *Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz: Kommentar und Auszüge aus einschlägigen Gesetzen*, 2. Auflage (1996) ÖGB Verlag.

Leitsmüller, Heinz /Schindler, René /Schneller, Hannes, Veränderte Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen: Herausforderungen für die betriebliche Mitbestimmung, Sonderheft 40 Jahre ArbVG, *DRdA* 2014, 488.

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

Lembke, Mark, Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern, *NZA* 2011, 319.

Leutner, Richard /Schwarz, Bernhard /Ziniel, Georg, *Arbeitskräfteüberlassungsgesetz* (1989) ÖGB Verlag.

Löschnigg, Günther, *Arbeitsrecht*, 12. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Löschnigg, Günther, Kommentierung zu §§ 40, 41, 42, 44, 47, 49, 50, 52, 53 ArbVG, in *Strasser, Rudolf/Jabornegg, Peter /Resch, Reinhard* (Hrsg), *Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz* (Loseblattsammlung 2002-2013) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Majoros, Thomas, Versetzung von Mitgliedern eines „Betriebsabteilungsrates“, *ecolex* 2008, 64.

Marhold, Franz, Atypische Arbeitskräfteüberlassung? *ASoK* 2008, 162.

Marhold, Franz, Betriebsvereinbarungen für überlassene Arbeitnehmer: Zurechnung zur Belegschaft des Beschäftigerbetriebes erfolgt je nach Sachfrage, ASoK 2008, 251.

Marhold, Franz /Friedrich, Michael, Österreichisches Arbeitsrecht, 2. Auflage (2012) Springer Verlag.

Martinek, Oswin (Hrsg), Arbeit, Recht und Gesellschaft, Festschrift für *Walter Schwarz* zum 65. Geburtstag (1991) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Martinek, Oswin /Migsch, Erwin /Ringhofer, Kurt /Schwarz, Walter /Schwimann, Michael (Hrsg), Arbeitsrecht und soziale Grundrechte, Festschrift für *Hans Floretta* zum 60. Geburtstag (1983) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Martinek, Oswin /Wachter, Gustav (Hrsg), Arbeitsleben und Rechtsordnung, Festschrift für *Gerhard Schnorr* zum 65. Geburtstag (1988) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Mayr, Klaus, ArbR online – Große Gesetzesausgabe zum Arbeitsrecht, 156. Ergänzungslieferung, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Mazal, Wolfgang, Arbeitskräfteüberlassung und Gewährleistung, *ecolex* 2004, 385.

Mazal, Wolfgang, Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung, In *Bernat, Erwin /Böhler, Elisabeth /Weilinger, Arthur* (Hrsg), Zum Recht der Wirtschaft, Festschrift für *Heinz Krejci* zum 60. Geburtstag, Band I (2001) Verlag Österreich.

Mazal, Wolfgang, Arbeitskräfteüberlassung: Vertragsmuster und Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1988) Orac Verlag.

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.

Mazal, Wolfgang, Eine Arbeitnehmerin ist Aushilfskraft in mehreren Konzernunternehmen, DRdA 1989, 216.

Mazal, Wolfgang, Personalbereitstellung und Betriebsverfassung, RdW 1987/11, 375.

Mazal, Wolfgang, Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG, ZAS 2005/42, 244.

Mazal, Wolfgang, Zeitarbeit in Österreich: Arbeitsrechtliche Aspekte, In *Flenreiss, Gerhard* (Hrsg), Sicher. Flexibel. Zeitarbeit in Österreich: Erfahrungen, Positionen, Perspektiven (2004) WUV Universitätsbuchhandlung.

Mazal, Wolfgang, Zur Regelungskompetenz in § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG, In *Körber-Risak, Katharina /Wolf, Christoph* (Hrsg), Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle: Entscheidungspraxis und Befugnisse, 2. Auflage (2016) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Mazal, Wolfgang /Risak, Martin (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, Loseblattausgabe, LexisNexis ARD ORAC.

Mitschka, Miriam, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsverfassung, *ecolex* 2012, 458.

Mosler, Rudolf, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbstständige? Sonderheft aus Anlass des 65. Geburtstages von *Klaus Firlei, Konrad Grillberger* und *Rudolf Müller*, *DRdA* 2012, 100.

Mosler, Rudolf, Kommentierung zu §§ 115, 117 ArbVG, In *Neumayr, Matthias /Reissner, Gert-Peter* (Hrsg) Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 2, 2. Auflage (2011) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Müller, Robert, Das Leiharbeitsverhältnis, *ZAS* 1968, 77.

Müller, Robert, Probleme des Leiharbeitsverhältnisses, In *Martinek, Oswin /Wachter, Gustav* (Hrsg), Arbeitsleben und Rechtsordnung, Festschrift für *Gerhard Schnorr* zum 65. Geburtstag (1988) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Naderhirn, Johanna, Der Richtlinienentwurf der Kommission zur Leiharbeit, *ZESAR* 2003/7, 258.

Neumayr, Matthias, Kommentierung zu § 73 ArbVG, in *Strasser, Rudolf/Jabornegg, Peter /Resch, Reinhard* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2002-2013) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Neumayr, Matthias, Kommentierung zu § 50 ASGG, in *Neumayr, Matthias /Reissner, Gert-Peter* (Hrsg) Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 2, 2. Auflage (2011) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Neumayr, Matthias /Reissner, Gert-Peter (Hrsg) Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1 und 2, 2. Auflage (2011) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Novak, Michael, Unternehmensentwicklung und Zeitarbeit – Erfahrungen und Hintergründe, In *Flenreiss, Gerhard* (Hrsg), Sicher. Flexibel. Zeitarbeit in Österreich: Erfahrungen, Positionen, Perspektiven (2004) WUV-Universitätsverlag.

Nürnberg, Rudolf, Die Entwicklung der Zeitarbeit in Österreich aus Sicht der Gewerkschaft Metall-Textil, In *Flenreiss, Gerhard* (Hrsg), Sicher. Flexibel. Zeitarbeit in Österreich: Erfahrungen, Positionen, Perspektiven (2004) WUV-Universitätsverlag.

Obereder, Alois, XV. Die Arbeitskräfteüberlassung, In *Mazal, Wolfgang /Risak, Martin* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, Loseblattausgabe, 23. Lieferung, Stand Juli 2014, LexisNexis ARD ORAC.

Oberthür, Nathalie, Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung, In *Rieble, Volker /Junker, Abbo /Giesen, Richard* (Hrsg), Freie Industriedienstleistungen als Alternative zur regulierten Zeitarbeit (2012) ZAAR Schriftenreihe Band 26, ZAAR Verlag München.

Pačić, Jasmin, Versetzung mit Weisung des Arbeitgebers – Grenzen für ein einseitiges Gestaltungsrecht, In *Resch, Reinhard* (Hrsg), Versetzung – Der Arbeitnehmer als Schachfigur des Arbeitgebers (2012) ÖGB Verlag.

Pfeil, Walter, Kommentierung zu § 1151 ABGB, In *Schwimann, Michael /Kodek, Georg* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, Band 5, 4. Auflage (2014) LexisNexis ARD ORAC.

Pöschl, Walter /Unterrieder, Matthias, Novelle zum AÜG – Neue Pflichten für Beschäftigter und Überlasser, *ecolex* 2012, 999.

Priewasser, Robert, Der Betriebsratsfonds, 5. Auflage (2007) ÖGB Verlag.

Putzer, Alexander, Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat (2005) ÖGB Verlag.

Raab, Thomas, Betriebsübergang und Leiharbeit – Rechtsfolgen der Übernahme des Entleiherbetriebs für die dort beschäftigten Leiharbeitnehmer, *EuZA* 2011/4, 537.

Radner, Thomas, I. Der Begriff des Arbeitnehmers, In *Mazal, Wolfgang /Risak, Martin* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, Loseblattausgabe, 24. Lieferung, Stand Oktober 2014, LexisNexis ARD ORAC.

Radner, Thomas /Preiss, Joachim, Kommentierung zu § 64, 73 ArbVG, In *Gahleitner, Sieglinde /Mosler, Rudolf* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 2, 5. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Raschauer, Nicolas /Resch, Reinhard (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung, Schriften zum Arbeitsrecht und Sozialrecht (2014) ÖGB Verlag.

Rauch, Thomas, Angemessenes Entgelt bei Arbeitskräfteüberlassung, *ecolex* 2013, 676.

Rauch, Thomas, Überlassene Arbeitskräfte und Betriebsrat, *ecolex* 2008, 157.

Rauch, Thomas, Verpflichtungen des Überlassers gegenüber dem Beschäftigter (Gewährleistung, Arbeitnehmerschutz, Schäden an Betriebsmitteln), *ASoK* 2005, 103.

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

Rebhahn, Robert, Kommentierung zu § 1151 ABGB, In *Kletečka, Andreas /Schauer, Martin* (Hrsg), *ABGB-ON^{1.02}* (Stand 1.6.2014, *rdb.at*) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Rebhahn, Robert, Kommentierung zu § 1151 ABGB, In *Neumayr, Matthias /Reissner, Gert-Peter* (Hrsg) *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, Band 1, 2. Auflage (2011) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Reiner, Michael, Perspektiven zum Sozialplan: Genese, Dogmatik und Europäische Einflüsse (2012) Dissertation, Universität Wien.

Reissner, Gert-Peter, Kommentierung zu §§ 101 ArbVG, In *Neumayr, Matthias /Reissner, Gert-Peter* (Hrsg) *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, Band 2, 2. Auflage (2011) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Reissner, Gert-Peter /Neumayr, Matthias (Hrsg), *Zeller Handbuch Betriebsvereinbarungen* (2014) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Resch, Reinhard, Kommentierung zu §§ 115, 117, 119 ArbVG, In *Strasser, Rudolf /Jabornegg, Peter /Resch, Reinhard* (Hrsg), *Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz*, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Resch, Reinhard, Teilhabe am Betriebspensionssystem für überlassene Arbeitskräfte, In *Raschauer, Nicolas /Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung, Schriften zum Arbeitsrecht und Sozialrecht (2014) ÖGB Verlag.

Resch, Reinhard (Hrsg), *Versetzung – Der Arbeitnehmer als Schachfigur des Arbeitgebers* (2012) ÖGB Verlag.

Richardi, Reinhard, Betriebszugehörigkeit als Rechtsproblem, In *Martinek, Oswin /Migisch, Erwin / Ringhofer, Kurt /Schwarz, Walter /Schwimann, Michael* (Hrsg),

Arbeitsrecht und soziale Grundrechte, Festschrift für *Hans Floretta* zum 60. Geburtstag (1983) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Rieble, Volker /Junker, Abbo /Giesen, Richard (Hrsg), Freie Industriedienstleistungen als Alternative zur regulierten Zeitarbeit (2012) ZAAR Schriftenreihe Band 26, ZAAR Verlag München.

Rieble, Volker, Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit, In *Rieble, Volker /Junker, Abbo /Giesen, Richard* (Hrsg), Freie Industriedienstleistungen als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, ZAAR Schriftenreihe Band 26 (2012) ZAAR Verlag München.

Rieble, Volker /Vielmeier, Stephan, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011/4, 474.

Riesenfelder, Andreas /Wetzel, Petra, Leiharbeit in Österreich (2010), In *L&R Sozialforschung* (Hrsg), Wiener Beiträge zur empirischen Sozialwissenschaft, Band 4 im Auftrag der Arbeiterkammer Wien. Auch online verfügbar unter dem Titel „*Leiharbeit in der Krise*“: http://www.lrsocialresearch.at/files/ENDBERICHT_AKUe.pdf zuletzt abgerufen am 19. November 2015.

Risak, Martin, III. Die Betriebsverfassung, In *Mazal, Wolfgang /Risak, Martin* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, Loseblattausgabe, 23. Lieferung, Stand Juli 2014, LexisNexis ARD ORAC.

Risak, Martin, AÜG: Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag, *ecolex* 2004, 465.

Risak, Martin, Kommentierung zu §§ 41, 44, 47 ArbVG, In *Tomandl, Theodor* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2005-2015) Verlag Österreich.

Ritzberger-Moser, Margarete, Der Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskraft nach § 10 Abs 1 AÜG, DRdA 1992, 330.

Robin-Olivier, Sophie, A French Reading of Directive 2008/104 on Temporary Agency Work, *ELLJ* 2010/3, 398.

Rödl, Florian /Ulber, Daniel, Unvereinbarkeit von § 9 Nr. 2 Halbs. 4 AÜG mit der Leiharbeitsrichtlinie, *NZA* 2012, 841.

Rothe, Heinz, Arbeiter- und Angestelltenkollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, 2. Auflage (2014) Linde Verlag.

Rummel, Peter (Hrsg), ABGB online – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, (Stand 1.1.2000, rdb.at) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Runggaldier, Ulrich, Kollektives Arbeitsrecht und arbeitnehmerähnliche Personen, In *Martinek, Oswin /Wachter, Gustav* (Hrsg), Arbeitsleben und Rechtsordnung, Festschrift für *Gerhard Schnorr* zum 65. Geburtstag (1988) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Sacherer, Remo, Arbeitskräfteüberlassung – Ein arbeitsmarktpolitisches Erfolgsrezept? *juridikum* 2/2003, 90.

Sacherer, Remo, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union: Rechtliche und soziale Aspekte (2001) ÖGB Verlag.

Sacherer, Remo /Schwarz, Bernhard (Hrsg), Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 2. Auflage (2006) ÖGB Verlag.

Sansone, Piero, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Band 116 (2011) Nomos Verlagsgesellschaft.

Schapler, Markus, Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis: Rechtliche Rahmenbedingungen zwischen Sollen und Sein, Beiträge zu besonderen Problemen des Arbeitsrechts, Band 22 (2009) ÖGB Verlag.

Schindler, René, Arbeitskräfteüberlassungs-KV 2013, 2. Auflage (2013) ÖGB Verlag.

Schindler, René, Die neue EU-Leiharbeits-RL – der Umsetzungsbedarf in Österreich, *DRdA* 2009, 176.

Schindler, René, Der Entgeltanspruch bei Arbeitskräfte-Überlassung, *RdW* 2000, 739.

Schindler, René, Europarechtliche Grundlagen der AÜG-Novelle 2012 und ihre grundsätzliche Umsetzung in Österreich, In *Raschauer, Nicolas /Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung, Schriften zum Arbeitsrecht und Sozialrecht (2014) ÖGB Verlag.

Schindler, René, Glosse zu OGH 18.11.2007, 9 ObA 111/07z, *DRdA* 2009/29, 345.

Schindler, René, Kommentierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, In *Neumayr, Matthias /Reissner, Gert-Peter* (Hrsg) Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1, 2. Auflage (2011) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Schlitzer, Andreas, Die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, infas 2013, 9.

Schneller, Hannes, Arbeitskräfteüberlassung: Mitbestimmung bei Versetzungen und anderen personellen Maßnahmen, ecolex 2006, 1018.

Schneller, Hannes, Kommentierung zu §§ 40, 42, 47, 49, 50, 52, 53 ArbVG, In *Gahleitner, Sieglinde /Mosler, Rudolf* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 2, 5. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Schneller, Hannes, Kommentierung zu §§ 115, 116, 117, 120, 121 ArbVG, In *Gahleitner, Sieglinde /Mosler, Rudolf* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 3, 5. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Schneller, Hannes /Preiss, Joachim, Kommentierung zu § 110 ArbVG, In *Gahleitner, Sieglinde /Mosler, Rudolf* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band 3, 5. Auflage (2015) ÖGB Verlag.

Schnorr, Gerhard, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung: Verbot oder Regelung? (1979) Braumüller Verlag Wien.

Schnorr, Gerhard, Glosse zu OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87 ZAS 1988/9, 95.

Schnorr, Gerhard, Grundfragen des Arbeitsverfassungsgesetzes, DRdA 1976, 112.

Schörghofer, Felix, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsverhältnis von Flexibilisierung und ArbeitnehmerInnenschutz, *juridikum* 1/2014, 88.

Schörghofer, Felix, Gleichbehandlung und Gleichstellung im AÜG, In *Brodil, Wolfgang* (Hrsg), Tagungsband der 6. Wiener Oktobergespräche 2013: Diener fremder Herren – Aktuelle Rechtsfragen der Arbeitskräfteüberlassung (erscheint voraussichtlich 2017).

Schörghofer, Felix, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung: Langfristige Überlassung, Payrolling und die Abgrenzung vom Werkvertrag (2015) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Schörghofer, Felix, Überlassene DN: Kein Anspruch auf betrieblichen Zulagen der Stammebelegschaft, Glosse zu OGH 25.08.2014, 8 ObA 50/14g, ZAS 2015/52, 315.

Schörghofer, Felix, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG: Einige zentrale Änderungen und Lücken, ZAS 2012/61, 336.

Schrammel, Walter, Der Angestellte "ex contractu" im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, ZAS 1973, 163.

Schrammel, Walter, Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei Versetzung und Änderungskündigung, ZAS 1975/6, 203.

Schrammel, Walter, Entgelt von Dritten, ZAS 2003/10, 57.

Schrammel, Walter, Zur Rechtsstellung des Betriebsrates, In *Martinek, Oswin* (Hrsg), Arbeit, Recht und Gesellschaft, Festschrift für *Walter Schwarz* zum 65. Geburtstag (1991) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Schrank, Franz, Die wichtigsten Neuerungen zur Arbeitskräfteüberlassung (Teil 1), RdW 2013/38, 32.

Schrank, Franz, Grundfragen des Entgeltanspruchs überlassener Arbeitnehmer nach § 10 Abs 1 AÜG, ZAS 1991, 49.

Schrank, Franz, Kommentierung zu § 101 ArbVG, In *Tomandl, Theodor* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2005-2015) Verlag Österreich.

Schrattbauer, Birgit, Arbeitskräfteüberlassung: Chance oder Risiko für Problemgruppen des Arbeitsmarktes? Schriften der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Paris Lodron Universität Salzburg, RechtPlus Band 19 (2015) LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG.

Schrattbauer, Birgit /Goricnik, Wolfgang, Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, DRdA 2013, 282.

Schrattbauer, Birgit /Goricnik, Wolfgang, Wesentliche Änderungen durch die Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), wbl 2013, 121.

Schrattbauer, Birgit, Mindestbetrags erhöhungen des Beschäftiger-KollV und Referenzzuschlag nach dem KollV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, Glosse zu OGH 24.07.2013, 9 ObA 33/13p, DRdA 2014/14, 132.

Schröder, Gerhard, Fleißig, billig, schutzlos: Leiharbeiter in Deutschland (2009) Fackelträgerverlag.

Schubert, Günther, Kommentierung zu § 971 ABGB, In *Rummel, Peter* (Hrsg), ABGB online – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, (Stand 1.1.2000, rdb.at) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Schüren, Peter/ Hamann, Wolfgang (Hrsg), Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage (2010) Verlag C. H. Beck München.

Schüren, Peter/ Wank, Rolf, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 1.

Schwarz, Bernhard, Arbeitnehmerähnliche Personen und überlassene Arbeitskräfte in der Arbeitsverfassung, In *Martinek, Oswin* (Hrsg), Arbeit, Recht und Gesellschaft, Festschrift für *Walter Schwarz* zum 65. Geburtstag (1991) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Schwarz, Bernhard in *Sacherer, Remo /Schwarz, Bernhard* (Hrsg), Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 2. Auflage (2006) ÖGB Verlag.

Schwarz, Bernhard, Ausgewählte Rechtsfragen aus dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, DRdA 1988, 428.

Schwarz, Walter, Arbeitsgemeinschaften im Baugewerbe, DRdA 1953/9, 20.

Schwarz, Walter, Probleme sozialer und personeller Mitbestimmung im Betrieb, DRdA 1975/2, 65.

Schwarz, Walter, Zur Rechtsnatur des „mittelbaren“ Arbeitsverhältnisses“, DRdA 1953, Heft 7, 21.

Schwimann, Michael /Kodek, Georg (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, Band 5, 4. Auflage (2014) LexisNexis ARD ORAC.

Shubshizky, Alfred, Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen für überlassene Arbeitskräfte, ASoK 2014, 35.

Slezak, Michael, Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung und Sozial- und Weiterbildungsfonds nach der AÜG-Novelle 2012, In *Raschauer/Resch* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) ÖGB Verlag.

Spendling, Anton, Kommentierung zu § 1151 ABGB, In *Koziol, Helmut /Bydlinski, Peter /Bollenberger, Raimund* (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 4. Auflage (2014) Verlag Österreich.

Springer, Wolfgang, Der geliehene Erfolg: Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht (2002) ÖGB Verlag.

Stadler, Manuela, Informationspflichten und Arbeitnehmerschutz in Bezug auf überlassene Arbeitskräfte, In *Raschauer, Nicolas /Resch, Reinhard* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung, Schriften zum Arbeitsrecht und Sozialrecht (2014) ÖGB Verlag.

Staufer, Manfred, Die Versetzung von Arbeitnehmern aus arbeitsvertraglicher und betriebsverfassungsrechtlicher Sicht (2003) ÖGB Verlag.

Strasser, Rudolf /Jabornegg, Peter /Resch, Reinhard (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Strasser, Rudolf, Kommentierung zu §§ 34, 36, 37 ArbVG, In *Strasser, Rudolf/Jabornegg, Peter /Resch, Reinhard* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Thüsing, Gregor /Stiebert, Tom, Equal Pay in der Arbeitnehmerüberlassung zwischen Unionsrecht und nationalem Recht, ZESAR 5-6/12, 199.

Tinhofer, Andreas, Die kollektivrechtlichen Aspekte der Versetzung: Der Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG, ZAS 2005/12, 59.

Tomandl, Theodor, Arbeitskräfteüberlassung, 1. Auflage (2010) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Tomandl, Theodor, Arbeitskräfteüberlassung, 2. Auflage (2014) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Tomandl, Theodor /Schrammel, Walter (Hrsg), Arbeitsrecht I: Gestalter und Gestaltungsmittel, 7. Auflage (2011) Braumüller Verlag.

Tomandl, Theodor /Schrammel, Walter (Hrsg), Arbeitsrecht II: Sachprobleme, 7. Auflage (2011) Braumüller Verlag.

Tomandl, Theodor (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2005-2015) Verlag Österreich.

Tomandl, Theodor, Kommentierung zu § 36 ArbVG, In *Tomandl, Theodor* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2005-2015) Verlag Österreich.

Tomandl, Theodor, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2011/41, 248.

Tomandl, Theodor, Zwei Probleme der Arbeitskräfteüberlassung, In *Harrer, Friedrich /Honsell, Heinrich /Mader, Peter* (Hrsg), Gedächtnisschrift für *Theo Mayer-Maly* zum 80. Geburtstag (2011) Springer Verlag.

Trost, Barbara, Glosse zu OGH 09.04.1997, 9 Ob A 2291/96v, DRdA 1998/2, 114.

Trost, Barbara, Kommentierung zu §§ 120, 121 ArbVG, in *Strasser, Rudolf/Jabornegg, Peter /Resch, Reinhard* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2002-2013) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Waas, Bernd, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, ZESAR 01/2012, 7.

Wachter, Gustav /Burger, Florian (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2013, Innsbrucker Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht, Band 6 (2013) innsbruck university press.

Wachter, Gustav, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, ZAS 1974/5, 163.

Wachter, Gustav, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975, 50.

Wachter, Gustav, Versetzung – Begriff, Arten, Abgrenzung, In *Resch, Reinhard* (Hrsg), Versetzung – der Arbeitnehmer als Schachfigur des Arbeitgebers (2012) ÖGB Verlag.

Willemsen, Heinz Josef, Erosion des Arbeitgeberbegriffs nach der Albron-Entscheidung des EuGH? Betriebsübergang bei gespaltener Arbeitgeberfunktion, NJW 2011, 1546.

Windisch-Graetz, Michaela, Kommentierung zu §§ 34, 36, 37, 39, 109 ArbVG, In *Neumayr, Matthias /Reissner, Gert-Peter* (Hrsg) Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 2, 2. Auflage (2011) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Windisch-Graetz, Michaela, Kommentierung zu §§ 40, 50, 53 ArbVG, in *Tomandl, Theodor* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2005-2015) Verlag Österreich.

Windisch-Graetz, Michaela, Arbeitsrecht II: Sachprobleme, 9. Auflage (2015) new academic press.

Windisch-Graetz, Michaela, Soziale Gestaltungspflicht über die Betriebsgrenzen hinaus? ZAS 1996, 109.

Winkler, Gottfried, Kommentierung zu §§ 110, 115, 116, 117 ArbVG, in *Tomandl, Theodor* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung 2005-2015) Verlag Österreich.

Wollinger, Sandra, Kommentierung zu §§ 120, 122 ArbVG, In *Neumayr, Matthias /Reissner, Gert-Peter* (Hrsg) Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1, 2. Auflage (2011) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Wroblewski, Angela, Leiharbeit in Österreich: Übergangslösung oder Sackgasse? Reihe Soziologie (2001), <http://www.equi.at/dateien/rs48.pdf> abgefragt am 15. Dezember 2015.

Ziniel, Georg, Aktuelle Gesetzesvorhaben: Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und Novelle zum Ausländerbeschäftigungsgesetz, DRdA 1988, 176.

2. Judikaturverzeichnis

2.1. Oberster Gerichtshof

OGH 20.02.1952, 1 Ob 125/52, SZ 25/44 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 18.05.1954, 4 Ob 3/54, Arb 5988 zur Überlassung allgemein.

OGH 18.03.1958, 4 Ob 153/57, SZ 31/45 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 08.03.1960, 4 Ob 4/60, Arb 7210 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 08.02.1973, 2 Ob 117/72, SZ 46/15 zum Vorliegen der für die Arbeitskräfteüberlassung typischen Eingliederung und zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 23.06.1977, 6 Ob 607/77, Arb 9677 = ARD-HB 1980, 56 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 19.05.1981, 4 Ob 104/80, DRdA 1982, 191 (*Strasser*) = ZWAS 1982, 10 (*Tomandl*) = SZ 54/75 zur persönlichen Abhängigkeit.

OGH 28.07.1982, 7 Ob 723/81, ÖJZ 1983/4 (EvBl) = SZ 55/115 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 28.07.1982, 7 Ob 723/81, SZ 55/115 = ÖJZ 1983/4 (EvBl) = ARD-HB 1984, 389 = REDOK 6886 = SWK 1983, B I 20 = HS 13.125 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 08.09.1983, 7 Ob 643/83, SZ 56/129 = ÖJZ 1984/13 (EvBl) zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 12.04.1984, 8 Ob 576/83, ARD-HB 1986, 250 = Arb 10.351 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 19.03.1985, 4 Ob 31/85 zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und der Zulässigkeit von Stichtagsregelungen.

OGH 14.05.1985, 5 Ob 531/85 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 25.06.1985, 4 Ob 79/85, Arb 10.472 = RdW 1985, 381 zur „Zwei-Ebenen-Theorie“ im Rahmen des allgemeinen Versetzungsschutzes (§ 101 ArbVG), zum Schutzzweck und dem Vergleichsmaßstab des § 101 ArbVG.

OGH 04.03.1986, 14 Ob 7/86 zur „Zwei-Ebenen-Theorie“ im Rahmen des allgemeinen Versetzungsschutzes (§ 101 ArbVG).

OGH 27.05.1986, 4 Ob 51/85, SZ 59/89 = Arb 10525 zum Betriebsbegriff des § 34 ArbVG.

OGH 16.12.1986, 4 Ob 175/85 zum Zweck der §§ 115ff ArbVG.

OGH 13.01.1987, 14 Ob 198/86, JBl 1987, 468 = RdW 1987, 300 = ZAS 1987/16, 30 (*Tomandl*) zur Bestimmung der Arbeitspflicht mittels Auslegung.

OGH 27.01.1987, 14 Ob 224/86, DRdA 1987, 224 = RdW 1987/237 = wbl 1987, 100 = infas 1987, A 51 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 24.02.1987, 14 ObA 5/87, Arb 10609 = DRdA 1989/13, 201 (*Klein*) = RdW 1987, 236 = ZAS 1988/23, 172 (*Stöhr-Kohlmaier*) = wbl 1987, 217 zum Begriff der Wohlfahrtseinrichtungen gem § 95 ArbVG allgemein und dem Umstand, dass Werkwohnungen bei entsprechender Institutionalisierung Wohlfahrtseinrichtungen gem § 95 ArbVG darstellen können.

OGH 15.07.1987, 9 ObA 63/87, ARD 3921/10/87 = DRdA 1988, 54 = infas 1988, A 1 = RdW 1987, 379 = wbl 1989, 265 = ZAS 1988/9, 95ff (*Schnorr*) zur Belegschaftszugehörigkeit überlassener AN und zum allgemeinen Kündigungsschutz gem § 105 ArbVG im Beschäftigertbetrieb.

OGH 16.09.1987, 14 ObA 85/87, Arb 10672 = SZ 60/174 = JBl 1988, 127 zum Versetzungsbegriff des § 101 ArbVG.

OGH 24.02.1988, 1 Ob 509/88, RdW 1988, 287 = SZ 16/44 = ÖJZ 1988/93, 458 (EvBl) = HS 18.718 = HS 18.820 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 16.03.1988, 9 ObA 34/88, ARD 4006/8/88 = infas 1988, A 67 zur „*voraussichtlichen*“ Dauer einer Versetzung gem § 101 ArbVG.

OGH 29.06.1988, 9 ObA 49/88, RdW 1988, 459 = wbl 1989, 126 zum Versetzungsbegriff des § 101 ArbVG.

OGH 19.01.1989, 7 Ob 48/88, SZ 62/8 zum Begriff der Fremdbestimmung der Arbeit.

OGH 15.03.1989, 9 ObA 288/88 zur Frage ob Pendler- und Werksbusse als Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG zu werten sind.

OGH 08.11.1989, 9 ObA 253/89, SZ 62/171 = RdW 1990, 52 = wbl 1990, 111 zur Klage auf Zustimmung zur Kündigung eines BR-Mitgliedes gem § 120 ArbVG.

OGH 27.06.1990, 9 ObA 170/90, Arb 10875 = RdW 1991, 21 = wbl 1990, 376 zum Begriff der Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG und zur Frage ob eine Freimilchvergabe als solche zu werten sind.

OGH 10.10.1990, 9 ObA 602/90, ZAS 1991, 204 (*Andexlinger*) = SZ 63/173 = DRdA 1991/21, 224 (*Mazal*) = Arb 10.897 zum Rechtsverhältnis zwischen überlassener Arbeitskraft und Beschäftigter.

OGH 24.10.1990, 9 ObA 238/90, SZ 63/192 = RdW 1991, 153 = wbl 1991, 104 zum Betriebszahnarzt als Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG.

OGH 05.12.1990, 9 ObA 266/90 zum Benachteiligungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG.

OGH 13.02.1991, 9 ObA 22/91, Arb 10.908 = ARD 4261/17/91 = DRdA 1991/42 (*Geppert*) = ecolex 1991, 413 = infas 1991, A 74 = RdW 1991, 241 = wbl 1991, 200 zur Belegschaftszugehörigkeit überlassener Arbeitnehmer und zum aktiven Wahlrecht im Beschäftigterbetrieb.

OGH 16.05.1991, 6 Ob 1569/91 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 10.07.1991, 9 ObA 133/91, ARD 4287/11/91 = DRdA 1991/54 (*Andexlinger*) = SZ 64/99 = ZAS 1992/16, 131 (*Resch*) = RdW 1992, 20 = WBl 1991, 392 = Arb 10951 = ecolex 1991, 800 zum Umfang des Anspruches auf Freizeitgewährung gem § 116 ArbVG.

OGH 20.11.1991, 9 ObA 196/91, DRdA 1992, 45 = Arb 10.977 zur Bedachtnahme nach § 10 Abs 1 Z 3 AÜG, insb kein Anspruch auf überkollektivvertraglichen Istlohn während der Dauer der Überlassung.

OGH 04.12.1991, 9 ObA 212/91, JBl 1992, 803 = Arb 10.980 = RdW 1992, 245 = ecolex 1992, 259 = ecolex 1992, 260 Werkswohnungen können bei entsprechender Institutionalisierung Wohlfahrtseinrichtungen gem § 95 ArbVG darstellen.

OGH 18.03.1992, 9 ObS 2/92, EvBl 1992/169, 700 = wbl 1992, 260 = RdW 1992, 349 zu betrieblichen Übungen.

OGH 02.09.1992, 9 ObA 155/92, ARD 4410/29/92 = ecolex 1992, 866 = ZAS 1993/11, 141 (*Strasser*) zum Beschränkungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG, insb zum Zutrittsrecht bei (begründeter) Suspendierung eines BR-Mitglieds.

OGH 24.02.1993, 9 ObA 14/93 zu den Ansprüchen bei Verstoß gegen das Beschränkungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG, insb der Möglichkeit eine einstweilige Verfügung zu erwirken.

OGH 22.09.1993, 9 ObA 205/93, SZ 66/117 zur Beendigung nichtiger Betriebsvereinbarungen.

OGH 24.11.1993, 9 ObA 244/93, Arb 11.127 = ARD 4531/18/94 = DRdA 1994/46, 502 (*Eypeltauer*) zum Beschränkungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG, insb zum Zutrittsrecht bei (begründeter) Suspendierung eines BR-Mitglieds.

OGH 26.01.1994, 9 ObA 280/93, ARD 4543/26/94 = DRdA 1994/44, 496 (*Csebrenyak*) = ecolex 1994, 341 zum besonderen Bestandsschutz gem §§ 120 ff ArbVG.

OGH 23.02.1994, 9 ObA 311/93, = ARD 4556/16/94 = RdW 1994,183 = ecolex 1994, 418 = ZAS 1994, 149 (*Tomandl*) zum Betriebszweck (§ 34 ArbVG).

OGH 20.04.1994, 9 ObA 59/94, Arb 11.180 = ARD 4571/28/94 = infas 1994, A 161 = RdW 1994, 319 zum besonderen Bestandsschutz gem §§ 120 ff ArbVG.

OGH 12.10.1994, 9 ObA 171/94, RdW 1995, 145 zur „Zwei-Ebenen-Theorie“ im Rahmen des allgemeinen Versetzungsschutzes (§ 101 ArbVG) und zur Interessenabwägung im Rahmen des Verfahrens auf Zustimmung vor dem ASG.

OGH 16.11.1994, 9 ObA 214/94 zum Schutzzweck des § 101 ArbVG.

OGH 11.01.1995, 9 ObA 240/94, DRdA 1996, 50 (*Gahleitner*) = Arb 11.347 zur Nichtigkeit einer BR-Wahl.

OGH 26.04.1995, 9 ObA 78/95, DRdA 1996, 329 (*Trost*) = Arb 11.391 zur Nichtigkeit einer BR-Wahl.

OGH 22.06.1995, 8 ObA 220/95 zur Änderungs-/Beendigungsmöglichkeit nichtiger Betriebsvereinbarungen.

OGH 13.09.1995, 9 ObA 77/95, DRdA 1996/28, 315 (*Eypeltauer*) = ZAS 1996/20, 167 (*Binder*) zum Begriff der Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG und zur Abgrenzung von individuellen Leistungszusagen.

OGH 14.09.1995, 8 ObA 211/95, infas 1996, A 51 = ZAS 1998/1, 18 (*B. Gruber*) zur „Zwei-Ebenen-Theorie“ im Rahmen des allgemeinen Versetzungsschutzes.

OGH 27.09.1995, 9 ObA 143/95, SZ 68/175 zum Betriebsbegriff des § 34 ArbVG.

OGH 11.10.1995, 9 ObA 110/95, Arb 11.450 zur absolut zwingenden Wirkung des Betriebsverfassungsrechtes.

OGH 23.05.1996, 8 ObA 2057/96z, ARD 4814/18/97 = RdW 1997, 356 = wbl 1996, 456 = ZAS 1997/13 (*Spitzl*) zum Versetzungsbegriff gem § 101 ArbVG.

OGH 12.09.1996, 8 ObA 2108/96z zur Bestimmung der Arbeitspflicht mittels Auslegung.

OGH 30.01.1997, 8 ObA 2053/96m, SZ 70/21 zur Rechtskontrolle im Rahmen des allgemeinen Versetzungsschutzes gem § 101 ArbVG.

OGH 13.03.1997, 8 ObA 2303/96a, DRdA 1998, 46 (*Marhold-Weinmeier*) = ZAS 1998, 80 (*Jabornegg*) zum Recht Teilversammlungen abzuhalten (§ 44 ArbVG).

OGH 26.03.1997, 9 ObA 88/97z, DRdA 1998/16, 183 (*Hoyer*) = DRdA 1997, 405 = ecolex 1997, 796 = infas 1997, A 87 = wbl 1997, 389 = ZASB 1997, 33 zur Betriebszugehörigkeit von Auslandsmitarbeitern und ihrer Pflicht zur Entrichtung einer BR-Umlage.

OGH 09.04.1997, 9 ObA 2291/96v, SZ 70/62 zum allgemeinen Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG.

OGH 22.10.1997, 9 ObA 105/97z, DRdA 1998/29, 268 (*Eypeltauer*) zum Begriff der Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG und zur Abgrenzung von individuellen Leistungszusagen.

OGH 22.10.1997, 9 ObA 151/97i, DRdA 1998, 58 (zust *Jabornegg*) zur absolut zwingenden Wirkung des Betriebsverfassungsrechtes.

OGH 05.11.1997, 9 ObA 148/97y zur Klage auf Zustimmung zur Kündigung eines BR-Mitgliedes gem § 120 ArbVG.

OGH 13.11.1997, 8 ObA 219/97g, DRdA 1999/7, 49 (*Wachter*) = ZAS 1998/16, 173 (*Pircher*) zum Begriff der Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG und zur Abgrenzung von individuellen Leistungszusagen.

OGH 10.12.1997, 9 ObA 275/97z, infas 1998, A 50 = DRdA 1998, 212 zum Versetzungsbegriff gem § 101 ArbVG.

OGH 25.06.1998, 8 ObA 266/97v, ASoK 1998, 428 = ecolex 1998, 938 = infas 1999, A 3 = SZ 71/116 = ZAS 1999/13, 135 (*Risak*) zum besonderen Bestandsschutz von Belegschaftsfunktionären.

OGH 12.02.1998, 8 ObA 35/98z, Arb 11.695 = SZ 71/25 zur „Zwei-Ebenen-Theorie“ im Rahmen des allgemeinen Versetzungsschutzes.

OGH 22.04.1999, 6 Ob 46/99d zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 26.08.1999, 8 ObA 196/99b, DRdA 2000, 73 zum Versetzungsbegriff.

OGH 01.09.1999, 9 ObA 166/99y zum Betriebsbegriff des § 34 ArbVG.

OGH 01.12.1999, 9 ObA 276/99z, Arb 11.973 zum Feststellungsinteresse der Belegschaft im Hinblick auf die Zusammensetzung und Funktionsfähigkeit des BR.

OGH 15.02.2000, 10 Ob 350/99i zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 24.02.2000, 8 ObA 338/99k zur absolut zwingenden Wirkung der Betriebsverfassung auch in Hinblick auf die Erweiterung der Mitwirkungsrechte der Belegschaft.

OGH 09.03.2000, 8 ObA 332/99b zum Günstigkeitsvergleich.

OGH 15.03.2000 9 ObA 314/99p, RdW 2001/183, 164 zum Begriff der Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG.

OGH 04.10.2000, 9 ObA 198/00h ua zur „Zwei-Ebenen-Theorie“ im Rahmen des allgemeinen Versetzungsschutzes (§ 101 ArbVG).

OGH 15.02.2001, 8 ObA 182/00y, DRdA 2002/1, 30 (*Holzer*) = SZ 74/22 zur Entstehung des BR-Fonds ex lege und zum Wohlfahrtscharakter einer Sterbekasse.

OGH 12.04.2001, 8 ObA 21/01y zum Benachteiligungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG.

OGH 12.06.2001, 5 Ob 141/01y zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 22.10.2001, 1 Ob 203/01m, ARD 5325/10/2002 = ecolex 2002/38, 88 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 04.09.2002, 9 ObA 24/02y zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und der Zulässigkeit von Stichtagsregelungen.

OGH 19.09.2002, 8 ObA 22/02x, DRdA 2003/46, 447 (*Preiss*) zum BR-Fonds.

OGH 16.10.2002, 9 ObA 109/02y, ARD 5398/5/2003 = DRdA 2003/22, 261 (*Holzer*) = infas 2003, A 15 = RdW 2003/171 zum besonderen Bestandsschutz von Belegschaftsfunktionären.

OGH 28.11.2002, 8 ObA 202/02t zur „voraussichtlichen“ Dauer einer Versetzung gem § 101 ArbVG.

OGH 13.02.2003, 8 ObA 203/02i, ARD 5408/8/2003 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 24.04.2003, 8 ObA 217/02y zu den Pflichten des Überlassers.

OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f zur persönlichen Abhängigkeit.

OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k zur persönlichen Abhängigkeit.

OGH 03.12.2003, 7 Ob 256/03b, ZAS-Judikatur 2004/104 = LVaktuell 2004 H 5, 5 = ARD 5491/6/2004 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 03.12.2003, 9 ObA 113/03p, DRdA 2004/47 (zust *Balla*); ASoK 2008, 162 (abl *Marhold*) = ecolex 2004, 465 (krit *Risak*) = SZ 2003/56 zum Abfertigungsanspruch nach einer 9-jähriger Überlassung.

OGH 17.12.2003, 9 ObA 136/03w, ecolex 2004, 389 = ARD 5508/5/04 = wbl 2004, 339 zum kollektiven Charakter der (personellen) Mitwirkungsrechte des ArbVG.

OGH 17.12.2003, 9 ObA 140/03h zur Bestimmung der Arbeitspflicht mittels Auslegung.

OGH 21.04.2004, 9 ObA 31/04f, Arb 12.436 = DRdA 2005/20, 309 (*Löschnigg*) = ecolex 2004, 732 (*Windisch-Graetz*) zur absolut zwingenden Wirkung des Betriebsverfassungsrechts.

OGH 12.12.2004, 8 ObA 46/04d zum Weisungsrecht.

OGH 06.04.2005, 9 ObA 80/04m, DRdA 2006/15 (zust *Kerschner*) = ZAS 2005, 269 (*Schmaranzer*) = ARD 5606/8/05 = ecolex 2005, 638 = infas 2005, 142/A61 = ZAS-Judikatur 2005/127 = DRdA 2005, 444 = JBl 2005, 669 = RdW 2006/164, 173 = SZ 2005/52 = Arb 12.519 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 06.04.2005, 9 ObA 88/04p, ARD 5628/4/2005 = ASoK 2005, 341 zur „*voraussichtlichen*“ Dauer einer Versetzung gem § 101 ArbVG, dem Schutzanliegen des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes und allg zum Versetzungsbegriff des § 101 ArbVG.

OGH 04.05.2005, 8 ObA 99/04y, ZAS 2006/40 (*Runggaldier*) zur Beendigung nichtiger Betriebsvereinbarungen.

OGH 30.06.2005, 8 ObA 13/05p, ARD 5627/5/05 = RdW 2005, 709 = DRdA 2006/24, 286 (*Resch*) zur Arbeitnehmereigenschaft gem § 36 ArbVG.

OGH 31.08.2005, 9 ObA 35/05w, SZ 2005/122 zum Schutzzweck des § 101 ArbVG.

OGH 12.07.2006, 9 ObA 121/05t, SZ 2006/107 = DRdA 2007/48, 473 (*Löschnigg*) zum AN-Begriff des § 36 ArbVG. Hier im Zusammenhang mit der AN-Eigenschaft von Beamten und Vertragsbediensteten.

OGH 18.04.2007, 8 ObA 108/06z, ZAS 2008/10, 77 (abl *Gerlach*) = RdW 2008/556, 592 (abl *Körber-Risak*) = ZAS-Judikatur 2007/107 = wbl 2007/197 = infas 2007/A57 = ecolex 2007, 624 = DRdA 2007, 403 = RdW 2008, 100 = Arb 12.674 zu Inhalt und Ausgestaltung des Betriebsvereinbarungstatbestandes des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG.

OGH 09.05.2007, 9 ObA 89/06p zur Änderungs-/Beendigungsmöglichkeit nichtiger Betriebsvereinbarungen.

OGH 21.05.2007, 8 ObA 4/07g, DRdA 2008/30, 344 (*Eypeltauer*) zur Abgrenzung von Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen.

OGH 11.10.2007, 8 ObA 39/07d zu betrieblichen Übungen.

OGH 22.10.2007, 9 ObA 102/06z zur Klage auf Zustimmung zur Kündigung eines BR-Mitgliedes gem § 120 ArbVG.

OGH 28.11.2007, 9 ObA 147/07v zum Betriebsbegriff des § 34 ArbVG.

OGH 19.12.2007, 9 ObA 125/07h, SZ 2007/211 = ecolex 2008/169, 458 = ASoK 2008, 402 zum Rechtsverhältnis zwischen überlassener Arbeitskraft und Beschäftiger.

OGH 07.02.2008, 9 ObA 2/08x, Arb 12.738 = ARD 5887/2/2008 zum Rechtsverhältnis zwischen überlassener Arbeitskraft und Beschäftiger.

OGH 28.04.2008, 8 ObA 78/07i, DRdA 2009/49 (*Burger*) = Arb 12.745 zum Umfang des AN-Begriffs des § 36 ArbVG. Hier im Zusammenhang mit der AN-Eigenschaft von Beamten und Vertragsbediensteten.

OGH 24.09.2008, 2 Ob 261/07g, DRdA 2010/15, 228 (*Geppert*) = ecolex 2009/5, 29 (*Friedl*) = Zak 2009/41, 35 = EvBl 2009/26, 178 = ZIK 2009/39, 25 = JBl 2009, 176 = RdW 2009/168, 205 = SZ 2008/137 zur Bürgenhaftung (§ 14 AÜG).

OGH 02.06.2009, 9 ObA 54/09w Betriebszugehörigkeit von Auslandsmitarbeitern.

OGH 26.08.2009, 9 ObA 175/08p, ARD 6009/5/2009 (*Adamovic*) = DRdA 2010, 152 = RdW 2010/45, 40 = Arb 12.847 = DRdA 2011/15, 140 (*Trost*) zum Beschränkungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG.

OGH 15.12.2009, 9 ObA 29/09v, ARD 6063/3/2010 zum Wirkungsbereich des Betriebsrates.

OGH 15.12.2009, 9 ObA 24/09h, ARD 6048/5/2010 = DRdA 2011/21, 257 (*Holzer*) zum Wirkungsbereich des Betriebsrates und zum Klagerecht gem § 54 Abs 1 ASGG.

OGH 13.10.2010, 3 Ob 145/10k, Zak 2010/722, 414 = ZfRV-LS 2011/10 = ARD 6139/8/2011 = bbl 2011/64, 93 = RdW 2011/80, 84 zum Dienstverschaffungsvertrag.

OGH 30.08.2011, 8 ObA 54/11s, ZAS 2013, 189 (*Körber-Risak*) = Zak 2011, 379 = ARD 6198/12/2012 = RdW 2011, 753 = ecolex 2012, 73 = wbl 2012, 163/59 = DRdA 2012, 354 = Arb 13.014 zu Inhalt und Ausgestaltung des Betriebsvereinbarungstatbestandes des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG.

OGH 30.07.2012, 9 Ob 19/12b, ARD 6261/3/2012 = ZAS 2013/5, 31 (zust *Gleißner*) zu § 11 Abs 2 Z 6 AÜG.

OGH 22.08.2012, 9 ObA 74/12s zum Betriebsbegriff des § 34 ArbVG.

OGH 19.03.2013, 9 ObA 133/12t, ARD 6322/5/2013 = ZAS 2013/37, 228 (*Gerhartl*) = RdW 2013/418, 407 = wbl 2013/143, 407 = DRdA 2013/53, 522 (*Jabornegg*) zur Pauschalierung des Arbeitsaufwandes in § 117 ArbVG und dem Beschränkungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG.

OGH 24.07.2013, 9 ObA 33/13p, DRdA 2014/14, 132 (*Schrattbauer*) = ZAS 2014/12, 76 (*Wiesinger*) = RdW 2013/671, 682 (*Bruckmüller*) obiter dictum zu § 10 Abs 1 S 4 AÜG („sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“).

OGH 24.07.2013, 9 ObA 79/13b, DRdA 2014/19, 235 (*Kreil*) = ZAS 2014/45, 281 (*Kühteubl*) = GesRZ 2014, 58 (*F. Schörghofer /P. Schörghofer*) = wbl 2013/258, 703 (*Grillberger*) zur Betriebszugehörigkeit von Auslandsmitarbeitern, zum Überlasser als Adressaten des allg Kündigungsschutzes für überlassene AN und zur „materiellen“ Betrachtung der Organstellung eines Geschäftsführers im Rahmen eines Konzerns.

OGH 28.10.2013, 8 ObA 58/13g, ARD 6380/9/2014 = DRdA 2014/35, 351 (*Mayr*) zum Beschränkungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG.

OGH 26.11.2013, 9 ObA 101/13p, ARD 6391/19/2014 = RdW 2014/325, 289 zum Wirkungsbereich des Betriebsrates.

OGH 17.12.2013, 8 ObA 22/13p zum Begriff des Betriebsinhabers und dem Prinzip der Gegnerfreiheit.

OGH 19.12.2013, 9 ObA 124/13w zu der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 4 Z 1 AÜG und der Umgehung des Aufnahmestopps im öffentlichen Bereich.

OGH 29.01.2014, 9 ObA 85/13k zu betrieblichen Übungen.

OGH 17.02.2014, 4 Ob 16/14b zum Weisungsrecht und generell zum Rechtsverhältnis zwischen überlassener Arbeitskraft und Beschäftigter.

OGH 24.03.2014, 8 ObA 18/14a, Arb 13.146 = ARD 6402/12/2014 = ecolex 2014/300, 733 = EvBl 2014/110, 772 = infas 2014/A68, 190 = RdW 2014/524, 476 (*Sabara*) = DRdA 2014, 442 = SZ 2014/26 = wbl 2014/157, 463 zur Bedachtnahme nach § 10 Abs 1 AÜG, insb kein Anspruch auf überkollektivvertraglichen Istlohn während der Überlassung und als obiter dictum zu § 10 Abs 1 S 4 AÜG.

OGH 29.04.2014, 9 ObA 27/14g, ARD 6415/6/2014 = ecolex 2014, 377 = DRdA 2015/15, 115 (*Goricnik*) zur Interessenabwägung bei der Anberaumung von Teilversammlungen (§ 44 ArbVG).

OGH 25.06.2014, 9 ObA 2/14f, ARD 6410/12/2014 = Arb 13.157 = ecolex 2014/466, 1086 = RdW 2014/661, 602 = wbl 2014/218, 644 = ZAS 2015/15, 91 (*Krömer*) zum Vergleichsmaßstab des § 101 ArbVG.

OGH 22.07.2014, 9 ObA 51/14m, Arb 13.163 = DRdA 2015/30, 243 (*Firlei*) zum Betriebsbegriff des § 34 ArbVG.

OGH 25.08.2014, 8 ObA 50/14g, ZAS 2015/52, 315 (*Schörghofer*) = DRdA 2015/32, 250 (*Felten*) als obiter dictum zu § 10 Abs 1 S 4 AÜG.

OGH 28.10.2015, 9 ObA 109/15t, ARD 6481/6/2016 = ecolex 2016/66, 156 = wbl 2016/30, 101 = RdW 2016/152, 201 zu nichtigen Betriebsvereinbarungen.

OGH 26.02.2016, 8 ObA 25/15g zur Bestimmung der Arbeitspflicht mittels Auslegung.

Rechtssätze:

RIS-Justiz RS0014539 zu betrieblichen Übungen.

RIS-Justiz RS0014543 zu betrieblichen Übungen.

RIS-Justiz RS0018115 zu nichtigen Betriebsvereinbarungen.

RIS-Justiz RS0021232 zum Vergleichsmaßstab im Rahmen des allgemeinen Versetzungsschutzes gem § 101 ArbVG.

RIS-Justiz RS0021284 zum Inhalt der persönlichen Abhängigkeit.

RIS-Justiz RS0021289 zu den wesentlichen Erfordernissen der Arbeitskräfteüberlassung.

RIS-Justiz RS0029057 zur Belegschaftszugehörigkeit überlassener Arbeitnehmer.

RIS-Justiz RS00501117 zur Beispielsammlung von Wohlfahrtseinrichtungen iSd § 95 ArbVG.

RIS-Justiz RS0050542 zur Belegschaftszugehörigkeit und zum aktiven Wahlrecht im Beschäftigterbetrieb.

RIS-Justiz RS0050620 zum Wesen der Arbeitskräfteüberlassung.

RIS-Justiz RS0050688 zur Bedachtnahme nach § 10 Abs 1 AÜG, insb kein Anspruch auf überkollektivvertraglichen Istlohn während der Überlassung.

RIS-Justiz RS0050877 zur betriebsverfassungsrechtlichen Zugehörigkeit überlassener Arbeitnehmer zum Überlasserbetrieb sowie zum Überlasser als Adressaten des allgemeinen Kündigungsschutzes.

RIS-Justiz RS0050973 zum Prinzip der Gegnerfreiheit.

RIS-Justiz RS0051091 zum Betriebszweck (§ 34 ArbVG).

RIS-Justiz RS0051107 zum Betriebsbegriff des § 34 ArbVG.

RIS-Justiz RS0051117 zum Begriff der Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG.

RIS-Justiz RS0051231 zur Interessenabwägung des Gerichts im Rahmen eines Verfahrens auf Zustimmung zur Versetzung gem § 101 ArbVG gegen den BR.

RIS-Justiz RS0052037 zur Glaubhaftmachung im Rahmen des Benachteiligungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG.

RIS-Justiz RS0053037 zum besonderen Bestandsschutz gem §§ 120 ff ArbVG.

RIS-Justiz RS0060204 zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und der Zulässigkeit von Stichtagsregelungen.

RIS-Justiz RS0104261 zum mittelbaren Arbeitsverhältnis.

RIS-Justiz RS0107424 zur Betriebszugehörigkeit von Auslandsmitarbeitern.

RIS-Justiz RS0121025 zur Betriebszugehörigkeit von (Landes-)Beamten und Vertragsbediensteten im Falle einer Ausgliederung.

RIS-Justiz RS0125572 zum Klagerecht gem § 54 Abs 1 ASGG.

2.2. Verwaltungsgerichtshof

VwGH 13.05.1969, Zl 1606/68 = Arb 8618 zur Anrechnung von überlassenen Arbeitskräften auf den Schwellenwert für die Freistellung von BR-Mitgliedern.

VwGH 10.02.1976, 0441/75, DRdA 1976, 181 zum Betriebsbegriff des § 34 ArbVG.

VwGH 25.04.1980, 1291/76, DRdA 1981/20 (*Holzer*) zur persönlichen Abhängigkeit.

VwGH 28.11.1995, 93/08/0208 zur Bedachtnahme nach § 10 Abs 1 AÜG, insb kein Anspruch auf überkollektivvertraglichen Istlohn während der Überlassung.

VwGH 24.01.1996, 95/12/0178 zum Benachteiligungsverbot gem § 115 Abs 3 ArbVG.

VwGH 22.10.1996, 94/08/0178, ecolex 1997, 116 zur Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung.

2.3. Europäischer Gerichtshof

EuGH 13.05.1986, C-170/84, Slg 1986, I-01607 (*Bilka*).

EuGH 13.11.1990, C-106/89, Slg 1990, I-04135 (*Marleasing SA*).

EuGH 15.12.1993, C-292/92, Slg 1993, I-06787 (*Hünermund ua*).

EuGH 14.07.1994, C-91/92, Slg 1994, I-03325 (*Faccini Dori*).

EuGH 03.10.2000, C-303/98, Slg 2000, I-07963 (*Siamp*).

EuGH 03.05.2001, C-28/99, Slg 2001, I-03399 (*Verdonck ua*).

EuGH 26.06.2001, C-381/99, Slg 2001, I-04961 (*Brunnhofer*).

EuGH 27.11.2001, C-285/99 und C-286/99, Slg 2001, I-09233 (*Lombardini und Mantovani*).

EuGH 09.09.2003, C-151/02, Slg 2003, I-08389 (*Jaeger*).

EuGH 14.04.2005, C-342/01, Slg 2004, I-02605 (*Merino Gómez*).

EuGH 14.04.2005, C-519/03, Slg 2005, I-03067 (*Kommission/Luxemburg*).

EuGH 16.03.2006, verbundene Rechtssachen C-131/04 und C-257/04, Slg 2006, I-02531 (*Robinson Steele*).

EuGH 20.09.2007, C-116/06, Slg 2007, I-07643 (*Kiiski*).

EuGH 20.01.2009, verbundene Rechtssachen C-350/06 und C-520/06, Slg 2009, I-00179 (*Schultz-Hoff*).

EuGH 15.07.2010, C-271/08, Slg 2010, I-07091 (*Europäische Kommission*).

EuGH 12.10.2010, C-45/09, Slg 2010, I-09391 (*Rosenblatt*).

EuGH 21.10.2010, C-242/09, Slg 2010, I-10309 (*Albron Catering*), ASoK 2010/12, 434 (*Gruber*) = DRdA 2011/3, 316 (*Heilegger*).

EuGH 08.09.2011, C-297/10, Slg 2011, I-07965 (*Hennigs*).

EuGH 28.06.2012, C-172/11 veröffentlicht in der digitalen Sammlung (*Erny*).

EuGH 05.07.2012 C-141/11 veröffentlicht in der elektronischen Entscheidungssammlung des Gerichtshofes (*Hörnfeldt*).

EuGH 19.09.2013, C-435/11 noch nicht in Slg veröffentlicht (*CHS Tour Services*).

2.4. Sonstige Entscheidungen

ArbG Hartberg, 09.06.1964, Cr 1/64 zur Belegschaftszugehörigkeit überlassener Arbeitnehmer.

ArbG Wien 19.08.1966, 3 Cr 185/66 zur Frage ob die Überlassung von Arbeitskräften gegen § 16 ABGB verstößt.

ArbG Wien 12.10.1966, 3 Cr 211/66 zur Frage ob die Überlassung von Arbeitskräften gegen § 16 ABGB verstößt.

BAG 13.03.2013, 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789 zur Erfassung von Leiharbeitnehmern im Rahmen des Schwellenwertes zur Bestimmung der Betriebsratsgröße (§ 9 S 1 dtBetrVG) – Rechtsprechungsänderung.

EA Graz 30.09.1963, Re 37/63, Arb 7811 zur Belegschaftszugehörigkeit überlassener Arbeitskräfte.

LGZ Graz 22.11.1964, 2 Cg 107/64, Arb 8125 zur Belegschaftszugehörigkeit überlassener Arbeitskräfte.

3. Abbildungsverzeichnis

Diagramm 1: Prozentuelle Entwicklung der Anzahl der in Österreich überlassenen Arbeitskräfte gemessen an der Gesamtheit der erwerbstätigen Bevölkerung in Österreich in den Jahren 1998 bis 2014. Quelle: Eigene Darstellung auf Basis der Geschäftsberichte des AMS von 2008 bis 2014 und der vom BMASK jährlich erstellten Statistik Arbeitskräfteüberlassung.

Diagramm 2: Entwicklung der Anzahl der in Österreich überlassenen Arbeitskräfte in den Jahren 1998 bis 2015 in absoluten Zahlen. Quelle: Eigene Darstellung auf Basis der Statistik Arbeitskräfteüberlassung des BMASK.

4. Verzeichnis sonstiger Quellen

4.1. Bundesgesetzblätter

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, kurz: ABGB), JGS Nr 1811/946 idF BGBl I Nr 2015/87.

Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (kurz: AVRAG), BGBl Nr 1993/459 idF BGBl I Nr 2016/44.

Behinderteneinstellungsgesetz (kurz: BEinstG), BGBl Nr 22/1970 idF BGBl I Nr 2015/57.

Bundesgesetz betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz, kurz: BUAG), BGBl Nr 1972/414 idF BGBl I Nr 2015/152.

Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz, kurz: AktG), BGBl Nr 1965/98 idF BGBl Nr 1985/24 idF BGBl Nr 2016/43.

Bundesgesetz über Schutzmaßnahmen für Nachtschwerarbeiter durch Änderung des Urlaubsgesetzes, des Arbeitszeitgesetzes und des Arbeitsverfassungsgesetzes sowie durch Maßnahmen zur Sicherung der gesetzlichen Abfertigung, der Gesundheitsvorsorge und Einführung eines Sonderruhegeldes (Nachtschwerarbeitsgesetz, kurz: NSchG), BGBl Nr 1981/354 idF BGBl 2013/87.

Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, kurz: ASchG), BGBl Nr 1994/450 idF BGBl I Nr 2015/60.

Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz, kurz: AngG), BGBl Nr 1921/292 idF BGBl I Nr 2015/152.

Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, kurz: ASVG), BGBl Nr 1955/189 idF BGBl I Nr 2016/53.

Bundesgesetz vom 12. Dezember 1968 betreffend die Arbeitsmarktförderung (Arbeitsmarktförderungsgesetz, kurz: AMFG), BGBl Nr 1969/31 idF BGBl I Nr 2013/71.

Bundesgesetz vom 11. Dezember 1969 über die Regelung der Arbeitszeit (Arbeitszeitgesetz, kurz: AZG), BGBl Nr 1969/461 idF BGBl I Nr 2015/152.

Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz, kurz: ArbVG), BGBl Nr 1974/22 idF BGBl I Nr 2013/71.

Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz, kurz: AuslBG), BGBl Nr 218/1975 idF BGBl I Nr 2015/113.

Bundesgesetz vom 7. Juli 1976 betreffend die Vereinheitlichung des Urlaubsrechtes und die Einführung einer Pflegefreistellung (Urlaubsgesetz, kurz: UrlG), BGBl Nr 1976/390 idF BGBl I Nr 2013/3.

Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, kurz: AÜG), BGBl Nr 1988/196 idF BGBl I Nr 2016/44.

Bundesgesetz vom 17. Mai 1990, mit dem betriebliche Leistungszusagen gesichert werden (Betriebspensionsgesetz, kurz: BPG), BGBl Nr 1990/282 idF BGBl I Nr 2016/44.

Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (kurz: DHG) BGBl Nr 1965/80 idF BGBl Nr 1983/169.

Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz, kurz: GmbHG), RGBl Nr 1906/58 idF BGBl I Nr 2016/43.

Gesetz vom 9. April 1873, über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (kurz: GenG), RGBl Nr 1873/70 idF BGBl I Nr 2016/43.

Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung, kurz: ZPO), RGBl Nr 1895/113 idF BGBl I Nr 2015/94.

Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung, kurz EO), RGBl Nr 1896/97 idF BGBl I Nr 2014/69.

Gewerbeordnung 1994 (kurz: GewO 1994), BGBl Nr 1994/194 idF BGBl I Nr 2016/50.

Bundesgesetz vom 2. Juni 1977 über die Sicherung von Arbeitnehmeransprüchen im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers (Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, kurz: IESG), BGBl Nr 1977/324 idF BGBl I Nr 2015/113.

Bundesgesetz über die Haftung der Organe der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für Schäden, die sie dem Rechtsträger in Vollziehung der Gesetze unmittelbar zugefügt haben (Organhaftpflichtgesetz, kurz: OrgHG), BGBl Nr 1967/181 idF BGBl I Nr 2013/33.

Verordnungen:

Verordnung des Bundesministers für soziale Verwaltung vom 22. Mai 1974 über die Vorbereitung und Durchführung der Wahl zum Betriebsrat, Zentralbetriebsrat, Jugendvertrauensrat und Zentraljugendvertrauensrat sowie die Bestellung und Tätigkeit von Wahlkommissionen und Wahlzeugen (kurz: BRWO 1974), BGBl Nr 319/1974 idF BGBl II Nr 142/2012 idF BGBl II Nr 195/2012 (VFB).

Verordnung des Bundesministers für soziale Verwaltung vom 1. August 1974 über die Einhebung der Betriebsrats(Zentralbetriebsrats)umlage, über die Errichtung, Verschmelzung, Trennung, Auflösung und Verwaltung des Betriebsrats(Zentralbetriebsrats)fonds, über die Revision seiner Gebarung und die Rechte und Pflichten der Revisionsorgane sowie über die Wahl der Rechnungsprüfer und ihre Geschäftsführung (Betriebsratsfonds-Verordnung 1974, kurz: BRF-VO), BGBl II Nr 1974/524 idF BGBl II Nr 2012/142.

4.2. Regierungsvorlagen

ErläutRV 320 BlgNR 5. GP zum BRG 1947 (BGBl Nr 1947/97).

ErläutRV 983 BlgNR 11. GP zum AMFG (BGBl 1969/31).

ErläutRV 1451 BlgNR 13. GP zum AuslBG 1969 (BGBl Nr 1975/218).

ErläutRV 840 BlgNR 13. GP zum ArbVG 1974 (BGBl Nr 1974/22).

ErläutIA 205/A BlgNR 16. GP (BGBl Nr 1986/394).

ErläutRV 1046 BlgNR 16. GP (nicht umgesetzte RegV zum AÜG).

ErläutRV 450 BlgNR 17. GP zum AÜG 1988 (BGBl Nr 1988/196).

ErläutRV 1590 BlgNR 18. GP 76 zum ASchG (BGBl Nr 1995/457).

ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP zur Umsetzung der Leiharbeits-RL 2008/104/EG (BGBl I 2012/98).

ErläutRV 319 BlgNR 25. GP zum Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 2014 (BGBl I Nr 2014/94)

Ministerialentwurf 366/ME 24. GP zur Umsetzung der Leiharbeits-RL 2008/104/EG.

4.3. Richtlinien und Richtlinienvorschläge

Änderungen des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates vom 6. April 1984 zur Regelung der Zeitarbeit und der befristeten Arbeitsverträge, ABl C 1984/133, 1, KOM(84) 159 endg.

Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr 24/2008 festgelegt am 15.09.2008 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2008/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom...über Leiharbeit, ABl EG C 254 vom 7. Oktober 2008, 36.

Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 15. September 2008 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit, Dok 10599/2/08 Rev 2, KOM(2008) 569, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/commonpositions/2008/pdf/c6-0327-08_de.pdf zuletzt abgerufen am 1. März 2016.

Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2002 über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM(2002) 701 endg.

Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, ABl L 1991/206, 19.

Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14.10.1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, ABl L 288 vom 18. Oktober 1991, 32.

Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 18 vom 21. Jänner 1997, 1.

Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl L 1999/175, 43.

Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl L 299 vom 18. November 2003, 9.

Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl L 2008/327, 9.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. März 2002 über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern ABl C 2002/203, E/01, KOM(2002) 149 endg.

Vorschlag einer Richtlinie des Rates vom 7. Mai 1982 zur Regelung der Zeitarbeit, ABl C 1982/128, 2, KOM(82) 155 endg.

4.4. Entschliefungen

Entschliefung des Rates vom 18. Dezember 1979 über die Anpassung der Arbeitszeit, ABl EG C 1980/2, 1.

Entschliefung vom 17. September 1981 zur Beschäftigung und zur Neugestaltung der Arbeitszeit, ABl EG C 1981/260, 54.

4.5. Onlinequellen

AK Wien, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich, Sozial- und Wirtschaftsstatistik aktuell Nr 11/2012 unter http://media.arbeiterkammer.at/wien/SWSAktuell_2012_11.pdf abgerufen am 19. Oktober 2015.

AMS, Geschäftsberichte 2008 bis 2014, <http://www.ams.at/ueber-ams/medien/geschaeftsbericht/archiv> abgefragt am 19. Oktober 2015.

AMS, Geschäftsbericht 2014, 10 unter http://www.ams.at/_docs/001_ams_geschaeftsbericht_2014.pdf abgefragt am 19. Oktober 2015.

AMS, Geschäftsbericht 2013, 10 unter http://www.ams.at/_docs/001_geschaeftsbericht_2013.pdf abgerufen am 19. Oktober 2015.

AMS, Geschäftsbericht 2012, 10 unter http://www.ams.at/_docs/001_ams_geschaeftsbericht_2012.pdf abgefragt am 19. Oktober 2015.

AMS, Geschäftsbericht 2011, 15 unter http://www.ams.at/_docs/001_AMS_Geschaeftsbericht_2011.pdf abgerufen am 19. Oktober 2015.

AMS, Geschäftsbericht 2010, 7 unter http://www.ams.at/_docs/001_Geschaeftsbericht2010.pdf abgerufen am 19. Oktober 2015.

AMS, Geschäftsbericht 2009, 5 unter http://www.ams.at/_docs/AMS_Geschaeftsbericht_2009%281%29.pdf abgerufen am 19. Oktober 2015.

AMS, Geschäftsbericht 2008, 5 unter http://www.ams.at/_docs/001_EndversionGB2008.pdf abgefragt am 19. Oktober 2015.

BfA, Statistik zur Arbeitnehmerüberlassung 2015, unter <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Grundlagen/Methodenberichte/Beschaeftigungsstatistik/Generische-Publikationen/Methodenbericht-Beschaeftigungsstatistik-Statistik-zur-Arbeitnehmerueberlassung-auf-Basis-des-Meldeverfahrens-zur-Sozialversicherung.pdf> abgerufen am 1. Februar 2016.

BMASK, Statistik Arbeitskräfteüberlassung 2015, 2 unter https://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/4/2/9/CH3434/CMS1455789651449/kurzbericht_arbeitskraefteueberlassungsstatistik_2015.pdf abgefragt am 24. Februar 2016.

BMASK, Statistik Arbeitskräfteüberlassung 2014, 1 unter http://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/8/6/4/CH2128/CMS1393406558751/ergebnisse_2014_kurz_gefasst.pdf abgefragt am 19. Oktober 2015.

BMASK, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2013, 3, https://akupav.eipi.at/akupav/2013/Erl%C3%A4uterungen_2013.pdf abgefragt am 13. Februar 2014.

BMASK, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2012, 3, http://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/8/6/4/CH2128/CMS1393406558751/erlaeuterungen_2012.pdf abgefragt am 27. November 2015.

BMASK, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2011, 3, http://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/8/6/4/CH2128/CMS1393406558751/erlaeuterungen_2011.pdf abgefragt am 27. November 2015.

BMASK, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2010, 3, http://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/8/6/4/CH2128/CMS1393406558751/erlaeuterungen_2010.pdf abgefragt am 27. November 2015.

BMASK, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2009, 3, http://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/8/6/4/CH2128/CMS1393406558751/erlaeuterungen_2009.pdf abgefragt am 27. November 2015.

BMASK, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2008, 3, http://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/8/6/4/CH2128/CMS1393406558751/erlaeuterungen_2008.pdf abgefragt am 27. November 2015.

BMASK, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2007, 3, http://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/8/6/4/CH2128/CMS1393406558751/erlaeuterungen_2007.pdf abgefragt am 27. November 2015.

BMASK, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2006, 3, http://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/8/6/4/CH2128/CMS1393406558751/erlaeuterungen_2006.pdf abgefragt am 27. November 2015.

BMASK, Sozialbericht 2013-2014, insb 59f, http://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/8/8/9/CH2171/CMS1419000891674/sozialbericht_2013-2014_gesamtausgabe.pdf abgefragt am 27. November 2015.

BMASK, Statistik Arbeitskräfteüberlassung 2005, 2, http://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/8/6/4/CH2128/CMS1393406558751/erlaeuterungen_2005.pdf abgefragt am 27. November 2015.

Burz, Alexander, Stellungnahme der IV, 18/SN-366/ME 24. GP abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_08739/imfname_249236.pdf zuletzt abgefragt am 16. Oktober 2015.

Ciett, Economic Report 2015 (Based on data of 2013/2014) http://www.ciett.org/fileadmin/templates/ciett/docs/Stats/Economic_report_2015/CIETT_ER2015.pdf abgerufen am 1. Februar 2016.

Clauwaert, Stefan, Survey of Legislation on Temporary Agency Work (2000) online <http://library.fes.de/pdf-files/gurn/00326.pdf> zuletzt abgerufen am 22. Februar 2016.

Expert Group Report on the Transposition of Directive 2008/104/EG on Temporary Agency Work (2011) abrufbar unter <https://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjzu72-qebMAhUBP5oKHduzCMUQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FBlobServlet%3FdocId%3D6998%26&usg=AFQjCNEVTY0GRUzh8UiJSjFWPvp2MiIqFw> zuletzt abgerufen am 18. Mai 2016.

Gagawczuk, Walter, Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer, 10/SN-366/ME 24. GP abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_08731/imfname_249109.pdf zuletzt abgefragt am 29. Jänner 2016.

Gleißner, Rolf, Stellungnahme der WKO, 20/SN-366/ME 24. GP abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_08741/imfname_249319.pdf zuletzt abgerufen am 7. Juni 2016.

Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich 11/2012, 3 http://media.arbeiterkammer.at/wien/SWSAktuell_2012_11.pdf abgerufen am 8. April 2014.

Mayer, Christian/ Scheibe, Herbert, Wer sind die Leiharbeitnehmer? Abschlussbericht (2012) http://www.boeckler.de/pdf_fof/S-2010-401-3-1.pdf abgefragt am 8. März 2016.

Oswald, Günther, Ministerien umgehen Aufnahmestopp, 14.1.2013 <http://derstandard.at/1356427710395/Bilanztricks-Staat-macht-es-Firmen-nach> abgefragt am 24. Oktober 2015.

Parlament.gv.at, Parlamentskorrespondenz Nr 785 vom 16. Oktober 2012, http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2012/PK0785/ abgefragt am 22. Juli 2015.

Rat der Europäischen Union, Mitteilung an die Presse über die 2875. Tagung des Rates für Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz, C/08/166, 1 abrufbar unter https://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiP24WN2prLAhUnAXMKHZ6FBz4QFggfMAA&url=http%3A%2F%2Feuropa.eu%2Frapid%2Fpress-release_PRES-08-166_de.pdf&usg=AFQjCNGmWY7GkGyJNU96yKjGwBlx04eb8g zuletzt abgerufen am 28. Februar 2016.

Schima, Georg, Stellungnahme der RAK, 24/SN-Nachtrag zu 7/SN-366/ME 24. GP, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_08745/imfname_249778.pdf zuletzt abgerufen am 29. Jänner 2016.

Seeh, Manfred, Wie die Justiz Personalkosten auslagert, DiePresse.at vom 28.09.2014, <http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/3877538/Wie-die-Justiz-Personalkosten-auslagert> abgerufen am 24. Oktober 2015.

Stellungnahmen zu 366/ME 24. GP abrufbar unter www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00366 zuletzt abgefragt am 16. Oktober 2015.

Stellungnahme des Hauptverbandes der Österreichischen Sozialversicherungsträger, 19/SN-366/ME 24. GP abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_08740/imfname_249314.pdf zuletzt abgefragt am 29. Jänner 2016.

Widler, Yvonne/ Moser, Moritz/ Wotke, Levin, Prekär beim Bund, [parli-magazin.at](http://www.parli-magazin.at/606/), <http://www.parli-magazin.at/606/> abgefragt am 24. Oktober 2015.

Presseaussendung der GPA-djp vom 29.2.2012, http://www.gpa-djp.at/servlet/ContentServer?pagename=GPA/Page/Index&n=GPA_11.1.8.a&cid=1330363997346 abgefragt am 28. Oktober 2013.

Völpel, Eva, Mehr Mitbestimmung in Betrieben: DGB will Vetorecht bei Werkverträgen, Taz.de vom 23.4.2014 <http://www.taz.de/Mehr-Mitbestimmung-in-Betrieben/!5043708/> abgerufen am 6. Jänner 2016.

Wroblewski, Angela, Leiharbeit in Österreich: Übergangslösung oder Sackgasse? Reihe Soziologie (2001), <http://www.equi.at/dateien/rs48.pdf> abgefragt am 15. Dezember 2015.

4.6. Sonstiges

Bericht des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten, Berichtsteratterin *Ieke van den Burg*, vom 23. Oktober 2002 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern (KOM(2002) 149 – C5-0140/2002 – 2002/0072(COD)), A5-0356/2002 endg.,

Bericht des Ausschusses für soziale Verwaltung über den Antrag der Abgeordneten Hesoun, Ingrid Tichy-Schreder, Dr. Helene Partik-Pable und Genossen betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Arbeitsverfassungsgesetz geändert wird (205/A), 1062 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen 16. GP.

BMASK, Ministerialentwurf betreffend dem Bundesgesetz, mit dem das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das Arbeitsverfassungsgesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz und das Ausländerbeschäftigungsgesetz geändert werden, 366/ME 24. GP, abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00366/fname_243685.pdf zuletzt abgefragt am 16. Oktober 2015.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EGRC), ABI C 364 vom 18.12.2000, 1.

Europäische Kommission, Aktionsprogramm zur Sozialcharta, November 1989.

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, COM(2014) 176 final.

Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. Dezember 1989, KOM(89) 248 endg.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der Richtlinie 91/383/EWG zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, SEK(2004) 635.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Folgenabschätzung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM(2002) 149 endg. Abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2002/DE/1-2002-149-DE-F1-1.Pdf> zuletzt abgerufen am 31. Mai 2016.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch – Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts vom 22. November 2006, KOM(2006) 708 endg.

Stenografisches Protokoll zur 173. Sitzung des Nationalrates der Republik Österreich, 24. Gesetzgebungsperiode, 16. Oktober 2012.

Stenografisches Protokoll zur 814. Sitzung des Bundesrates der Republik Österreich, 31. Oktober 2012.

Anhang

Abstract

Deutsch

Arbeitskräfteüberlassung wird in § 3 Abs 1 AÜG definiert als *“Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte”*. Sie ist durch ein besonderes Dreiecksverhältnis gekennzeichnet und unterscheidet sich in diesem Punkt von einem traditionellen Arbeitsverhältnis.

Ein Grundproblem der juristischen Behandlung solch atypischer Gestaltungsformen von Arbeit liegt darin, dass diese zwar von der Rechtsordnung erfasst und geformt werden, ohne allerdings zumeist Adressat auf sie unmittelbar zugeschnittener Rechtsnormen zu sein. Auch die im österreichischen System des Ausgleichs sozialer Interessen wichtigen, kollektiven Mechanismen sind im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung strukturell geschwächt, wenn nicht ausgeschaltet. Das trifft insbesondere auf die kollektive Interessenwahrnehmung im Rahmen der Betriebsverfassung zu.

Auch die Betriebsverfassung geht vom klassischen, zweipersonalen Arbeitsverhältnis aus, bei dem die Arbeitskraft nur zu einem Betrieb in Beziehung steht, weshalb in Bezug auf die Arbeitskräfteüberlassung die betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungs- und Regulierungsinstrumente, nicht so – wie man es gewohnt war und ist – wirken. Bestimmte, ausgewählte betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung beschäftigen daher Rechtsprechung und Schrifttum schon lange. Dennoch fehlte bislang eine umfassende Monographie zu diesem Themenkomplex, eine Lücke, die durch die vorliegende Arbeit geschlossen werden soll.

Nach einem Grundlagenteil, in dem zentrale Begriffe geklärt, empirisches Zahlenmaterial präsentiert, die historische Entwicklung der gesetzlichen Grundlagen der Arbeitskräfteüberlassung auf nationaler als auch auf europäischer Ebene nachgezeichnet und die Zwecke und Funktionen der Arbeitskräfteüberlassung näher beleuchtet werden, werden in drei weiteren Teilen ausgewählte, betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Überlassung von Arbeitskräften untersucht.

Im Rahmen der Arbeit wird die in Rechtsprechung und Schrifttum immer noch umstrittene Frage der Betriebszugehörigkeit überlassener Arbeitskräfte untersucht. Daran

anknüpfend werden Fragen zu Teilnahme- und Stimmrechtsansprüchen, der Berücksichtigung Überlassener bei der Berechnung von betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten wie auch Fragen rund um das Wahlrecht zum Betriebsrat beantwortet. Untersucht wird, wie sich die rechtliche Position eines überlassenen Arbeitnehmers gestaltet, der im Beschäftigerbetrieb zum Betriebsratsmitglied gewählt wurde. Es wird der Frage nach der Betriebsratumlagepflicht überlassener Arbeitnehmer in beiden Betrieben nachgegangen und die Anwendbarkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes (§ 101 ArbVG) für überlassene Arbeitnehmer beleuchtet.

Da in den letzten Jahren auch der europäische Gesetzgeber Maßnahmen zur Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen überlassener AN ergriffen hat, stellen sich auch in diesem Zusammenhang viele interessante, aber auch kontrovers diskutierte Fragen. Die zu untersuchenden Normen fanden im Zuge der Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie Eingang ins nationale Recht und wirken sich zT auch auf die betriebsverfassungsrechtliche Stellung überlassener Arbeitskräfte aus. Im fünften Teil der vorliegenden Arbeit werden damit im Zusammenhang stehende Probleme behandelt. Zum einen werden Fragen rund um die Gleichbehandlung hinsichtlich dem Entgelt, der Arbeitszeit und dem Urlaub beantwortet, andererseits der Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen untersucht. Beide Bereiche haben weitreichende Bedeutung für die Stellung überlassener Arbeitskräfte im Beschäftigerbetrieb.

English

Temporary agency work is characterized by a special triangular relationship and differs in this respect from a traditional employment relationship. A basic problem for the legal treatment of such an atypical type of work is that it is recognized and shaped by the legal system, however, without most of the legal standards directly tailored for this type of working relationship.

In Austria, systems supposed to balance social interests, especially such balancing collective mechanisms, are structurally weakened or proven to be completely ineffective addressing atypical forms of employment such as temporary agency work. This applies particularly to industrial constitutional law, which is stipulated in the second part of Austrian *Arbeitsverfassungsgesetz* (ArbVG). This act, however, is also only aligned for the classic, two personal employment relationship, in which the employee is just related to one operation and one employer. Hence, the industrial legislation is not as effective in these atypical relationships as usual. Therefore, judicature and legal writing have engaged with selected problems related to this special situation within the classical industrial constitutional law. Nevertheless, the discussion lacks a monograph on this topic, a gap that shall be closed by the present work.

In this sense this thesis addresses the still controversial issue of the affiliation of temporary agency workers to the operation of the temporary-work agency and/or the user undertaking. That leads to follow up questions about participation and voting rights for temporary agency workers in the named operations, the consideration of temporary agency workers for the calculation of thresholds within the ArbVG, as well as questions relating to the electoral law relating to the works council in both operations. This paper also deals with the question of how the legal position of the licensed employee is defined, who was elected to a member of the works council in the operation of the undertaking. There is also the question of whether the temporary agency workers are obliged to pay the works council levy at both operations, and also if the provisions regarding the works constitution displacement protection (§ 101 ArbVG) are applicable in the context of temporary agency work.

As in recent years, European legislation has taken up action to improve the standards and conditions of employment for temporary agency workers, a lot of interesting but also controversial issues arouse in this context. The new rules, introduced in the course

of the implementation of the Directive on temporary agency work (2008/104/EC) into national law also affect the works constitutional position of temporary agency workers. Therefore, in the fifth part of this paper, problems arising from these new rules will be considered.

On the one hand, questions arising from the principle of equal treatment with regard to remuneration, working hours and holidays will be addressed. On the other hand, the right of access of temporary agency workers to the amenities and collective facilities in the user undertaking will be examined. Both areas have a far-reaching significance for the position of temporary agency workers within the works constitutional law.

Curriculum vitae

M A G I U R S U S A N N E P I R K E R , B S c (W U)



PERSÖNLICHE ANGABEN

Geburtsdatum: 03.05.1986
Geburtsort: Wolfsberg, Kärnten
Staatsbürgerschaft: Österreich
Interessen: Kunst, Kultur, Reisen, Literatur und Sport

AUSBILDUNG

Seit 10/2012 Masterstudium der Wirtschaftspädagogik, Wirtschaftsuniversität Wien
Seit 03/2010 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften, Universität Wien
10/2006-11/2011 Bachelorstudium der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
Studienzweig Betriebswirtschaft, Wirtschaftsuniversität Wien
10/2005-01/2010 Diplomstudium der Rechtswissenschaften, Universität Wien
2000-2005 Handelsakademie Wolfsberg, Kärnten
Fachrichtung: „*Informationsmanagement und Informationstechnologie*“
1992-2000 Volks- und Hauptschule Lavamünd, Kärnten

BERUFSERFAHRUNG

02/2016 bis 07/2016 Hochschulstipendium der Stiftung für Hörer der Rechte a. d. Wiener Universität
02/2012 bis 01/2016 *Universität Wien, Institut für Arbeits- und Sozialrecht*
Universitätsassistentin prae doc bei Herrn Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal
02/2015 bis 06/2015 Wissenschaftliche Mitarbeit beim Obersten Gerichtshof
03/2014-06/2014 *Nebenberufliche Lehrende an der IMC Fachhochschule Krems*
Fachhochschul-Masterstudiengang Management (berufsbegleitend/Vollzeit)
08/2012 *Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien*
Arbeits- und Sozialgericht Wien
10/2011-01/2012 *Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien*
Bezirksgericht Innere Stadt (Außerstreitabteilung), Staatsanwaltschaft Wien

08/2011	<i>Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH</i> Trainee
09/2010-07/2011	<i>KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH</i> Juristische Mitarbeit Bearbeitung von Kammerakten
09/2010-07/2011	<i>Lernquadrat Wien</i> , Nachhilfelehrkraft
10/2010-12/2010	<i>Universität Wien, Institut für Staats- und Verfassungsrecht</i> Projektmitarbeit bei Frau ao Univ.-Prof. Dr. Bettina Perthold
09/2010-01/2011	<i>Caritas Wien in Kooperation mit der Wirtschaftsuniversität Wien</i> Ehrenamtliche Tätigkeit als „Learnbuddy“ im Mutter-Kind-Haus Luise
07/2008	<i>Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend</i> Projekt: „Spurensuche – Back to the roots“, Ehrenamtliche Projektmitarbeit
01/2006-12/2006	<i>Technisches Museum Wien</i> Datenerfassung und Sekretariat in der Abteilung „Restaurierung“ (Teilzeit)
2002 bis 2005	<i>Diverse Ferialpraktika ua bei:</i> VAV Versicherungs-Aktiengesellschaft, Wien (07/2005) Schwing GmbH, Kärnten (Metallindustrie, 08/2004 und 08/2005) Gemeindeamt Lavamünd, Kärnten (07/2003-08/2003) Bezirkshauptmannschaft Wolfsberg, Kärnten (07/2002)

SPEZIALISIERUNGEN:

Rechtswissenschaften:

Diplomandenseminararbeiten aus den Bereichen Arbeits- und Sozialrecht (Thema: „Über den Beginn des Schutzes begünstigter Behinderter“) sowie Wirtschafts- und Unternehmensrecht (Thema: „Ein Blick auf die österreichische und deutsche Konkursverschleppungshaftung“). Schwerpunktausbildung „Frauen- und Geschlechterforschung (Gender Studies)“.

Wirtschaftswissenschaften:

Die speziellen Betriebswirtschaftslehren „Verhaltenswissenschaftlich orientiertes Management“ und „Diversitätsmanagement“. Masterstudiengang Wirtschaftspädagogik mit Schwerpunkt auf die betriebliche Weiterbildung.

ALLFÄLLIGES:

Erhalt von Leistungsstipendien aus den Stiftungen und Stipendienfonds der Universität Wien sowie nach dem Studienförderungsgesetz der Universität Wien. Listung auf der Rector's List der WU Wien im SoSe 2011 sowie Listung unter den Top 5% (Platz 26) der Studierenden der Rechtswissenschaftlichen Fakultät im Ranking „Best of the best 2010“ der Universität Wien.