



universität  
wien

# DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

## Arbeitsrechtliche Aspekte von Mitarbeitersharing (Arbeitgeberzusammenschlüsse)

verfasst von / submitted by

Mag. Michael Trinko

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2021 / Vienna 2021

Studienkennzahl lt. Studienblatt /  
degree programme code as it appears on the student  
record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /  
field of study as it appears on the student record  
sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Gruber-Risak

Hinweis:

Aufgrund der leichteren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit von einer durchgängigen Verwendung beider Geschlechter abgesehen. Die Verwendung maskuliner Formen für personenbezogene Bezeichnungen bezieht sich in gleicher Weise auf die femininen Entsprechungen.

# Inhaltsverzeichnis

<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....</b>	<b>X</b>
<b>VORWORT UND DANKSAGUNG.....</b>	<b>XVI</b>
<b>TEIL A – EINLEITUNG.....</b>	<b>1</b>
<b>1 EINFÜHRENDE DARSTELLUNGEN UND GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG .....</b>	<b>2</b>
1.1 DER ARBEITGEBERZUSAMMENSCHLUSS .....	3
1.1.1 <i>Vor- und Nachteile für Arbeitnehmer und Arbeitgeber.....</i>	5
1.1.2 <i>Arbeitgeberzusammenschlüsse im Unterschied zur Arbeitskräfteüberlassung .....</i>	5
1.2 ARBEITGEBERZUSAMMENSCHLÜSSE IN EUROPA.....	6
1.2.1 <i>Arbeitgeberzusammenschlüsse in Frankreich.....</i>	7
1.2.1.1 Entstehungsgeschichte.....	8
1.2.1.2 Ressourcenzentrum und unterschiedliche Typen von AGZ.....	9
1.2.1.3 Rechtliche Rahmenbedingungen zur Gründung eines GE.....	10
1.2.1.4 Sonderformen von Zusammenschlüssen in Frankreich .....	12
1.2.2 <i>Arbeitgeberzusammenschlüsse in Österreich.....</i>	14
<b>2 RELEVANZ DES THEMAS IN ÖSTERREICH.....</b>	<b>14</b>
2.1 BETRIEBSWIRTSCHAFTLICHE RELEVANZ .....	14
2.1.1 <i>Grundlegender Bedarf nach flexiblem Personal.....</i>	15
2.1.2 <i>Vollzeitbedarf nach flexiblem Personal.....</i>	16
2.1.3 <i>Bewertung des Modells „AGZ“ .....</i>	16
2.1.4 <i>Der Bedarf nach flexiblem Personal der niederösterreichischen Gemeinden .....</i>	17
2.1.5 <i>Zusammenfassung .....</i>	17
2.2 POLITISCHE RELEVANZ DES THEMAS.....	17
2.3 JURISTISCHE RELEVANZ UND FORSCHUNGSSTAND .....	18
2.4 ZUSAMMENFASSUNG .....	19
<b>3 VORGEHENSWEISE BEI DER UNTERSUCHUNG UND FORSCHUNGSFRAGEN.....</b>	<b>20</b>
<b>TEIL B – LIEGT IN EINEM AGZ ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNG VOR?.....</b>	<b>21</b>
<b>1 EUROPARECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DEN AGZ.....</b>	<b>21</b>
1.1 EUROPARECHTLICHE GRUNDLAGEN DER ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNG.....	21
1.1.1 <i>Arbeitskräfteüberlassung und die Grundfreiheiten der Europäischen Union.....</i>	21
1.1.2 <i>Die Sicherheits-RL .....</i>	22
1.1.3 <i>Die Leiharbeits-RL.....</i>	23
1.1.3.1 Entstehungsgeschichte.....	23
1.1.3.2 Regelungszweck .....	23
1.1.3.3 Umsetzung in den Mitgliedsstaaten.....	24
1.2 FÄLLT EIN AGZ UNTER DEN ANWENDUNGSBEREICH DER LEIHARBEITS-RL?.....	25
1.2.1 <i>Problemstellung .....</i>	25
1.2.2 <i>Vorübergehende Überlassung iSd Leiharbeits-RL.....</i>	25

1.2.2.1	Einleitung .....	25
1.2.2.2	Umsetzung der Leiharbeits-RL in Deutschland.....	26
1.2.2.3	Judikatur des EuGH.....	27
1.2.2.4	Literatur in Österreich .....	28
1.2.2.4.1	Verbot nicht-vorübergehender Überlassung.....	29
1.2.2.4.2	Erlaubtheit dauerhafter vorübergehender Überlassung .....	29
1.2.2.5	Eigene Meinung .....	30
1.2.3	<i>Die wirtschaftliche Tätigkeit eines AGZ iSd Leiharbeits-RL.....</i>	30
1.2.3.1	Problemstellung.....	30
1.2.3.2	Judikatur zur wirtschaftlichen Tätigkeit .....	31
1.2.3.2.1	Ist kostendeckende Arbeitskräfteüberlassung eine wirtschaftliche Tätigkeit?.....	31
1.2.3.2.2	Tätigwerden auf einem bestimmten Markt.....	32
1.2.4	<i>Zusammenfassung .....</i>	32
<b>2</b>	<b>DER AGZ UND DER GELTUNGSBEREICH DES</b>	
	<b>ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNGSGESETZES.....</b>	<b>33</b>
2.1	EINLEITUNG – HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNG IN ÖSTERREICH.....	33
2.1.1	<i>Forderung nach dem Verbot von Arbeitskräfteüberlassung .....</i>	34
2.1.2	<i>Forderung nach gesetzlicher Reglementierung der Arbeitskräfteüberlassung .....</i>	36
2.2	BEGRIFFSDEFINITIONEN UND VERTRAGSVERHÄLTNISSE IM AÜG .....	36
2.2.1	<i>Arbeitskräfteüberlassung als Dreipersonenverhältnis .....</i>	37
2.2.1.1	Überlasser (§ 3 Abs 2 AÜG) .....	37
2.2.1.2	Beschäftigter (§ 3 Abs 3 AÜG) .....	37
2.2.1.3	(Überlassene) Arbeitskräfte (§ 3 Abs 4 AÜG).....	37
2.2.2	<i>Die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten .....</i>	38
2.3	ANWENDUNG DES AÜG AUF DEN AGZ .....	39
2.3.1	<i>Zulässigkeit der langfristigen Überlassung im AGZ.....</i>	39
2.3.1.1	Problemstellung.....	39
2.3.1.2	Forschungsstand .....	40
2.3.1.3	Die Schutzzwecke des AÜG im Spannungsverhältnis der langfristigen Überlassung im AGZ.....	41
2.3.1.3.1	Die Schutzzwecke des AÜG .....	41
2.3.1.3.2	Die Schutzzwecke des AÜG aus dem Blickwinkel des AGZ .....	41
2.3.1.4	Zwischenergebnis.....	42
2.3.2	<i>Ausnahme des AGZ vom Geltungsbereich der Abschnitte II bis V AÜG.....</i>	43
2.3.2.1	Überlassung durch Gebietskörperschaften (§ 1 Abs 2 Z 1 AÜG).....	43
2.3.2.2	Überlassung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitskräften (§ 1 Abs 2 Z 2 und Abs 2a AÜG) .....	44
2.3.2.3	Zwischenergebnis.....	46
2.3.3	<i>Vorliegen privilegierter Arbeitskräfteüberlassung im AGZ .....</i>	46
2.3.3.1	Vorübergehende Überlassung (§§ 1 Abs 3 Z 1 AÜG, 135 Abs 2 Z 1 GewO 1994) .....	47
2.3.3.2	Überlassung im Rahmen zwischenbetrieblicher Kooperation (§§ 1 Abs 3 Z 3 AÜG, 135 Abs 2 Z 3 GewO 1994).....	48
2.3.3.3	Überlassung im Konzern (§§ 1 Abs 3 Z 4 AÜG, 135 Abs 2 Z 4 GewO 1994).....	49
2.3.3.4	Zwischenergebnis.....	51
2.4	ZUSAMMENFASSUNG .....	51

<b>3</b>	<b>AGZ – ABGRENZUNG ZUR ARBEITSVERMITTLUNG.....</b>	<b>51</b>
3.1	PROBLEMSTELLUNG.....	51
3.2	ABGRENZUNG ARBEITSVERMITTLUNG – ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNG.....	52
3.3	IST DER AGZ ARBEITSVERMITTLER?.....	53
3.4	PAYROLLING IM AGZ? .....	53
3.4.1	<i>Einleitung, Definition und Problemstellung von „Payrolling“</i> .....	53
3.4.2	<i>Rechtsprechung</i> .....	55
3.4.3	<i>Literatur</i> .....	56
3.4.4	<i>Anwendung auf den AGZ</i> .....	57
3.5	ERGEBNIS .....	57
	<b>TEIL C – DER AGZ UND DER GELTUNGSBEREICH DER GEWERBEORDNUNG 1994.....</b>	<b>58</b>
<b>1</b>	<b>ALLGEMEINES ZUR KOLLEKTIVVERTRAGSANGEHÖRIGKEIT .....</b>	<b>58</b>
1.1	EINLEITUNG .....	58
1.2	MITGLIEDER FREIER BERUFSVEREINIGUNGEN .....	59
1.3	MITGLIEDER GESETZLICHER INTERESSENVERTRETUNGEN - WKÖ .....	59
1.4	BESONDERE KOLLEKTIVVERTRAGSANGEHÖRIGKEIT ISD GEWO 1994 .....	60
<b>2</b>	<b>DIE GEWERBSMÄBIGKEIT DER ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNG IM AGZ .....</b>	<b>61</b>
2.1	EINLEITUNG UND PROBLEMSTELLUNG.....	61
2.2	ERFÜLLT DER AGZ DIE TATBESTANDSMERKMALE DER GEWO 1994?.....	62
2.2.1	<i>Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr</i> .....	62
2.2.2	<i>Selbständigkeit</i> .....	64
2.2.3	<i>Regelmäßigkeit</i> .....	65
2.2.4	<i>Ertragsabsicht</i> .....	67
2.2.4.1	Generalklausel des § 1 Abs 2 GewO 1994 .....	67
2.2.4.2	Spezialregelung für Personenvereinigungen gem § 1 Abs 5 GewO 1994 .....	68
2.2.4.3	Ertragsabsicht des AGZ isd § 1 Abs 5 GewO 1994.....	69
2.2.4.4	Spezialregelung für Vereine gem § 1 Abs 6 GewO 1994.....	69
2.2.4.4.1	Vorfrage: Der AGZ in der Rechtsform des Vereins .....	69
2.2.4.4.2	Historische Entwicklung des § 1 Abs 6 GewO 1994.....	75
2.2.4.4.3	Die Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs 6 GewO 1994 .....	79
2.2.4.4.4	Vorliegen einer Ertragsabsicht des AZG iSd § 1 Abs 6 GewO 1994 .....	81
2.2.4.4.5	Zusammenfassung .....	83
2.3	ERGEBNIS .....	83
<b>3</b>	<b>ANALYSE DER UNTERSCHIEDLICHEN GEWERBERECHTLICHEN FOLGEN DES AGZ ISD § 1 ABS 5 UND 6 GEWO 1994.....</b>	<b>84</b>
3.1	DER AGZ UND DER GESETZGEBERISCHE WILLE .....	84
3.2	VORLIEGEN EINER RECHTSLÜCKE AUFGRUND DER UNTERSCHIEDLICHEN GEWERBERECHTLICHEN RECHTSFOLGEN BEI AGZ.....	86
3.2.1	<i>Allgemeines</i> .....	86

3.2.2	<i>Vorliegen einer teleologischen Lücke - Analogie</i> .....	86
3.2.3	<i>Vorliegen einer „verdeckten“ Lücke – teleologische Reduktion</i> .....	87
3.2.3.1	Allgemeines.....	87
3.2.3.2	Der Gesetzeszweck des § 1 Abs 6 GewO 1994 .....	87
3.2.3.3	Ergebnis.....	89
3.3	VERFASSUNGSKONFORME INTERPRETATION .....	90
3.3.1	<i>Allgemeines</i> .....	90
3.3.2	<i>Objektive Unterscheidungsmerkmale Verein – Personenvereinigung</i> .....	91
3.3.3	<i>Ergebnis</i> .....	95
<b>4</b>	<b>AUSNAHME DES ANWENDUNGSBEREICHES DER GEWO 1994 FÜR TÄTIGKEITEN IM BEREICH DER LAND- UND FORSTWIRTSCHAFT SOWIE DEREN NEBENGEWERBE</b> .....	<b>95</b>
4.1	LAND UND FORSTWIRTSCHAFT (Z1) .....	96
4.2	NEBENGEWERBE DER LAND- UND FORSTWIRTSCHAFT (Z 2).....	97
4.3	VERMITTLUNG VON LEISTUNGEN DURCH VEREINE (Z 3).....	97
4.4	LAND- UND FORSTWIRTSCHAFTLICHE ERWERBS- UND WIRTSCHAFTSGENOSSENSCHAFTEN (Z 4) .....	98
4.5	ERGEBNIS .....	99
<b>5</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG</b> .....	<b>99</b>
	<b>TEIL D – ENTGELTANSPRÜCHE DER ÜBERLASSENEN ARBEITSKRAFT GEGENÜBER DEN AGZ</b> .....	<b>101</b>
<b>1</b>	<b>ENTGELTANSPRÜCHE NACH DEM AÜG</b> .....	<b>101</b>
1.1	DIE FESTSTELLUNG DES ANGEMESSENEN, ORTSÜBLICHEN ENTGELTS .....	102
1.1.1	<i>Feststellung des angemessenen Entgelts</i> .....	103
1.1.2	<i>Feststellung der Ortsüblichkeit</i> .....	104
1.2	EXKURS: FESTLEGUNG DER VORGEGEHEHENEN VERWENDUNG BZW DER VORAUSSICHTLICHEN TÄTIGKEIT .....	106
1.3	DIE FESTLEGUNG DES ENTGELTS WÄHREND DER ÜBERLASSUNG (= ÜBERLASSUNGSENTGELT).....	107
1.3.1	§ 10 Abs 1 S 3 AÜG.....	107
1.3.2	§ 10 Abs 1 S 4 AÜG.....	108
1.3.2.1	Der Anwendungsbereich des § 10 Abs 1 S 4 AÜG .....	109
1.3.2.2	Auslegungen der „verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“ .....	110
1.3.2.2.1	Literaturmeinungen zur Auslegung „verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“ .....	110
1.3.2.2.2	Judikatur zur Auslegung der „verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“ .....	113
1.3.2.2.3	Eigene Ansicht und Zwischenergebnis für den AGZ .....	114
1.3.2.3	Exkurs: (Keine) Unionsrechtswidrigkeit des § 10 Abs 1 Satz 4 AÜG.....	115
<b>2</b>	<b>BEMESSUNG DES ENTGELTS IM AGZ</b> .....	<b>115</b>
2.1	AUSGANGSFALL: BEISPIEL-AGZ MIT DREI UNTERNEHMEN.....	116
2.2	FESTSTELLUNG DES GRUNDENTGELTS IM BEISPIEL-AGZ.....	117
2.2.1	<i>Feststellung des angemessenen Entgelts im AGZ</i> .....	117

2.2.1.1	Berücksichtigungswürdige Unterschiede bei der Feststellung des angemessenen Entgelts zwischen AGZ und Arbeitskräfteüberlassung .....	118
2.2.1.2	Fazit .....	119
2.2.1.3	Berechnung des angemessenen Entgelts im Beispiel-AGZ nach eigenen Überlegungen .....	120
2.2.2	<i>Feststellung der Ortsüblichkeit im AGZ</i> .....	121
2.2.3	<i>Zwischenergebnis</i> .....	121
2.3	ENTGELTLICHE RECHTSFOLGEN DER LANGFRISTIGEN ÜBERLASSUNG IM AGZ .....	121
2.3.1	<i>Einleitung - Nachteile langfristig überlassener Arbeitskräfte</i> .....	121
2.3.2	<i>Problemstellung</i> .....	122
2.3.3	<i>Forschungsstand zur langfristigen Arbeitskräfteüberlassung</i> .....	123
2.3.3.1	OGH-Entscheidung 1: Langfristige Überlassung an den ORF .....	123
2.3.3.1.1	Sachverhalt - Entscheidungsgründe .....	123
2.3.3.1.2	Literatur.....	125
2.3.3.1.3	Ergebnis .....	126
2.3.3.2	OGH-Entscheidung 2: Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung .....	127
2.3.3.2.1	Sachverhalt - Entscheidungsgründe .....	127
2.3.3.2.2	Literatur.....	128
2.3.3.2.3	Eigene Ansicht .....	129
2.3.3.3	OGH-Entscheidung 3: Langfristige, grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung.....	130
2.3.3.3.1	Sachverhalt - Entscheidungsgründe .....	130
2.3.3.3.2	Literatur.....	131
2.3.3.3.3	Ergebnis .....	131
2.3.3.4	Zwischenergebnis.....	131
2.3.4	<i>Langfristige, atypische Überlassung im AGZ</i> .....	133
2.3.4.1	Untersuchung der einzelnen Parameter der Atypizität.....	134
2.3.4.1.1	Dauer der Überlassung im AGZ.....	134
2.3.4.1.2	Mehrere Beschäftigte im AGZ.....	136
2.3.4.2	Schlussfolgerungen .....	137
<b>3</b>	<b>ANZUWENDENDER KOLLEKTIVVERTRAG FÜR GEWERBSMÄßIGE AGZ .....</b>	<b>138</b>
3.1	PROBLEMSTELLUNG.....	139
3.2	ABGRENZUNG DES PERSÖNLICHEN GELTUNGSBEREICHS ANG-KOLLV – KOLLV-AÜ .....	139
3.3	ARBEITER ODER ANGESTELLTE IM AGZ.....	140
3.3.1	<i>Überwiegende Angestellentätigkeiten</i> .....	140
3.3.2	<i>Überwiegende Arbeitertätigkeiten</i> .....	141
3.3.3	<i>Wechsel der Tätigkeiten</i> .....	141
	<b>TEIL E – DER AGZ ALS GESELLSCHAFT BÜRGERLICHEN RECHTS.....</b>	<b>143</b>
<b>1</b>	<b>DIE GRÜNDUNG EINES AGZ ALS GESBR.....</b>	<b>143</b>
1.1	GESELLSCHAFTSVERTRAG UND PERSONENMEHRHEIT .....	144
1.2	GEMEINSAMER ERLAUBTER ZWECK .....	145
1.3	DER AGZ ALS GESBR.....	145
<b>2</b>	<b>DER AGZ ALS INNEN- ODER AUßENGESELLSCHAFT .....</b>	<b>146</b>

2.1	FRAGESTELLUNG .....	146
2.2	ABGRENZUNG ZWISCHEN INNEN- UND AUßENGESELLSCHAFT .....	146
2.3	DER AGZ ALS AUßENGESELLSCHAFT .....	148
<b>3</b>	<b>DIE FESTSTELLUNG DES ARBEITGEBERS IN DER GESBR .....</b>	<b>149</b>
3.1	GRUNDLEGENDES ZUM ARBEITGEBERBEGRIFF .....	149
3.2	KEINE RECHTSFÄHIGKEIT DER GESBR.....	151
3.3	KURZÜBERBLICK: AUSWIRKUNGEN DER MANGELNDEN RECHTSFÄHIGKEIT AUF ARBEITSVERHÄLTNISSE .....	152
3.4	DER ARBEITGEBER ISD VERTRAUENSTHEORIE .....	153
3.4.1	<i>Grundlegendes zur Vertrauens­theorie .....</i>	153
3.4.2	<i>Der Arbeitgeber in einer AGZ-GesbR anhand der Vertrauens­theorie.....</i>	154
3.5	MEHRERE ARBEITGEBER IN EINER AGZ-GESBR .....	155
<b>4</b>	<b>ARBEITSRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN MEHRERER ARBEITGEBER IN EINER AGZ- GESBR.....</b>	<b>155</b>
4.1	DIE GESCHÄFTSFÜHRUNG DER GESBR .....	156
4.2	UMFANG DER GESCHÄFTSFÜHRUNGSBEFUGNIS .....	157
4.3	GESCHÄFTSFÜHRUNG DURCH MEHRERE GESELLSCHAFTER, WIDERSPRUCHSRECHT.....	159
4.3.1	<i>Grundlegendes zum Widerspruchsrecht.....</i>	159
4.3.2	<i>Informationspflicht gegenüber den Gesellschaftern.....</i>	160
4.3.3	<i>Folgen des Widerspruchs .....</i>	162
4.4	RECHTSVERHÄLTNISSE ZU DRITTEN .....	163
4.4.1	<i>Gleichlang von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis .....</i>	163
4.4.2	<i>Sonderregelungen für unternehmerisch tätige GesbR .....</i>	166
4.4.3	<i>Haftung der Gesellschafter .....</i>	169
<b>5</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG UND EIGENE MEINUNG .....</b>	<b>170</b>
	<b>TEIL F - LAND- UND FORSTWIRTSCHAFTLICHE ARBEITGEBERZUSAMMENSCHLÜSSE.....</b>	<b>172</b>
<b>1</b>	<b>GESETZESWERDUNGSPROZESS.....</b>	<b>172</b>
<b>2</b>	<b>§§ 415-420 LAG: LAND- UND FORSTWIRTSCHAFTLICHE ARBEITGEBERZUSAMMENSCHLÜSSE .....</b>	<b>173</b>
2.1	ÜBERSICHT .....	173
2.2	AUSNAHME DES LF AGZ VON DER ANWENDUNG DER GEWERBEORDNUNG.....	173
2.3	DEFINITION DES LAND- UND FORSTWIRTSCHAFTLICHEN AGZ.....	174
2.3.1	<i>Gemeinsame Beschäftigung und keine Überlassung im lf AGZ? .....</i>	174
2.3.1.1	Zweck der gemeinsamen Beschäftigung .....	175
2.3.1.2	Gemeinsame Beschäftigung – keine Überlassung an Dritte .....	176
2.3.1.2.1	Definition von Arbeitskräfteüberlassung im LAG .....	176
2.3.1.2.2	Arbeitskräfteüberlassung im lf AGZ? .....	176
2.3.1.2.3	Rechtliche Einordnung des lf AGZ .....	177



2.4	GRÜNDUNG DES LF AGZ .....	178
2.5	KEINE GEWINNORIENTIERUNG DES LF AGZ .....	178
2.6	GESELLSCHAFTSRECHTLICHE FORMVORSCHRIFTEN DES LF AGZ.....	180
2.7	RÄUMLICHE EINSCHRÄNKUNG FÜR LF AGZ.....	180
2.8	BÜRGSCHAFT.....	181
2.9	SONDERREGELUNGEN FÜR KLEIN-AZG (GESBR).....	181
2.9.1	<i>Definition des Klein-AGZ.....</i>	<i>181</i>
2.9.2	<i>Spezielle Formvorschriften für den Klein-AZG.....</i>	<i>181</i>
2.9.3	<i>Festlegung des Arbeitgebers im Klein-AGZ.....</i>	<i>182</i>
2.9.4	<i>Haftung der Gesellschafter im Klein-AGZ.....</i>	<i>183</i>
2.10	ENTGELTREGELUNGEN IM LF AGZ .....	183
2.10.1	<i>Entstehungsgeschichte.....</i>	<i>183</i>
2.10.2	<i>Feststellung des anzuwendenden Kollektivvertrags .....</i>	<i>184</i>
2.11	ARBEITNEHMERSCHUTZ UND GLEICHBEHANDLUNG IM LF AGZ.....	184
<b>3</b>	<b>ZUSAMMENFASSENDER EINSCHÄTZUNG DES LF AGZ .....</b>	<b>185</b>
<b>TEIL G – ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE .....</b>		<b>187</b>
<b>1</b>	<b>DER AGZ UND DER ANWENDUNGSBEREICH DER LEIHARBEITS-RL .....</b>	<b>187</b>
<b>2</b>	<b>DIE ANWENDUNG DES AÜG AUF DEN AGZ .....</b>	<b>188</b>
<b>3</b>	<b>DER AGZ AUS GEWERBERECHTLICHER SICHT .....</b>	<b>189</b>
<b>4</b>	<b>ENTGELTANSPRÜCHE DER ÜBERLASSENEN ARBEITSKRAFT GEGENÜBER DEM AGZ</b> <b>190</b>	
<b>5</b>	<b>DER AGZ ALS GESBR.....</b>	<b>191</b>
<b>6</b>	<b>LAND- UND FORSTWIRTSCHAFTLICHE ARBEITGEBERZUSAMMENSCHLÜSSE (LF AGZ)</b> <b>192</b>	
<b>ANHANG.....</b>		<b>194</b>
<b>ABSTRACT.....</b>		<b>197</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS.....</b>		<b>199</b>

## Abkürzungsverzeichnis

AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	Alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGZ	Arbeitgeberzusammenschluss
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz BGBl 1969/31
AMSG	Arbeitsmarktservicegesetz BGBl 1994/313
AngG	Angestelltengesetz BGBl 1921/292
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art	Artikel
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz BGBl 1985/104
ASoK	Fachzeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz BGBl 1988/196
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz BGBl 1955/189
AVRAG	Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetz BGBl 1993/459
BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)

BAO	Bundesabgabenordnung BGBl 1961/194
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BPG	Betriebspensionengesetz BGBl 1990/282
BRL	Bundesrichtlinie
BUAG	Bauerarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz BGBl 1972/414
B-VG	Bundesverfassungsgesetz BGBl 1930/1
bzgl	Bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	cirka
CdT	Code du Travail
dAÜG	Deutsches Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz BGBl 1965/80
DIRECCTE	Direction régionale des entreprises de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
DRdA	Das Recht der Arbeit (Zeitschrift)
EB	Erläuternden Bemerkungen
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage

etc	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f	folgende
ff	Fortfolgende
Fj	Finanz Journal
FORBA	Forschung- und Beratungsstelle Arbeitswelt
FV	Fachbereich
GBP	Gemeinnützige Beschäftigungsprojekte
GE	Groupements d'employeurs
GEIQ	Groupements d'employeurs pour l'insetion et la qualification
gem	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz RGBI 1873/70
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
ggf	gegebenenfalls
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz BGBI 2004/66
GLE	Groupements Locaux d'Employeurs
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch

Hrsg	Herausgeber
IA	Initiativantrag
ICT	Information and Communication Technology
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht (Zeitschrift)
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
KEG	Kommanditerwerbsgesellschaft
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
KMU	Klein- und Mittelunternehmen
KollV	Kollektivvertrag
KollV-AÜ	Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung
KSchG	Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140
LAG	Landarbeitsgesetz BGBl 1984/287
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lf AGZ	land- und forstwirtschaftlicher Arbeitgeberzusammenschluss
lit	litera
Lit	Literatur
LVwG	Landesverwaltungsgericht
mE	meines Erachtens

ME	Ministerialentwurf
mwN	mit weiteren Nachweisen
NPO	Non-Profit-Organisation
Nr	Nummer
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OEG	Offene Erwerbsgesellschaft
OG	Offene Gesellschaft
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OÖ	Oberösterreich
OrgHG	Organhaftpflichtgesetz BGBl 1967/181
Pkt	Punkt
PR	Public Relation
PRO-GE	Produktionsgewerkschaft
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitung)
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
RS	Rechtssatz
Rspr	Rechtsprechung
Rz	Randziffer

S	Satz
sog	sogenannte
StGG	Staatsgrundgesetz RGBI 1867/142
stRspr	ständige Rechtsprechung
SZ	Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen
taxlex	Zeitschrift für Steuer und Beratung
ua	unter anderem
udgl	und dergleichen
UGB	Unternehmensgesetzbuch BGBI I 2005/120
uU	unter Umständen
VerG	Vereinsgesetz BGBI I 2002/66
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Gesammelte Beschlüsse der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
WKG	Wirtschaftskammergesetz BGBI 1998/103idgF
WKÖ	Wirtschaftskammer Österreich
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel

## Vorwort und Danksagung

Unterschiedliche gesellschaftliche, wirtschaftliche und digitale Treiber und Trends führen dazu, dass neue Arbeitsformen entstehen, die sich häufig vom unbefristeten Vollzeitverhältnis entfernen. Doch nicht jede neue Form der Arbeit muss zwangsläufig davon abweichen. Eine dieser neuen Arbeitsformen und der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit ist das „Employee-Sharing“ bzw. „Mitarbeiter-Sharing“, auch „Arbeitgeberzusammenschlüsse“ genannt. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs fanden Arbeitgeberzusammenschlüsse jedoch noch wenig Beachtung. Die vorliegende Arbeit setzt sich daher mit grundlegenden arbeitsrechtlichen Aspekten von Arbeitgeberzusammenschlüssen auseinander.

Mein ausdrücklicher Dank gilt Herrn ao. Univ.-Prof. Dr. *Martin Gruber-Risak*, der nicht nur den Anstoß zur Befassung mit diesem Thema gab, sondern auch jederzeit für aufschluss- und lehrreiche Diskussionen zur Verfügung stand. Aufrichtiger Dank gebührt ihm aber auch für sein ausgesprochenes Engagement gegenüber Studierenden und seine wertschätzende, inspirierende Lehrtätigkeit, wodurch er das Interesse am wissenschaftlichen Diskurs weckt sowie fördert und damit ausschlaggebend für das vorliegende Dissertationsprojekt war.

Gedankt sei auch *Dr. Thomas Dullinger* für seine wertvollen Anregungen und seine darüberhinausgehende Diskussionsbereitschaft.

Besonders bedanken möchte ich mich bei Frau Univ.-Prof. MMag. Dr. *Michaela Windisch-Graetz* und Herrn Univ.-Prof. Dr. *Elias Felten* für die unverzügliche Bereitschaft, die vorliegende Arbeit zu begutachten und ihr Verständnis betreffend die Verzögerung der Abgabe der Arbeit.

Bei meinem Arbeitgeber, dem *Österreichischen Gewerkschaftsbund*, möchte ich mich für seine Unterstützung bedanken. Ohne die Möglichkeit einer Bildungskarenz wäre die Fertigstellung der vorliegenden Arbeit nicht möglich gewesen. Besonderer Dank gilt auch dem *ÖGB-Verlag* für den im Rahmen des „Theodor Körner Fonds“ gesponserten Publikationspreis, mit welchem diese Arbeit ausgezeichnet wurde.

Aufrichtiger Dank gilt meiner Familie, Freunden aber vor allem meiner Frau *Barbara* für den unermesslichen Rückhalt und die stetige, motivierende Unterstützung meiner akademischen Ambitionen ohne diese die vorliegende Arbeit niemals fertiggestellt worden wäre.



## Teil A – Einleitung

Gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklungen führten in Europa zum Entstehen neuer Beschäftigungsformen, wobei sich die traditionelle, zweipersonale Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verändert hat. Diese neuen Beschäftigungsformen und ihre unterschiedlichen Merkmale sowie ihre Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen und den Arbeitsmarkt sind nur wenig bekannt.<sup>1</sup> Eurofund<sup>2</sup> führte daher aufgrund dieses Wissensmankos 2015 eine **europaweite Bestandsaufnahme** zur Ermittlung von neu entstehenden Trends durch, wobei sich **neun verschiedene Typen** von Beschäftigungen herauskristallisierten: „Employee-Sharing“, „Job-Sharing“, „Interim Management“, „Casual Work“, „ICT-based Mobile-Work“, „Voucher-based-Work“, „Portfolio-Work“, „Crowd-Employment“ und „Collaborative Employment“.

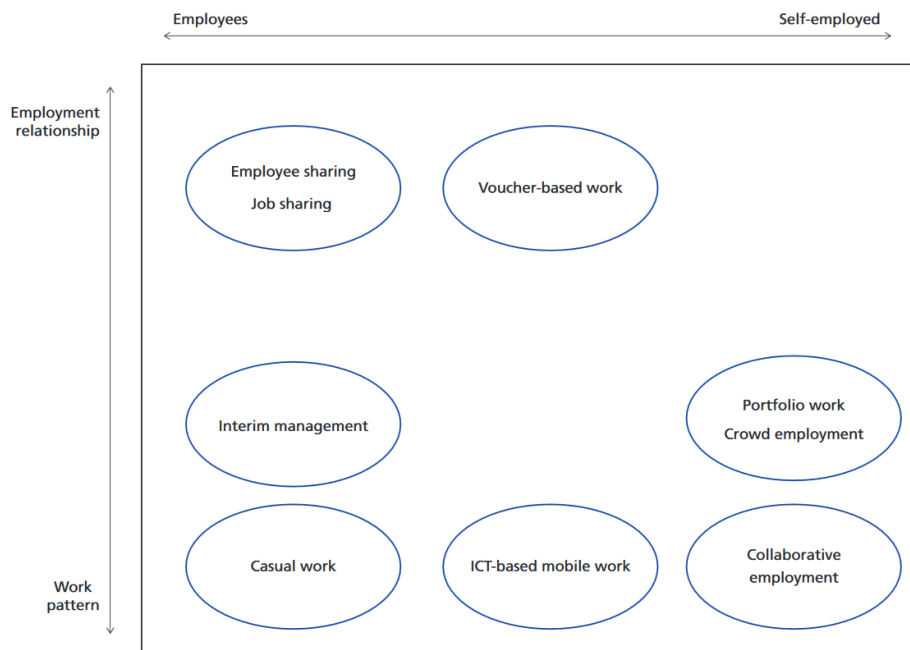


Abbildung 1: Einstufung der neun neuen Formen von Beschäftigung nach Eurofound (Quelle: Eurofund, New forms of employment 8.)

*X-Achse: Beziehungsform zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bzw zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern (Die Achse bewegt sich von „normalen“ Employees (Arbeitnehmer) in Richtung Self-Employed (Selbständigen)).*

*Y-Achse: Zeigt, wie die Arbeit geleistet wird (vom organisatorisch und örtlich eingebundenen Employment-Relationship (Arbeitsverhältnis) hin zu neuen Arbeitsformen „Work-Pattern“).*

<sup>1</sup> Eurofound, Neue Beschäftigungsformen Zusammenfassung, verfügbar unter <https://www.ams-forschungsnetzwerk.at/downloadpub/ef1461de1.pdf> (abgefragt am 20.4.2021).

<sup>2</sup> Eurofound, New forms of employment (2015), verfügbar unter [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef1461en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf) (abgefragt am 20.4.2021).

Die *new forms of employment* finden sich in unterschiedlichen Ausprägungen sowie unterschiedlicher Häufigkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten wieder, wobei sich als gemeinsamer Nenner das Ziel definieren lässt, zusätzliche Flexibilität für Arbeitgeber und/oder Arbeitnehmer zu schaffen. Einige Formen haben dabei das Potenzial, für beide Vertragsparteien nutzbringend zu sein, wobei bei anderen Grund zur Sorge hinsichtlich ihres negativen Einflusses sowohl auf die Arbeitsbedingungen als auch auf den Arbeitsmarkt besteht. Ist auch die eine oder andere Form in einigen Ländern seit längerem bekannt, so sind die meisten von ihnen trotzdem noch nicht sehr weit verbreitet und daher oft nicht reglementiert, wobei zahlreiche rechtliche und soziale Probleme aufgeworfen werden.<sup>3</sup>

Unbestritten scheint, dass das unbefristete Vollzeitarbeitsverhältnis einer stetigen „Veränderung“<sup>4</sup> oder „Aushöhlung“<sup>5</sup> unterliegt und aufgrund unterschiedlicher Treiber und Trends (Digitalisierung und Vernetzung, Globalisierung, demographischer und institutioneller Wandel)<sup>6</sup> in der Arbeitswelt neue Formen der Arbeit entstehen, bzw Arbeitsplätze aufgrund von Digitalisierung<sup>7</sup> wegfallen. Dabei besteht bei einigen **neuen atypischen Formen** mangels Anwendungsbereichs des Arbeitsrechts **die Gefahr einer Prekarisierung**. Doch nicht jede neue Form der Arbeit muss zwangsläufig vom unbefristeten Vollzeitarbeitsverhältnis abweichen. Eine dieser neuen Arbeitsformen und der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit ist das **„Employee-Sharing“** bzw **„Mitarbeitersharing“**, **auch „Arbeitgeberzusammenschlüsse“** genannt, die in mehrfacher Weise zwar vom Normalarbeitsverhältnis abweicht, aber jedenfalls vom Grundgedanken her ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis ermöglichen soll.

## 1 Einführende Darstellungen und Gegenstand der Untersuchung

Eine rechtliche Definition des Arbeitgeberzusammenschlusses (AGZ) findet sich im österreichischen Recht, abseits des Landarbeitsgesetzes<sup>8</sup>, nicht. Daher soll der AGZ im Folgenden näher erläutert und seine Entstehungsgeschichte dargestellt werden. Diese

---

<sup>3</sup> Risak, New forms of employment, ZAS 2014/40 (241).

<sup>4</sup> Tomandl, Machen wir unser Arbeitsrecht zukunftsfähig, Lösungen für die Arbeitswelt von morgen (2019).

<sup>5</sup> So schon Firlei, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA 1987, 271.

<sup>6</sup> Eichhorst/Buhlmann, Die Zukunft der Arbeit und der Wandel der Arbeitswelt (2015) 2 ff.

<sup>7</sup> Frey/Osborne, The Future of Employment: How susceptible are Jobs to Computerisation? (2013); nach ihnen werden 47 Prozent aller Jobs in den USA in den nächsten 20 Jahren mit einer hohen Wahrscheinlichkeit (mehr als 70 Prozent) durch Digitalisierung verlorengehen krit Bonin/Gregory/Zierahn, Übertragung der Studie von Frey/Osborne (2013) auf Deutschland (2015) i; Österreich weist innerhalb der OECD mit zwölf Prozent einen der höchsten Anteile an automatisierbaren Jobs auf; siehe dazu Arntz/Gregory/Zierahn, The Risk of Automation for Jobs in OECD Countries (2016).

<sup>8</sup> Seit 1.7.2021 finden sich in den §§ 415 ff LAG Regelungen für Arbeitgeberzusammenschlüsse in der Land- und Forstwirtschaft; BGBl I 2021/78.

Ausführungen sollen einerseits zu einem besseren Verständnis des Konstrukts „AGZ“ verhelfen und andererseits die Grundlage für die weitere rechtliche Beurteilung des AGZ darstellen.

### 1.1 Der Arbeitgeberzusammenschluss

Beim Mitarbeitersharing wird ein Arbeitnehmer von einer Gruppe von Arbeitgebern beschäftigt, die ihren planbaren, aber **fragmentierten Personalbedarf** bündeln und so kooperativ einen **unbefristeten Vollzeitarbeitsplatz** schaffen.<sup>9</sup> Dafür wird ein AGZ mit eigener Rechtspersönlichkeit<sup>10</sup> von einer Gruppe verschiedener Unternehmen gemeinschaftlich gegründet, der als **formeller Arbeitgeber** den Arbeitseinsatz der Arbeitnehmer zwischen den teilnehmenden Unternehmen koordiniert und dadurch unbefristete Vollzeitbeschäftigungen schaffen soll, die einzelne Arbeitgeber unabhängig voneinander nicht bieten können (= kooperatives Personalmanagement).<sup>11</sup>

Die Personalplanung und -koordination wird dabei vom AGZ übernommen, der den beteiligten Unternehmen die Dienste der Arbeitskräfte in Rechnung stellt, wobei die einzelnen Unternehmen für die Arbeitsorganisation in den jeweiligen Betrieben zuständig sind. Ähnlich der Arbeitskräfteüberlassung sind die Arbeitnehmer in verschiedenen Betrieben tätig, wissen aber bereits bei ihrer Anstellung, in welchen Unternehmen sie eingesetzt werden, und kehren in regelmäßigen Abständen in immer dieselben Betriebe zurück. Weiters ist der AGZ **nicht darauf orientiert, aus der Koordination der Arbeitskräfte Gewinne zu erwirtschaften**, sondern durch die gemeinschaftliche Verantwortung der Betriebe die Auslastung der Arbeitnehmer zu gewährleisten.<sup>12</sup> Daher bildet die finanzielle Solidarität folglich das Kernstück des Modells.<sup>13</sup>

Bei einem AGZ handelt es sich daher nicht um einen Personalpool, auf den Betriebe bei Bedarf zurückgreifen können, sondern vielmehr wird die Nachfrage der einzelnen Betriebe an Saison- und Teilzeitstellen idR zu **langfristigen Vollzeitarbeitsplätzen** kombiniert.<sup>14</sup> Diese Beschäftigungsform trägt zur Arbeitsplatzstabilität bei, da Vollzeitstellen geschaffen werden. Selbst wenn Arbeitnehmer in unterschiedlichen Betrieben arbeiten, können sie

---

<sup>9</sup> Mandl, Neue Beschäftigungsformen in Europa, Wirtschaft und Gesellschaft 2015 Band 41 Nr. 4, 521.

<sup>10</sup> AGZ können auch in Form einer GesbR gegründet werden, wobei diese keine Rechtsfähigkeit besitzt (§ 1175 Abs 2 ABGB); ausführlich dazu Teil E, Abschnitt 3.2.

<sup>11</sup> Mandl, Die Nutzung neuer Beschäftigungsformen für das Unternehmenswachstum, Wirtschaftspolitische Blätter 2015 Nr. 3, 592.

<sup>12</sup> Mandl, Neue Beschäftigungsformen in Europa, Wirtschaft und Gesellschaft 2015 Bd 41 Nr 4, 521.

<sup>13</sup> Hartmann/Wölfing, Arbeitgeberzusammenschlüsse in Deutschland (2012) 7.

<sup>14</sup> Wölfing/Hartmann, Arbeitgeberzusammenschlüsse in Frankreich (2011) 5.

Arbeitsbedingungen leichter ausverhandeln, da sie nur einen Arbeitgeber haben und die Arbeitnehmer eines AGZ im Hinblick auf Arbeitsbedingungen und Sozialversicherungsschutz dermaßen behandelt werden, wie jene Arbeitnehmer der Stammebelegschaft des jeweiligen Betriebs.<sup>15</sup>

Ein AGZ beruht somit auf folgenden drei Pfeilern:

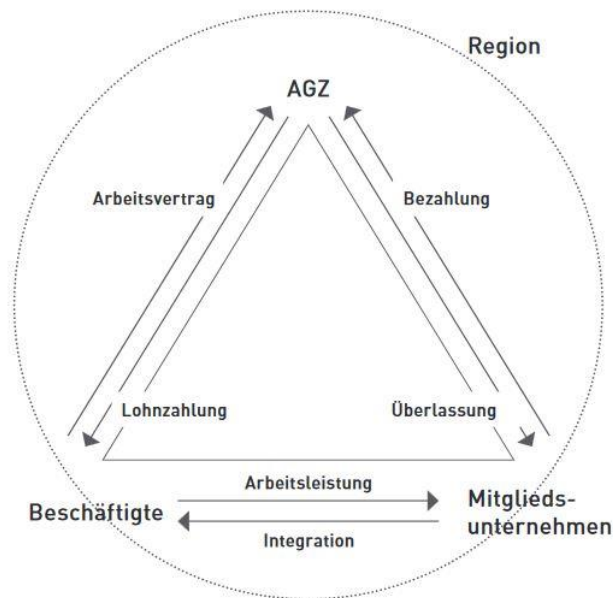


Abbildung 2: Dreiseitiges Verhältnis von Arbeitgeberzusammenschlüssen (Quelle: Hartmann/Wölfling, Arbeitgeberzusammenschlüsse in Deutschland 6)

Die Leistungen und Verbindlichkeiten in einem AGZ stellen sich daher idR wie folgt dar:

#### **AGZ und Mitgliedsunternehmen:**

- Festlegung der Arbeitsstellen,
- Festlegung von Arbeitsumfang und -zeitraum,
- Stundenzettel, Rechnungslegung und Auswertung.

#### **AGZ und Beschäftigte:**

- Einstellung,
- Arbeitsvertrag,
- Sanktionsmöglichkeit,
- Planung des Arbeitseinsatzes,
- Zahlung des Entgelts,
- Weiterbildung.

<sup>15</sup> Eurofound, Overview of new forms of employment 2018 update (2018) 4.

## **Beschäftigte und Mitgliedsunternehmen:**

- Tägliche Organisation des Arbeitseinsatzes,
- Begrenze Hierarchie, delegiert vom AGZ,
- Einarbeitung der Beschäftigten im Mitgliedsbetrieb,
- Betriebliche Regelungen, Arbeitssicherheit.<sup>16</sup>

### **1.1.1 Vor- und Nachteile für Arbeitnehmer und Arbeitgeber**

#### Vor- und Nachteile für Arbeitnehmer:

- Möglichkeit der Vollzeitanstellung, die einzelne Arbeitgeber nicht anbieten könnten,
- Anwendung des Arbeitsrechts,
- ein formeller Arbeitgeber,
- keine Koordination mehrerer Teilzeitbeschäftigungen,
- Beschäftigung in denselben, wiederkehrenden Betrieben,
- Qualifikationsverbesserung aufgrund unterschiedlicher Leistungen in unterschiedlichen Betrieben,
- höheres Stressniveau,
- höhere Arbeitsintensität,
- geringere Integration in den einzelnen Unternehmen,
- „Pendeln“ von Betrieb zu Betrieb.

#### Vor- und Nachteile für Arbeitgeber:

- Kosteneffizienter sowie flexibler Zugang zu Arbeitskräften,
- Verwaltung (Einstellung, Anmeldung, Personalabrechnung, etc) liegt beim AGZ,
- geringe Verwaltungskosten, da der AGZ nicht gewinnorientiert tätig wird,
- einmalige „Einschulung“ der Arbeitnehmer,
- gemeinsame Haftung, Ausgleich von Verfehlungen anderer Mitglieder des AGZ.<sup>17</sup>

### **1.1.2 Arbeitgeberzusammenschlüsse im Unterschied zur Arbeitskräfteüberlassung**

Obwohl der AGZ *prima facie* Ähnlichkeiten mit der Arbeitskräfteüberlassung aufweist, kristallisieren sich schon bei näherer grundlegender Betrachtung einige unterschiedliche Zielsetzungen und Motive heraus. AGZ sind **gemeinnützig** und keine profitorientierten

---

<sup>16</sup> Hartmann/Wölfing, Arbeitgeberzusammenschlüsse in Deutschland (2012) 6.

<sup>17</sup> Eurofound, New forms of employment: Developing the potential of strategic employee sharing (2015) 21 ff.

Unternehmen. Ein AGZ wird von den Mitgliedsunternehmen selbst getragen, wobei die Mitgliedsunternehmen des AGZ gemeinschaftlich für die Beschäftigten des AGZ zuständig sind. Dabei teilen sie sich die Risiken, aber eben auch die wirtschaftlichen und geschäftlichen Vorteile. Demgegenüber bieten Arbeitskräfteüberlasser eine externe, gewinnorientierte Dienstleistung an.<sup>18</sup> AGZ bieten die **personalwirtschaftliche Betreuung einer Unternehmenskooperation** an, wobei die Beziehungen durch den Zusammenschluss der Mitgliedsunternehmen aufgewertet werden, da eine begleitende Personal- und Kompetenzentwicklung stattfindet. Arbeitskräfteüberlasser haben hingegen grundsätzlich kein Interesse an einer Unternehmenskooperation aus deren Zusammenarbeit Synergieeffekte erwachsen können. Während Arbeitskräfteüberlasser die Priorität auf kurzfristige Einsätze der überlassenen Arbeitskraft legen, können AGZ den Schwerpunkt auf den Arbeitsbedarf bei langfristigen oder wiederkehrenden Arbeiten legen. Gegenüber den Arbeitnehmern bietet der AGZ **soziale Sicherheit** und eine **stabile Arbeitsumgebung**. Dadurch werden das Vertrauen und die Zuverlässigkeit ebenso wie die gegenseitige Loyalität erhöht. Demgegenüber werden bei der Arbeitskräfteüberlassung die überlassenen Arbeitskräfte in unterschiedliche Betriebe überlassen. Dadurch entsteht im Gegensatz zum AGZ eine geringere Loyalität zu den Beschäftigten.<sup>19</sup>

## 1.2 Arbeitgeberzusammenschlüsse in Europa

Die Eurofound-Studie aus 2015 „*New Forms of employment*“ unterscheidet zwischen zwei unterschiedlichen Typen von Mitarbeitersharing: dem **strategischen** und dem **Ad-hoc-Mitarbeitersharing**.

Bei **strategischem Mitarbeitersharing** bildet eine Gruppe von Arbeitgebern einen Zusammenschluss, der einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, die ihre individuellen Arbeitseinsätze in den teilnehmenden Unternehmen des Zusammenschlusses erbringen. Die Struktur ähnelt dabei zwar der Arbeitskräfteüberlassung, jedoch besteht der Unterschied, dass die Arbeitnehmer regelmäßig zwischen den teilnehmenden Unternehmen rotieren und ausschließlich für diese tätig sind. Der Zusammenschluss selbst ist nicht darauf gerichtet, aus seiner Tätigkeit einen Gewinn zu erzielen.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> *tamen*, Betriebliche Kooperationen in der Landwirtschaft zur Sicherung zukünftigen Fachkräftebedarfs (2003) 17.

<sup>19</sup> *tamen*, Betriebliche Kooperationen in der Landwirtschaft zur Sicherung zukünftigen Fachkräftebedarfs 17.

<sup>20</sup> Eurofound, New forms of employment 11; Eurofound, New forms of employment: 2020 update (2020) 33.

**Ad-hoc-Mitarbeitersharing** unterscheidet sich dadurch, dass es sich dabei nur um eine temporäre Lösung zum Ausgleich von Personalbedarf in einem Unternehmen mit unzureichender Arbeitsbelastung handelt. Hierbei schickt ein Unternehmen seine Arbeitnehmer für einen begrenzten Zeitraum in ein anderes Unternehmen, wobei der Arbeitsvertrag zum ursprünglichen Unternehmen erhalten bleibt. In dieser Konstellation tritt nicht ein AGZ als formeller Arbeitgeber auf.<sup>21</sup>

2015 waren nur in sechs EU-Mitgliedstaaten Formen von strategischem Mitarbeitersharing vorhanden: in Österreich (Arbeitgeberzusammenschluss), Belgien (*groupement d'employeurs*), Deutschland (Arbeitgeberzusammenschluss), Ungarn (*Több munkáltató által létesített munkaviszony*), Finnland (*Työpooli or työvoimapooli*) sowie in Frankreich (*groupement d'employeurs*).<sup>22</sup>

Auch in der 2020 aktualisierten *Eurofund*-Studie „*New forms of employment: 2020 update*“<sup>23</sup> zeigt sich, dass weiterhin nur wenige Daten zum Mitarbeitersharing vorhanden sind, da es sich hierbei immer noch um ein Randphänomen handelt. Ein zunehmender Trend ist jedoch in Österreich, Belgien, Frankreich und Ungarn zu beobachten, weitere Länder wie Italien (*Codatorialità, assunzione congiunta*), Litauen (*Darbas keliems darbdaviams*) und Portugal (*Pluralidade de empregadores*), in denen strategisches Mitarbeitersharing<sup>24</sup> vorhanden ist, kamen hinzu. Im Zuge der COVID-19-Pandemie gewann das Ad-hoc-Mitarbeitersharing in Tschechien, Luxemburg und der Slowakei an Bedeutung. Grund dafür war, dass durch das Ad-hoc-Mitarbeitersharing auf Situationen reagiert werden konnte, in denen einige Arbeitgeber nicht genügend Arbeitsauslastung für ihre Arbeitnehmer zur Verfügung stellen konnten und gleichzeitig andere Arbeitgeber mit einem Mangel an Arbeitnehmern konfrontiert waren.

### 1.2.1 Arbeitgeberzusammenschlüsse in Frankreich

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die Entstehungsgeschichte von AGZ in Frankreich und deren derzeitige rechtliche Regelung gegeben werden, da Frankreich als **Vorbild und Ursprungsland** des AGZ in Europa gilt, wo AGZ seit 1985 gesetzlich verankert sind.

---

<sup>21</sup> *Eurofound*, New forms of employment 11; *Eurofound*, New forms of employment: 2020 update 33.

<sup>22</sup> *Eurofound*, New forms of employment 20.

<sup>23</sup> *Eurofound*, New forms of employment: 2020 update 33 f.

<sup>24</sup> Im Folgenden wird aufgrund des Schwerpunktes der Arbeit unter „Mitarbeitersharing“ ausschließlich strategisches Mitarbeitersharing verstanden. Werden andere Formen des Mitarbeitersharings gemeint, werden diese gesondert bezeichnet.

### 1.2.1.1 Entstehungsgeschichte

Mit dem Gesetz vom 25. Juli 1985 beginnt in Frankreich die offizielle Geschichte der AGZ. Dadurch wurde die Funktionsweise von „*groupements d'employeurs*“ (GE) vom Gesetzgeber festgelegt. Ausschlaggebender Grund war die Legalisierung einer in der Landwirtschaft weit verbreiteten Praxis unter Nachbarn, neben Material und Maschinen auch Arbeitskräfte zu teilen. Die Beschränkung der Mitgliedsunternehmen des GE auf maximal zehn Beschäftigte führte aber dazu, dass Unternehmen anderer Branchen als der Landwirtschaft lange Zeit wenig Interesse an diesem Instrument hatten.<sup>25</sup>

Das Gesetz von 1985 legte fest, dass ein GE ein Verein sein muss. Einziges Ziel des GE durfte sein, dass seinen Mitgliedern Personal nur im Rahmen eines KollV zur Verfügung gestellt wird, was bedeutete, dass alle Mitglieder denselben KollV unterliegen mussten. Dabei wurde der GE zum Arbeitgeber und trat in dieser Funktion an die Stelle seiner Mitgliedsunternehmen. Die Überlassung der Beschäftigten geschah **ohne Gewinnerzielungsabsicht** und die Mitgliedschaft war auf Unternehmen mit maximal zehn Beschäftigten begrenzt, wobei diese Grenze am 30. Juli 1987 auf Unternehmen mit bis zu 100 Beschäftigten erhöht wurde.<sup>26</sup>

Mit dem Fünfjahres-Beschäftigungsgesetz im Dezember 1993 wurde das Modell dahingehend novelliert, dass die Grenze der zulässigen Beschäftigten der Mitgliedsbetriebe eines GE auf 300 erhöht wurde. Zudem wurde die Gründung von *Groupements Locaux d'Employeurs* (GLE) ermöglicht, die in definierten regionalen Entwicklungszonen auch ohne die Begrenzung der Zahl der Beschäftigten in den Mitgliedsbetrieben agieren können. Weiters wurde festgelegt, dass ein Unternehmen bei maximal zwei GE Mitglied sein darf.<sup>27</sup>

Am 1. Februar 2000, mit dem Gesetz<sup>28</sup> über die Senkung der Arbeitszeit, wurde der Sonderstatus der GLE wieder abgeschafft und GE bekamen die Möglichkeit, Erleichterungen bei Sozialabgaben in Anspruch zu nehmen. Nunmehr können auch Unternehmen unter gewissen Voraussetzungen (zB Abschluss einer Betriebsvereinbarung) mit **mehr als 300 Beschäftigten** Mitglied eines GE werden.<sup>29</sup>

Mit dem Gesetz über die Entwicklung ländlicher Regionen vom 23. Februar 2005 wurde normiert, dass unter bestimmten Bedingungen auch Gebietskörperschaften Mitglied eines GE

---

<sup>25</sup> Wölfling/Hartmann, AGZ in Frankreich 5 f.

<sup>26</sup> Wölfling/Hartmann, AGZ in Frankreich 6.

<sup>27</sup> Wölfling/Hartmann, AGZ in Frankreich 6.

<sup>28</sup> Aubry-Gesetz über die 35-Stunden-Woche.

<sup>29</sup> Wölfling/Hartmann, AGZ in Frankreich 6.



werden können. Arbeitnehmer können seitdem auch anteilig an Vergünstigungen oder Gewinnbeteiligungen der Mitgliedsbetriebe teilhaben. Knapp ein halbes Jahr später, mit dem Gesetz vom 1. August 2005 zur Förderung von KMU, wurde die **ausschließliche Zwecksetzung** der AGZ zur **Überlassung von Personal aufgehoben**. Seither kann der AGZ nun auch andere Dienstleistungen, wie zB Beratung in Bezug auf Personalentwicklung, anbieten. Neben der bis dato einzigen Möglichkeit, ein GE in Form eines Vereins zu gründen, wurde die Regelung um die Rechtsform der Genossenschaft erweitert. Abseits der bestehenden KollV, die für GE gelten, können nunmehr Verbände, die GE repräsentieren, mit Gewerkschaften KollV zu den Themen „Einsatzmöglichkeiten“, „Arbeitsmobilität“ und „geteilte Arbeit“ schließen.<sup>30</sup>

Am 28. Juli 2011, mit dem Gesetz zur Förderung und Absicherung von Berufslaufbahnen, kam es zu einer weiteren Flexibilisierung des rechtlichen Rahmens für AGZ. Neben der gesetzlichen Festlegung der Gleichbehandlung zwischen Arbeitnehmern des GE und Arbeitnehmern jener Unternehmen, bei denen Erstere zum Einsatz kommen, wurde weiters auch das bis dato geltende **Verbot für Unternehmen, mehr als zwei GE anzugehören, wieder aufgehoben**. Grund dafür war, dass Unternehmen, die über mehrere Niederlassungen in verschiedenen Regionen verfügen, bei unterschiedlichen GE Mitglied sein können. Zusätzlich entfällt die Verpflichtung, bei Unternehmen mit mehr als 300 Arbeitnehmern zum Zwecke des Beitritts zu einem GE eine Betriebsvereinbarung oder Unternehmensvereinbarung zu schließen.<sup>31</sup> Erweitert wurde durch die Aufhebung der Beschränkung, nur Vereinbarungen zu den Themenfeldern „vielseitiger Einsatz“, „Arbeitsmobilität“ und „geteilte Arbeit“, zu treffen, auch das Verhandlungsfeld der Sozialpartner.<sup>32</sup>

### 1.2.1.2 Ressourcenzentrum und unterschiedliche Typen von AGZ

In Frankreich existieren fünf regionale Ressourcenzentren (*Centres de Ressources de Groupement d'Employers*, CERGE) und eines auf Ebene des *Départements Gironde*. Ihre Aufgabe ist es, GE bei der Gründung, der Weiterbildung des Personals, bei juristischer Beratung und Unternehmensberatung sowie Lobby- und Öffentlichkeitsarbeiten zu unterstützen. Das CRGE Poitou-Charentes organisiert jährlich Konferenzen und gemeinsame Weiterbildungen, die sich an alle AGZ sowie Ressourcenzentren richten.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Wölfling/Hartmann, AGZ in Frankreich 6.

<sup>31</sup> Aufhebung der Art L1253-4 und 5 CdT.

<sup>32</sup> Abänderung von Art L1253-11 CdT.

<sup>33</sup> Wölfling/Hartmann, AGZ in Frankreich 10.

Unabhängig von einer rechtlichen Qualifikation unterscheidet das Ressourcenzentrum Poitou-Charentes **fünf Arten** von Zusammenschlüssen. **Klassisch-industrielle GE** arbeiten meist branchenübergreifend und haben ein eigenes Management. IdR sind dort mehr Arbeitnehmer beschäftigt, da sich ein Personalmanagement erst ab einer Größe von rund 35 Personen refinanziert. In der Mehrzahl handelt es sich dabei um kleine und mittlere Unternehmen aus der Industrie und dem Dienstleistungsbereich. **Klassisch-handwerkliche GE** organisieren meist kleine bis sehr kleine inhabergeführte Unternehmen und besitzen nicht immer ein eigenes Management. **Landwirtschaftliche GE**, als Urform des AGZ, sind idR relativ klein. Der Arbeitseinsatz wird entweder von einem Mitgliedsunternehmen oder von den *Service de remplacement* (= Betriebshelferdienste) organisiert. **GE im Vereinsbereich** setzen sich idR aus Vereinen und nicht-kommerziellen Initiativen aus dem Kultur- und Sportbereich als Mitglieder zusammen und arbeiten aufgrund der nicht-kommerziellen Struktur und Aufgabenstellung ihrer Mitglieder oft in den Randbereichen sowohl zum Ehrenamt als auch zu öffentlich geförderten Aktivitäten. *Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et Qualification (GEIQ)* dienen zur Einarbeitung und Qualifizierung von jungen Menschen, um sie auszubilden und in Unternehmen zu integrieren.<sup>34</sup>

Das Management eines GE finanziert sich durch einen Zuschlag auf die zu zahlenden Entgelte pro Stunde, wobei in diesem Zuschlag Ausfallszeiten eingerechnet sind. In Frankreich wird mit einem Faktor von ca 1,75 bis 1,8 auf das Arbeitnehmerbruttoeinkommen kalkuliert, welcher unter dem Faktor von Arbeitskräfteüberlassung (2,0 bis 2,2) liegt.<sup>35</sup>

### 1.2.1.3 Rechtliche Rahmenbedingungen zur Gründung eines GE

Gesetzliche Bestimmungen zu GE finden sich in Art L 1253-1 ff *Code du Travail* und sehen überblicksmäßig folgende Regelungen vor: Als GE können sich sowohl natürliche als auch juristische Personen zusammenschließen, wobei ihnen als Rechtsform lediglich der Verein<sup>36</sup> oder die Genossenschaft<sup>37</sup> zur Verfügung steht. Dieser Zusammenschluss darf nicht auf Gewinn ausgerichtet sein<sup>38</sup> und die Mitglieder der GE haften solidarisch<sup>39</sup> für die Forderungen der Arbeitnehmer und der Sozialversicherung.

---

<sup>34</sup> Wölfling/Hartmann, AGZ in Frankreich 9 f.

<sup>35</sup> Wölfling/Hartmann, AGZ in Frankreich 9.

<sup>36</sup> Art L1253-2 Abs 1 CdT.

<sup>37</sup> Art L1253-2 Abs 2 CdT.

<sup>38</sup> Art L1253-1 Abs 4 CdT.

<sup>39</sup> Art L1253-8 CdT.

Eine erste **rechtliche Differenzierung bei der Gründung** eines GE trifft der *Code du Travail* zwischen GE, bei denen alle Mitgliedsbetriebe dem gleichen KollV angehören,<sup>40</sup> und jenen GE, bei denen die Mitgliedsbetriebe unterschiedlichen KollV unterliegen.<sup>41</sup> Im Falle eines kollektivvertragshomogenen AGZ können sich die Unternehmen ohne weitere Auflagen zusammenschließen. Unterfallen Mitglieder des GE jedoch nicht denselben kollektivvertraglichen Regelungen, können sie gleichwohl einen GE gründen, wobei dies an ein **Genehmigungsverfahren** geknüpft ist, welches sich wie folgt gliedert: Wird ein GE, auf den nicht ein einziger KollV anwendbar ist, gegründet, so muss der Regionaldirektion für Unternehmen, Wettbewerb, Konsum, Arbeit und Beschäftigung<sup>42</sup> eine Erklärung übermittelt werden. Neben allgemeinen Auskünften zum GE,<sup>43</sup> die zur Gründung eines kollektivvertragshomogenen AGZ ausreichen, müssen hierbei aber zusätzlich die Bezeichnung des KollV, der auf die einzelnen Mitglieder des Zusammenschlusses Anwendung findet, sowie der KollV, den der Zusammenschluss anwenden möchte,<sup>44</sup> angeführt werden.<sup>45</sup> Auch die Anzahl und Qualifikation der Arbeitnehmer, die der Zusammenschluss zu beschäftigen beabsichtigt,<sup>46</sup> muss in der Erklärung enthalten sein.

Scheint nun der KollV, der vom GE ausgewählt wurde, nicht den beruflichen Qualifikationen, der Art der Beschäftigung der Arbeitnehmer oder der Tätigkeit der einzelnen Arbeitnehmer des Zusammenschlusses zu entsprechen, oder werden die gesetzlichen Bestimmungen zum Zeitpunkt der Erklärung nicht eingehalten, so kann die Behörde innerhalb einer **Frist von einem Monat** nach Erhalt der Erklärung dem Zusammenschluss mitteilen, dass sie dessen **Tätigkeit nicht bewilligt**. Falls innerhalb der einmonatigen Frist keine ablehnende Mitteilung erfolgt, ist der GE berechtigt, seine Tätigkeit auszuüben.<sup>47</sup>

Die Erteilung der Genehmigung hängt einerseits davon ab, ob der KollV, den der GE anzuwenden gedenkt, auch jener ist, der am ehesten der Tätigkeit der Mitglieder des Zusammenschlusses und der Beschäftigungsart der Arbeitnehmer der Mitglieder entspricht.<sup>48</sup> Zusätzlich muss in den Statuten des Zusammenschlusses das geographische Gebiet für die Umsetzung der Arbeitsverträge der Arbeitnehmer genannt werden, die der Zusammenschluss

---

<sup>40</sup> Art L1253-1 ff, Art D1253-1 ff CdT.

<sup>41</sup> Art L1253-17 f, Art D1253-4 ff CdT.

<sup>42</sup> *Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi*, DIRECCTE)

<sup>43</sup> Art D1253-1 CdT.

<sup>44</sup> Art D1253-5 Abs 3 CdT.

<sup>45</sup> Art D1253-5 Abs 3 CdT.

<sup>46</sup> Art D1253-5 Abs 4 CdT.

<sup>47</sup> Art D1253-7 CdT.

<sup>48</sup> Art R1253-21 Abs 1 CdT.

zu beschäftigen plant. Weiters müssen die Statuten festlegen, dass diese Arbeitsverträge Regelungen enthalten, welche die Aspekte in Zusammenhang mit dem Wechsel des Arbeitsplatzes und der Einsatzdauer der Arbeitnehmer berücksichtigen.<sup>49</sup>

Gegen einen Ablehnungsbescheid kann Beschwerde beim regionalen Leiter der Behörde für Unternehmen, Wettbewerb, Konsum, Arbeit und Beschäftigung erhoben werden.<sup>50</sup> Die Verwaltungsbeschwerde ist innerhalb einer Frist von einem Monat nach Mitteilung der angefochtenen Entscheidung zu behandeln.<sup>51</sup>

In der Praxis wird, um die Unterschiede in der Bezahlung aufgrund **mehrerer KollV** auszugleichen, meist auf einen relativ niedrigen KollV zurückgegriffen, der mit vom Einsatzunternehmen und der Tätigkeit abhängigen Prämien nach oben angepasst wird. In der Nahrungsmittelbranche ist der KollV der Molkereien relativ niedrig, wird aber auch für die Produzenten von Tiefkühlkost angewandt und entsprechend aufgestockt. So ist in jedem Fall das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gewahrt. Auch in Bezug auf die Arbeitszeiten und Bedingungen unterliegen die Arbeitnehmer des GE denselben Vorgaben wie die Stammebelegschaft in den Mitgliedsbetrieben.<sup>52</sup>

#### **1.2.1.4 Sonderformen von Zusammenschlüssen in Frankreich**

Darüber hinaus kennt das Gesetz noch weitere Sonderregelungen für Zusammenschlüsse, die die allgemeinen Vorschriften zu GE modifizieren. Ein Zusammenschluss kann auch gebildet werden, um **Ersatzpersonen für Leiter eines Landwirtschaftsbetriebs**, für Leiter von Handwerks-, Industrie- oder Handelsbetrieben oder für natürliche Personen, die einer freiberuflichen Tätigkeit nachgehen, bereitzustellen.<sup>53</sup> Die Hauptaufgabe derartiger Zusammenschlüsse ist es, Personen zu ersetzen, falls ihre Stellen einerseits aufgrund von Krankheit, Unfall, Mutterschaftsurlaub oder Tod vorübergehend nicht besetzt sind,<sup>54</sup> oder andererseits, falls es zu vorübergehender Abwesenheit aufgrund eines Urlaubs, einer Berufsausbildung oder eines Mandats bei einem Berufsverband, einer Gewerkschaft oder einer Wahl kommt.<sup>55</sup> Nur der oben genannte Personenkreis kann als Mitglied eines GE den Nutzen der Bereitstellung eines Arbeitnehmers durch den GE ziehen.<sup>56</sup> Derartige GE sind ebenso

---

<sup>49</sup> Art R1253-21 Abs 2 CdT.

<sup>50</sup> Art R1253-12 CdT.

<sup>51</sup> Art R1253-13 CdT.

<sup>52</sup> *Wölfling/Hartmann*, AGZ in Frankreich 8.

<sup>53</sup> Art R1253-14 CdT.

<sup>54</sup> Art R1253-15 Abs 1 CdT.

<sup>55</sup> Art R1253-15 Abs 2 CdT.

<sup>56</sup> Art R1253-18 CdT.

genehmigungspflichtig<sup>57</sup> und müssen in den Arbeitsverträgen, die diese Zusammenschlüsse schließen, das geographische Gebiet für die Umsetzung des Arbeitsvertrags mit den potentiellen Nutzern des Zusammenschlusses nennen.

Eine weitere Modifikation stellen Zusammenschlüsse dar, die **innerhalb einer bestehenden Genossenschaft**<sup>58</sup> gebildet werden. Will eine Genossenschaft einen Zusammenschluss bilden, muss sie vor der Aufnahme der Tätigkeit in ihren Statuten die gesamtschuldnerische Haftung der Mitglieder für die Schulden gegenüber den Arbeitnehmern und für die Sozialversicherungsbeiträge festlegen.<sup>59</sup> Die Genossenschaft kann Arbeitnehmer einerseits beschäftigen, um sie ausschließlich für die Tätigkeit des Zusammenschlusses einzusetzen, oder andererseits, um sie sowohl für den Zusammenschluss als auch für andere Tätigkeiten der Genossenschaft zu beschäftigen.<sup>60</sup>

Weiters besteht die rechtliche Möglichkeit eines Zusammenschlusses mit dem Ziel der **Förderung von Arbeitsplätzen**. Hierbei können sich privatrechtliche Personen gemeinsam mit Gebietskörperschaften und öffentlichen Einrichtungen zusammenschließen, wobei die Gebietskörperschaften nicht mehr als die Hälfte der Mitglieder des Zusammenschlusses ausmachen dürfen.<sup>61</sup> Dabei ist der Einsatz der Arbeitnehmer des Zusammenschlusses bei den Gebietskörperschaften dahingehend begrenzt, dass er auf das Kalenderjahr verteilt nicht mehr als die Hälfte der Arbeitszeit ausmachen darf.<sup>62</sup>

**AGZ zur Einarbeitung und Qualifizierung** (*Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et Qualification* - GEIQ) funktionieren von der Grundidee ähnlich wie die anderen bereits dargestellten Zusammenschlüsse, jedoch mit dem zusätzlichen Ziel, junge Menschen auszubilden oder Langzeitarbeitslose zu unterstützen.<sup>63</sup> Deren Zielsetzungen *insertion* (Eingliederung) und *qualification* zeigen, dass die Förderung von Personen mit Vermittlungsproblemen im Vordergrund steht.<sup>64</sup> Arbeitnehmer werden dabei im Rahmen von ausbildungsorientierten Verträgen beschäftigt (bzw. *contrats de qualification* oder *contrats par alternance*), wobei sie in verschiedenen Unternehmen eingesetzt und gleichzeitig durch Verantwortliche des GEIQ sozial und beruflich betreut werden. Konzipiert als Übergang zur

---

<sup>57</sup> Art R1253-19 CdT.

<sup>58</sup> Art R1253-35 ff CdT.

<sup>59</sup> Art R1253-35 CdT.

<sup>60</sup> Art R1253-38 CdT.

<sup>61</sup> Art L1253-19 CdT.

<sup>62</sup> Art L1253-20 CdT.

<sup>63</sup> Wölfling/Hartmann, AGZ in Frankreich 10.

<sup>64</sup> Pauli in Wölfling/Hartmann, Betriebliche Kooperation in der Landwirtschaft zur Sicherung zukünftigen Fachkräftebedarfs (2003), 29.

Eingliederung, werden Betroffene durchschnittlich 17 Monate im Zusammenschluss aufgenommen, wobei das Ziel dabei ist, die Arbeitnehmer an ein Unternehmen zu vermitteln, das Mitglied des GEIQ sein kann, aber nicht zwingend sein muss.<sup>65</sup>

Laut französischem Recht richtet sich die personalisierte Unterstützung einerseits an **Jugendliche zwischen 16 und 25 Jahren**, die das Schulsystem ohne Abschluss verlassen haben oder auf besondere Schwierigkeiten beim Zugang zu Beschäftigung stoßen<sup>66</sup> und andererseits an **Arbeitssuchende ab 45 Jahren**.<sup>67</sup>

### 1.2.2 Arbeitgeberzusammenschlüsse in Österreich

Alle AGZ-Aktivitäten in Österreich gehen vom AGZ-Ressourcenzentrum Österreich<sup>68</sup> aus, das sich auf die Bereiche „Arbeitsmarkt“, „Wirtschaftsstandort“ und „regionale Wertschöpfung“ spezialisiert hat. Gegründet wurde es im Jahr 2016 vom Regionalentwickler „*progressNETZ*“<sup>69</sup> – Netzwerk für regionale Entwicklung“ mit Sitz in St. Pölten. Dessen Tätigkeiten erstrecken sich vom Informationstransfer durch Pressegespräche, PR- und Öffentlichkeitsarbeit sowie Stakeholder-Gespräche über AGZ-Präsentationen in den Bundesländern oder Fachgesprächen auf sozialpartnerschaftlicher Ebene bzw mit arbeitsmarktnahen Institutionen. Weiters ist das AGZ-Ressourcenzentrum Österreich darum bemüht, die rechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf das Gewerberecht, kollektivvertragliche Bestimmungen sowie das Steuerrecht für AGZ in Österreich herzustellen und zu verdichten.<sup>70</sup>

## 2 Relevanz des Themas in Österreich

### 2.1 Betriebswirtschaftliche Relevanz

Im Jänner 2018 veröffentlichte das AGZ-Ressourcenzentrum Österreich eine Studie<sup>71</sup>, die das Potenzial von AGZ in Österreich analysiert. Dabei ermittelten die „Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt“ (FORBA) und die Wirtschaftsuniversität Wien (Institut für Personalmanagement) im Rahmen einer repräsentativen Telefonbefragung bei Betrieben und

---

<sup>65</sup> Dalichoux in *tamen*, Dokumentation der Tagung Arbeitgeberzusammenschlüsse, Partnerschaften, Regionen am 7. und 8. Februar 2002 in Poitiers (2002) 27.

<sup>66</sup> Art D6325-23 Abs 1 CdT.

<sup>67</sup> Art D6325-23 Abs 2 CdT.

<sup>68</sup> <http://www.ressourcenzentrum.at/>

<sup>69</sup> <http://www.progressnetz.at/>

<sup>70</sup> Szöllösy, Beschäftigungsmodell Arbeitgeberzusammenschluss (AGZ): Ein arbeitsmarktpolitischer Ansatz als Antithese zu atypischen Beschäftigungsformen im Kontext eines sich verändernden Arbeitsmarktes sowie einer arbeitgeberinteressengeleiteter Beschäftigungspolitik – Fallbeispiel Österreich (2017) 136.

<sup>71</sup> *progressNetz*, AGZ-Potenzialanalyse, Lassen sich mit dem Beschäftigungsmodell Arbeitgeberzusammenschluss neue (Vollzeit-)Arbeitsplätze in Österreich schaffen? Ergebnisse einer wissenschaftlichen Untersuchung (2018), verfügbar unter <http://www.baumfeld.at/files/AGZ-Potenzialanalyse.pdf> (abgefragt am 23.07.2021).

50 Gemeinden in Niederösterreich, ob **a) der Bedarf nach nicht fest anstellbaren Arbeitskräften und b) das Interesse an der Beteiligung an einem AGZ besteht.**

Unter den 550 befragten Betrieben<sup>72</sup> und NPOs (mit weniger als 250 Beschäftigten, welche 99 Prozent aller niederösterreichischen Unternehmen ausmachen) äußerten 37 Prozent<sup>73</sup> – darunter vor allem solche, die mit Auftragsschwankungen konfrontiert sind – einen vorhandenen Bedarf nach flexiblen Beschäftigten, da sich für sie eine fixe Anstellung nicht lohne. In Summe wurde ein flexibler Personalbedarf von ca 70 Vollzeitbeschäftigten ermittelt. Hochgerechnet auf alle Unternehmen Niederösterreichs ergibt sich dadurch ein **(theoretisches) Potenzial von bis zu 12.000 Vollzeitstellen**, woraus ableitbar ist, dass es ein substantielles Interesse für AGZ gibt, wengleich freilich nur ein Teil der Nachfrage über dieses Modell abgedeckt werden können dürfte.<sup>74</sup> Im Folgenden werden die Ergebnisse der oben genannten Studien aufgezeigt.

### **2.1.1 Grundlegender Bedarf nach flexiblem Personal**

Ausgangspunkt der Ermittlung dessen, wie hoch der Anteil der Unternehmen ist, die einen Bedarf an flexiblem Personal äußern, für das sich eine feste Anstellung in einem Teil- oder Vollzeitverhältnis nicht lohnt (weil der Bedarf stunden-, tage-, wochenweise oder saisonal anfällt), sind Fragen nach einer unregelmäßigen, dh schwankenden Auftragslage bzw der Möglichkeit, geeignetes Personal zu rekrutieren. Dabei gaben 25 Prozent eine stark schwankende, 30 Prozent eine mittlere und 45 Prozent eine geringe Auftragsschwankung an. Insgesamt fällt es **40 Prozent** der Unternehmer nach eigenen Angaben schwer, generell geeignetes Personal zu rekrutieren, 36 Prozent der Unternehmen mittelschwer und 24 Prozent leicht. Im Hinblick auf Auftragsschwankungen, vor allem bei kurzfristig steigendem Auftragsvolumen, gaben 72 Prozent der Unternehmen an, dieses mit Mehrarbeit bzw Überstunden zu bewältigen. 40 Prozent würden auf eine solche Auftragsschwankung mit Leistungszukauf, 25 Prozent mit Ausweitung der Arbeitszeiten bei Teilzeitkräften und 24 Prozent mit Neueinstellungen reagieren. Lediglich für zwölf Prozent spiele die Einstellung von Leiharbeitskräften eine Rolle. 19 Prozent der Unternehmen gaben an, bei Auslastungsschwankungen aufgrund der Personalkapazitäten Aufträge ablehnen zu müssen.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Davon 24 Prozent EPU, 42 Prozent 1-9 Arbeitnehmer, 22 Prozent 10-50 Arbeitnehmer und 12 Prozent 51-250 Beschäftigte wobei bei der Befragung ganz überwiegend (Mit-)Eigentümer oder Geschäftsführer des jeweiligen Unternehmens teilnahmen.

<sup>73</sup> 32 Prozent wöchentlich, 25 Prozent täglich, 24 Prozent monatlich, 18 Prozent saisonal.

<sup>74</sup> *progressNetz*, AGZ-Potenzialanalyse 1.

<sup>75</sup> *progressNetz*, AGZ-Potenzialanalyse 1 f.

### 2.1.2 Vollzeitbedarf nach flexiblem Personal

Schlussendlich gaben einer entsprechenden Frage zufolge 203 Betriebe bzw 37 Prozent der Befragten an, Bedarf nach **flexibel einsetzbarem Personal** zu haben. Im Zuge der Studie wurden diese 203 Betriebe darauffolgend gebeten, die Höhe des Arbeitsvolumens für diesen Bedarf zu schätzen, um davon ausgehend hochrechnen zu können, von welchem Umfang – gemessen in Vollzeitarbeitskräften – diesbezüglich für das Bundesland Niederösterreich auszugehen ist. Dazu mussten die Unternehmen den eigenen flexiblen Personalbedarf für eine Vollzeitstelle in Arbeitswochen schätzen.<sup>76</sup> Bis auf wenige Ausnahmen lagen die genannten Durchschnittswerte bei ca zehn bis 20 Wochen, die über eine oder mehrere Stellen zu besetzen wären. Dabei wurden bei den Unternehmen mit flexiblem Personalbedarf in Summe insgesamt 3.494 Wochen an Vollzeitäquivalenten im Jahr genannt, was umgerechnet bei 52 Arbeitswochen einem Personalbedarf von 67,2 Vollzeitarbeitskräften entspricht.<sup>77</sup> Ausgehend vom Bedarf der 550 befragten Unternehmen, von denen 203 einen konkreten Personalbedarf angaben, **ergibt sich hochgerechnet auf 98.000 Betriebe in Niederösterreich ein theoretisches Potenzial des flexiblen Personalbedarfs in diesem Bundesland im Umfang von ca 12.000 Vollzeitarbeitskräften.**<sup>78</sup>

Auch wenn ein Potenzial von 12.000 zu besetzenden Stellen spektakulär klingen mag, ist dieser Wert allerdings rein **theoretischer Natur**. Einerseits ist an vielfältige „Matching“-Probleme zu denken, dh wie leicht einander Jobsuchende und Unternehmen finden und sich auf Modalitäten des flexiblen Personaleinsatzes verständigen können. Andererseits müsste es bereits eine flächendeckende Verbreitung von Modellen wie AGZ geben, über die der Unternehmensbedarf abgedeckt werden könnte. Auch darf nicht verschwiegen werden, dass dadurch insb Aufträge für Freelancer oder Leiharbeitskräfte wegfallen würden, die bereits heute den flexiblen Personalbedarf in Betrieben abdecken.<sup>79</sup>

### 2.1.3 Bewertung des Modells „AGZ“

Nichtsdestotrotz fällt die Bewertung des Modells „AGZ“ unabhängig vom eigenen Bedarf ausgesprochen positiv aus. Nach Schulnoten bewertet vergeben **63 Prozent die Noten Eins oder Zwei**. Auch wenn das AGZ-Modell bei den Betrieben auf allgemein hohe Zustimmung

---

<sup>76</sup> Mit faktischen Antworten von einer (für insgesamt eine Woche) bis hin zu 200 Wochen (Unternehmen mit Bedarf nach z. B. 20 Vollzeitstellen für durchschnittlich 200 Wochen).

<sup>77</sup> Durch das Verhältnis zwischen Betrieben (203) und Vollzeitarbeitskräften (67,2) von ca. 3:1 ergibt sich hochgerechnet auf die 98.000 Betriebe in Niederösterreich ein Bedarf von 36.000 Wochen, was 11.970 Vollzeitäquivalenten entspricht.

<sup>78</sup> *progressNetz*, AGZ-Potenzialanalyse 4.

<sup>79</sup> *progressNetz*, AGZ-Potenzialanalyse 4.



trifft, lässt sich daraus noch nicht schließen, ob die Betriebe sich selbst vorstellen könnten, an einem AGZ teilzunehmen. Aber auch hierbei erfährt das AGZ-Modell überraschend viel Zuspruch. Von den 42 Prozent der Betriebe mit Teilnahmeinteresse können sich 14 Prozent eine Teilnahme sehr gut und weitere 28 Prozent uU bzw nach Klärung wichtiger Fragen vorstellen.<sup>80</sup>

#### **2.1.4 Der Bedarf nach flexiblem Personal der niederösterreichischen Gemeinden**

Zu den 50 befragten Gemeinden kann zusammenfassend festgehalten werden, dass der Personalstand in über 95 Prozent der befragten Gemeinden gestiegen oder konstant geblieben ist sowie dass die Schwankungen des Arbeitsvolumens in 26 Prozent der Fälle als hoch oder sehr hoch beschrieben werden können. Annähernd ein Drittel der befragten Gemeinden hat Bedarf an Arbeitskräften, bei denen sich eine durchgehende Anstellung nicht lohnt, die Hälfte der Gemeinden hat in der Vergangenheit schon Personal geteilt. Bei Fragen der Personalrekrutierung besteht ein **sehr hohes Interesse an Kooperationen zwischen Gemeinden** (76 Prozent), wobei das Konzept des AGZ bereits 38 Prozent der Gemeinden bekannt ist und weitgehend positiv bewertet wird (74 Prozent der Gemeinden bewerten das Konzept mit der Schulnote Eins oder Zwei). Weiters zeigen 66 Prozent der Gemeinden Interesse daran, sich an einem AGZ zu beteiligen.<sup>81</sup>

#### **2.1.5 Zusammenfassung**

Aus der Befragung lässt sich eindeutig ableiten, dass das Beschäftigungsmodell „AGZ“ bei den befragten Unternehmen einerseits auf große Zustimmung trifft und andererseits der Bedarf nach flexiblem Personal tatsächlich besteht. Auch wenn die Annahme, 12.000 neue Arbeitsplätze zu schaffen, nur ein theoretisches Potenzial darstellt, geht aus der Studie hervor, dass das Modell „AGZ“ auch in Österreich auf ein gewisses beschäftigungspolitisches Interesse stößt.

### **2.2 Politische Relevanz des Themas**

Auch im **Regierungsprogramm 2020-2024**<sup>82</sup> der neuen Volkspartei und den Grünen findet sich im Kapitel „Landwirtschaft, Tierschutz und ländlicher Raum“ unter der Überschrift „Existenz der bäuerlichen Landwirtschaft absichern“ der Punkt *„Schaffung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitgeberzusammenschlüssen, um Synergien (beispielsweise gemeinsame Beschäftigung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern) bestmöglich zu nutzen“*. In

---

<sup>80</sup> *progressNetz*, AGZ-Potenzialanalyse 5.

<sup>81</sup> *progressNetz*, AGZ-Potenzialanalyse 1.

<sup>82</sup> Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024 107, abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>.

dem Programm finden sich aber hierzu keine weiteren Ausführungen, weder über den Zeitrahmen noch über inhaltliche Bestrebungen zur Umsetzung. Kurz vor Finalisierung der vorliegenden Arbeit wurde jedoch eine Novelle des Landarbeitsgesetzes beschlossen. Dabei wurden die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Gründung eines AGZ in der Land- und Forstwirtschaft festgelegt. Detailliertere Ausführungen dazu finden sich daher erst am Ende der Arbeit in Teil F.

### 2.3 Juristische Relevanz und Forschungsstand

In Österreich fehlt es, abseits im Bereich der Land- und Forstwirtschaft<sup>83</sup> – anders als zB in Frankreich – an einer generellen gesetzlichen Grundlage, die die wesentlichen Bedingungen für die Errichtung eines AGZ und dessen Rechtsfolgen klar regelt. Dieser Umstand stellt auch laut dem AGZ-Ressourcenzentrum Österreich die größte Hürde für die Gründung von AGZ dar. Aufgrund der mangelnden Bekanntheit des Modells wird dem AGZ meist mit großer Skepsis gegenübergetreten. Einerseits wird hier eine Umgehung der Schutzbestimmungen für überlassene Arbeitskräfte befürchtet, andererseits eine Konkurrenz für gewerbliche Arbeitskräfteüberlasser gesehen. Laut persönlicher Auskunft des AGZ-Ressourcenzentrum Österreichs wurden alle AGZ bis dato als gewerbliche Arbeitskräfteüberlasser gegründet. Hintergrund dessen ist, dass auch nach Juristen und Anwälten eine **rechtliche Qualifizierung eines AGZ bei der derzeitigen Gesetzeslage schwierig sei** und, um nicht gegen die Gewerbeordnung zu verstoßen, es sicherer sei, den AGZ rechtlich wie einen gewerblichen Arbeitskräfteüberlasser zu installieren.

Im **ÖGB-Grundsatzprogramm 2018**<sup>84</sup> findet sich unter dem Kapitel „Faire Rahmenbedingungen für alle Arbeitsformen“ in Bezug auf den AGZ folgender Absatz:

*„Als „Arbeitgeberzusammenschluss“ (AGZ) wird eine neue Form der Beschäftigung bezeichnet, bei der sich mehrere Arbeitgeber zusammentun, um gemeinsam ArbeitnehmerInnen zu beschäftigen, die keiner von ihnen selbst ganztags benötigt. Die Idee kommt aus Frankreich, ursprünglich vor allem aus dem ländlichen Raum, und ist dort sehr erfolgreich. AGZ sind gemeinnützige Vereinigungen (oder gemeinnützige GmbH, Genossenschaften, ...); ihr Ziel ist es auch, eine mehr auf Zusammenarbeit orientierte Unternehmenskultur zu fördern. AGZ sind rechtlich gesehen Arbeitskräfteüberlasser. Gegenüber diesen haben sie aber den erheblichen*

---

<sup>83</sup> Seit 1.7.2021 finden sich in den §§ 415 ff LAG Regelungen für Arbeitgeberzusammenschlüsse in der Land- und Forstwirtschaft.

<sup>84</sup> ÖGB, ÖGB-Grundsatzprogramm 2018-2023 S 10 Rz 45 ff; abrufbar unter <https://www.oegb.at/der-oegb/organisation/bundeskongress/bundeskongress-19/grundsatzprogramm-des-oegb>.

*Vorteil, dass langfristige Beschäftigung bei einem im Vorhinein bekannten Kreis von Einsatzbetrieben, zu bekannten Arbeitszeiten und Arbeitsorten, im regionalen Umfeld erfolgt. Wesentliche Nachteile der Arbeitskräfteüberlassung werden so vermieden. Auch das Problem mehrfacher Teilzeit-Arbeitsverhältnisse, die betroffene ArbeitnehmerInnen koordinieren müssen, fällt damit weg. Derzeit stellen AGZ keine Gefahr dar, sondern eine Chance, weil rechtlich alle Regelungen der Arbeitskräfteüberlassung gelten. Bei einer Regelung in einem eigenen AGZ-Gesetz muss aber beachtet werden, dass die Nachteile der Arbeitskräfteüberlassung nur teilweise, nicht vollständig wegfallen.“*

Der ÖGB fordert weiters eine **klare und umgehungssichere Abgrenzung zwischen AGZ und „echten“ Arbeitskräfteüberlassern**. Arbeitskräfteüberlasser dürfen keine Mitgliedsbetriebe eines AGZ sein und diese auch nicht leiten.<sup>85</sup>

Wird nun ein Blick auf die Literatur und Judikatur zum Modell „AGZ“ geworfen, so zeigt sich, dass der AGZ auch im rechtswissenschaftlichen Diskurs, wenn überhaupt, ein **Randthema** darstellt. Im Schrifttum lässt sich zur rechtlichen Qualifizierung des AGZ lediglich ein Aufsatz finden.<sup>86</sup> In der Judikatur findet sich eine Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich<sup>87</sup>, welche sich mit der Gründung eines AGZ befasst. Auch die Forderung des ÖGB zeigt, dass es zwischen AGZ und „echter“ Arbeitskräfteüberlassung klare Abgrenzungsmerkmale braucht, die derzeit nicht vorhanden sind.

## **2.4 Zusammenfassung**

Wie die Erhebung der Studie zu AGZ in Niederösterreich zeigt, stehen Unternehmen dem Modell „AGZ“ positiv gegenüber und es besteht weiters ein **hohes Potenzial an möglichen Arbeitsplätzen** die mit dem Modell „AGZ“ geschaffen werden könnten. Seitens der Rechtswissenschaft wurde das Thema „AGZ“ jedoch noch nicht aufgegriffen, was dazu führt, dass bei der Gründung von AGZ eine **gewisse Rechtsunsicherheit** vorliegt. Aus dieser Zusammenschau und dem politischen Bekenntnis der Regierungsparteien besteht somit ein Bedarf einer näheren juristischen Betrachtung des AGZ. Im Folgenden sollen nun an diesen grundsätzlichen Befund anschließend die grundlegendsten Rechtsfragen dargestellt und die Methode der Arbeit dargelegt werden.

---

<sup>85</sup> ÖGB, ÖGB-Grundsatzprogramm 2018-2023 S 11 Rz 85 f.

<sup>86</sup> *Österreicher*, Innovative Beschäftigungsmodelle in der Land- und Forstwirtschaft, Jahrbuch Agrarrecht 2017, 265.

<sup>87</sup> LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa.

### 3 Vorgehensweise bei der Untersuchung und Forschungsfragen

Wie schon dargelegt, fehlt es in Österreich mit der Ausnahme in der Land- und Forstwirtschaft an einer gesetzlichen Grundlage, die die wesentlichen Bedingungen für die Errichtung eines AGZ und dessen Rechtsfolgen klar regelt. Bei der Gründung sowie Umsetzung von AGZ nach österreichischem Recht bedarf es daher einer mehrphasigen Prüfung der einschlägigen arbeits- und zivilrechtlichen Gesetze. In der vorliegenden Arbeit kann freilich nicht auf alle arbeitsrechtlichen Fragen in Zusammenhang mit dem AGZ eingegangen werden. Als Ziel der Untersuchung werden daher im speziellen **vier grundlegende arbeitsrechtliche Fragen** im Zusammenhang mit dem AGZ geprüft, die wie folgt bearbeitet werden:

In Teil B wird als Ausgangsfrage für weitere Überlegungen analysiert, ob durch einen AGZ einerseits Arbeitskräfteüberlassung iSd „Leiharbeits-RL“<sup>88</sup> vorliegt und andererseits, **ob ein AGZ unter den Geltungsbereich des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) fällt.**

In Teil C wird der AGZ dahingehend geprüft, ob ein AGZ **eine gewerbsmäßige Tätigkeit** iSd Gewerbeordnung ausübt. Im Speziellen wird hier die nicht gewinnorientierte Ausrichtung des AGZ beleuchtet. Zusätzlich werden unterschiedliche potenzielle Rechtsformen des AGZ im Hinblick auf die Gewerbsmäßigkeit thematisiert.

In Teil D werden die bis dahin gewonnen Erkenntnisse für die **praktisch höchst relevante Frage der Entgeltfestsetzung** im AGZ herangezogen.

Im darauffolgenden Teil E wird der **AGZ in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts** dargestellt. Schwerpunktmäßig wird hier mangels Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die **Arbeitgeberfunktion** untersucht und die Ausübung dieser im AGZ erörtert.

Im zuletzt eingefügten Teil F werden die mit 1.7.2021 in Kraft tretenden Bestimmungen über **Arbeitgeberzusammenschlüsse in der Land- und Forstwirtschaft** (§§ 415 ff LAG<sup>89</sup>) dargestellt und schwerpunktmäßig anhand der gewonnenen Erkenntnisse der Arbeit bewertet.

Im letzten Teil G werden die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit nochmals überblicksmäßig zusammengefasst.

---

<sup>88</sup> RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl L 2008/327, 9.

<sup>89</sup> Landarbeitsgesetz 1984 BGBl 1984 idF BGBl I 2021/78.

## Teil B – Liegt in einem AGZ Arbeitskräfteüberlassung vor?

Als Kernfrage der Arbeit wird im folgenden Teil B untersucht, ob durch einen AGZ Arbeitskräfteüberlassung ausgeübt wird. Als erster Schritt wird dabei analysiert, ob durch einen AGZ Arbeitskräfteüberlassung iSd Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG (Leiharbeits-RL) vorliegt. Als weiteren Prüfschritt wird der AGZ dahingehend rechtlich beurteilt, ob ein AGZ unter den Geltungsbereich des AÜG<sup>90</sup> fällt. Abschließend werden noch Abgrenzungsfragen zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung/Payrolling unter dem Gesichtspunkt des AGZ erörtert.

## 1 Europarechtliche Rahmenbedingungen für den AGZ

### 1.1 Europarechtliche Grundlagen der Arbeitskräfteüberlassung

#### 1.1.1 Arbeitskräfteüberlassung und die Grundfreiheiten der Europäischen Union

Die **Dienstleistungsfreiheit** des Art 56 AEUV umfasst nach Rechtsprechung des EuGH auch die Überlassung von Arbeitskräften.<sup>91</sup> Ein Unternehmen, das Dritten Arbeitskräfte überlässt, ist zwar Erbringer einer Dienstleistung, jedoch übt es Tätigkeiten aus, die gerade darin bestehen, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats Arbeitnehmer zuzuführen.<sup>92</sup> Arbeitskräfteüberlassung kann laut EuGH<sup>93</sup> aber auch Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates des Dienstleistungsempfängers haben. Zum einen können nämlich auch Arbeitnehmer, die von Unternehmen beschäftigt werden, die Arbeitnehmer zur Verfügung stellen, eventuell **die Art 45 bis 48 AEUV** und die zu deren Durchführung erlassenen Unionsverordnungen anwendbar sein. Zum anderen wirkt sich die Überlassung von Arbeitnehmern, wegen der Besonderheiten der mit dieser verbundenen Arbeitsbeziehungen, unmittelbar sowohl auf die Verhältnisse des Arbeitsmarkts als auch auf die berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmer aus.<sup>94</sup> Unternehmen, die Arbeitskräfteüberlassung betreiben, dürfen daher, gestützt auf die Dienstleistungsfreiheit, in allen Mitgliedstaaten Arbeitskräfte überlassen. Beschränkungen sind nur zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt und im Ausmaß verhältnismäßig sind.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 1988/196.

<sup>91</sup> EuGH C-279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314.

<sup>92</sup> EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142 Rn 16; EuGH C-307/09, *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64 Rn 30.

<sup>93</sup> EuGH C-307/09, *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64 Rn 28.

<sup>94</sup> EuGH C-307/09, *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64 Rn 29.

<sup>95</sup> EuGH C-307/09, *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64 Rn 16.

Auf Initiative des Europäischen Parlaments begann die EU-Kommission Anfang der 1980er Jahre in Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung **Richtlinien** zu erarbeiten.<sup>96</sup> Sie orientierte sich dabei am französischen Recht, wonach die überlassene Arbeitskraft beim Entleiher als befristet beschäftigt gilt. Dies führte dazu, dass die Kommission Arbeitskräfteüberlassung als Sonderform des **befristeten Arbeitsverhältnisses** sah. Es dauerte jedoch viele Jahre, bis ihre Richtlinienvorschläge Zustimmung fanden.<sup>97</sup>

### 1.1.2 Die Sicherheits-RL

Als erster Schritt wurde 1991 die Richtlinie 91/383/EWG<sup>98</sup>, im Folgenden als „Sicherheits-RL“ bezeichnet, erlassen. Aus den Erwägungsgründen geht hervor, dass einerseits Arbeitsformen wie befristete Arbeit oder Leiharbeit erheblich zugenommen haben und andererseits Untersuchungen zeigten, dass Arbeitnehmer mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis in einigen Bereichen generell in **höherem Ausmaß** als andere Arbeitnehmer **der Gefahr von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten ausgesetzt** sind. Diese zusätzliche Gefährdung hängt zum Teil mit bestimmten besonderen Formen der Einbeziehung in den Betrieb zusammen. Diese Gefährdung kann durch eine angemessene „*Unterrichtung*“<sup>99</sup> und „*Unterweisung*“<sup>100</sup> zu Beginn des Arbeitsverhältnisses verringert werden.

Während die Richtlinie 89/391/EWG<sup>101</sup> (Arbeitnehmerschutz-Rahmenrichtlinie) auf die Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer im Allgemeinen abzielt, sollen mit der Sicherheits-RL besondere ergänzende Vorschriften, insb über die Unterrichtung, die Unterweisung und die ärztliche Überwachung<sup>102</sup> der betreffenden Arbeitnehmer geschaffen werden. Diese berücksichtigt die besondere Lage der Arbeitnehmer mit **befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis** und deren besonderen Risiken, denen sie in einigen Bereichen ausgesetzt sind.

Diesbezüglich stellt auch Art 2 Abs 3 der Sicherheits-RL klar, dass auf beide Arbeitsformen unbeschadet strengerer und/oder spezifischer Vorschriften der Sicherheits-RL die

---

<sup>96</sup> Kühnleub in Brodil (Hrsg), Diener fremder Herren (2016) 9.

<sup>97</sup> Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung<sup>3</sup> (2017) 8.

<sup>98</sup> RL 91/383/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.6.1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristeten Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, ABIL 1991/206, 19.

<sup>99</sup> Art 3 RL 91/391/EWG.

<sup>100</sup> Art 4 RL 91/391/EWG.

<sup>101</sup> RL 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABIL 1989/183, 1.

<sup>102</sup> Art 5 RL 89/391/EWG.

Bestimmungen der Richtlinie 89/391/EWG voll anzuwenden sind. Zweck der Sicherheits-RL gem Art 2 Abs 1 und 2 ist es, sicherzustellen, dass Arbeitnehmer mit einem befristeten oder Leiharbeitsverhältnis im Hinblick auf Sicherheit und Gesundheitsschutz das **gleiche Schutzniveau** wie die unbefristet angestellten Arbeitnehmer erhalten, wobei in diesem Kontext insb auf die Inanspruchnahme individueller Schutzeinrichtungen hingewiesen wird. Art 7 und 8 der Sicherheits-RL sehen besondere Bestimmungen vor, die, unbeschadet der anderen Artikel, nur für Leiharbeitsverhältnisse gelten. Die Richtlinie wurde in Österreich im ArbeitnehmerInnenschutzgesetz<sup>103</sup> vor allem in § 9 umgesetzt.

### 1.1.3 Die Leiharbeits-RL

#### 1.1.3.1 Entstehungsgeschichte

Der Erlassung der Leiharbeits-RL<sup>104</sup> gingen eine Vielzahl an gescheiterten Verhandlungen und abgelehnten Entwürfe voraus. So legte die EU-Kommission schon 1982 einen Richtlinienentwurf zur Leiharbeit vor. Auch der 1984 abgeänderte Vorschlag wurde nicht beschlossen. 1990 legte die Kommission **drei weitere Richtlinienentwürfe** (ua zur Leiharbeit) vor, wobei nur die Sicherheits-RL angenommen wurde. Auch der darauf von der Kommission gestartete Dialog der Sozialpartner führte zu keinem Ergebnis.<sup>105</sup> Aufbauend auf den gescheiterten Gesprächen der Sozialpartner legte sie 2002 einen neuen Entwurf vor, der allerdings – wie bereits ein überarbeiteter Entwurf aus demselben Jahr – scheiterte.<sup>106</sup> Erst im Jahr 2008 konnte schlussendlich eine Einigung erzielt werden. Mit 5. Dezember 2008 ist die Leiharbeits-RL in Kraft getreten und war bis 5. Dezember 2011 in den Mitgliedstaaten umzusetzen.<sup>107</sup>

#### 1.1.3.2 Regelungszweck

Ziel der Richtlinie ist es, das uneingeschränkte Recht jedes Arbeitnehmers auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen sowie auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, den Anspruch auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten aber auch auf bezahlten Jahresurlaub zu gewährleisten.<sup>108</sup> In den Erwägungsgründen zur Leiharbeits-RL wird auf die im Dezember 2007

---

<sup>103</sup> ArbeitnehmerInnenschutzgesetz 1994/9.

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

<sup>105</sup> Es konnte ua kein Konsens über den Begriff des „vergleichbaren Arbeitnehmers“ gefunden werden; dazu Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM(2002), 149 10 endgültig.

<sup>106</sup> Zum Inhalt des Richtlinienentwurfs siehe *Gagawczuk*, Leiharbeitsrichtlinie – wiederholter Anlauf gescheitert? DRdA 2003, 597.

<sup>107</sup> *Rebhahn/Schörghofer* in *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2020) 620 Rz 3 mwN.

<sup>108</sup> Erwägungsgrund 1 RL 2008/104/EG.

vom Europäischen Rat vereinbarten gemeinsamen „**Flexicurity-Grundsätze**“ hingewiesen, die auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Flexibilität und Sicherheit auf dem Arbeitsmarkt abzielen und sowohl Arbeitnehmern als auch Arbeitgebern dabei helfen sollen, die durch die Globalisierung gebotenen Chancen zu nutzen.<sup>109</sup> Weiters wird ausgeführt, dass die Leiharbeit nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren, entsprechen soll. Damit trägt die Leiharbeit **zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt** bei.<sup>110</sup> Ein weiteres Ziel ist es, einen diskriminierungsfreien, transparenten und verhältnismäßigen Rahmen zum Schutz der Leiharbeitnehmer festzulegen und gleichzeitig die Vielfalt der Arbeitsmärkte und der Arbeitsbeziehungen zu wahren.<sup>111</sup> Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für Leiharbeitnehmer sollen mindestens denjenigen entsprechen, die für die Arbeitnehmer gelten würden, wenn sie von dem entleihenden Unternehmen für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt würden.<sup>112</sup>

### **1.1.3.3 Umsetzung in den Mitgliedsstaaten**

Art 11 der Leiharbeits-RL sieht vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft setzen und veröffentlichen, um dieser Richtlinie bis spätestens zum 5. Dezember 2011 nachzukommen. Die Mitgliedstaaten sind angehalten, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, damit sie jederzeit gewährleisten können, dass die Ziele der Richtlinie erreicht werden. Gem Art 12 überprüft die Kommission im Benehmen mit den Mitgliedstaaten und den Sozialpartnern auf Gemeinschaftsebene die Anwendung der Richtlinie bis zum 5. Dezember 2013, um erforderlichenfalls Änderungen vorzuschlagen. Dieser Bericht<sup>113</sup> der Kommission wurde am 21. März 2014 veröffentlicht und kommt zur Schlussfolgerung, dass die Bestimmungen der Richtlinie im **Großen und Ganzen** korrekt umgesetzt wurden und entsprechend angewendet werden. Das doppelte Ziel der Richtlinie wurde jedoch nicht im vollen Umfang erreicht: Einerseits haben bestimmte, häufig angewandte Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz in einigen Fällen möglicherweise dazu geführt, dass die Anwendung der Richtlinie keine effektive Verbesserung des Schutzes der Leiharbeitnehmer herbeigeführt hat, andererseits hat die Überprüfung von Einschränkungen

---

<sup>109</sup> Erwägungsgrund 9 RL 2008/104/EG.

<sup>110</sup> Erwägungsgrund 11 RL 2008/104/EG.

<sup>111</sup> Erwägungsgrund 12 RL 2008/104/EG.

<sup>112</sup> Erwägungsgrund 14 RL 2008/104/EG.

<sup>113</sup> 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.



und Verboten für den Einsatz von Leiharbeit in den meisten Fällen dazu geführt, dass der **Status quo legitimiert** wurde und nicht als Impuls dafür wirkt, die Rolle der Leiharbeit auf modernen, flexiblen Arbeitsmärkten zu überdenken. Die Kommission äußert in diesem Bericht das Vorhaben alle Problemfelder der Umsetzung der Richtlinie mit geeigneten Mitteln, gegebenenfalls auch mit Vertragsverletzungsverfahren, zu bearbeiten. Mit der Novelle<sup>114</sup> des AÜG 2012 erfolgte die Umsetzung der Richtlinie in Österreich<sup>115</sup>.

## 1.2 Fällt ein AGZ unter den Anwendungsbereich der Leiharbeits-RL?

Aufgrund des Schwerpunkts der vorliegenden Arbeit werden im Folgenden nur Bestimmungen der Leiharbeits-RL herausgegriffen, bei denen es fraglich erscheint, ob ein AGZ unter den Geltungsbereich der Richtlinie fällt.

### 1.2.1 Problemstellung

Ein AGZ ist darauf ausgelegt, seinen Mitgliedsbetrieben **dauerhaft** Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen, wobei der AGZ diese **ohne Gewinnorientierung** erbringt. In diesem Zusammenhang sind vor allem mehrere Regelungen der Leiharbeits-RL bedeutsam: Die Leiharbeits-RL findet gem Art 1 Abs 1 Anwendung für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und den entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um **vorübergehend** unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten. Art 1 Abs 2 normiert, dass die Richtlinie für öffentliche und private Unternehmen gilt, bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen handelt, die **eine wirtschaftliche Tätigkeit** ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht. Daher soll nun geprüft werden, ob ein AGZ eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und ob die Überlassung im AGZ eine vorübergehende, iSd Leiharbeits-RL, darstellt.

### 1.2.2 Vorübergehende Überlassung iSd Leiharbeits-RL

#### 1.2.2.1 Einleitung

Der Anwendungsbereich der Richtlinie wird in Art 1 festgelegt, wobei in Art 3 Begriffsbestimmungen iSd Richtlinie definiert werden, jedoch gem Abs 2 die Richtlinie das

---

<sup>114</sup> BGBl I 2012/98.

<sup>115</sup> Zur Umsetzung in Österreich ua *Schrank*, Die wichtigsten Neuerungen zur Arbeitskräfteüberlassung Teil 1 und 2, RdW 2013, 38 (31 bzw 87); *Schrottbauer/Goricnik*, Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, DRdA 2013, 282, *Schlitzer*, Die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, DRdA-InfA 2013, 9 *Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG – Einige zentrale Änderungen und Lücken, ZAS 2012/61, 336; *Burz*, Die Tücken des (neuen) AÜG – „Fairness“ oder „verbrannte Erde“ im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung?, ecolex, 2012, 1093.

nationale Recht in Bezug auf die Begriffsbestimmungen von „Arbeitsentgelt“, „Arbeitsvertrag“, „Beschäftigungsverhältnis“ und „Arbeitnehmer“ unberührt lässt. Art 1 Abs 3 ermöglicht es den Mitgliedstaaten, nach Anhörung der Sozialpartner vorzusehen, dass die Richtlinie nicht für Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse gilt, die im Rahmen von spezifischen öffentlichen oder von öffentlichen Stellen geförderten beruflichen Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsprogrammen geschlossen wurden. In Art 1 und 3 der Richtlinie wird jedenfalls **fünf Mal** darauf hingewiesen, dass überlassene Arbeitnehmer „vorübergehend“ für die Beschäftiger arbeiten, jedoch wird nicht deutlich, wann eine Überlassung „vorübergehend“ ist bzw **welche Auswirkungen** durch eine nicht vorübergehende Überlassung entstehen.<sup>116</sup>

### 1.2.2.2 Umsetzung der Leiharbeits-RL in Deutschland

In Deutschland wurde 2011 § 1 dAÜG dahingehend geändert, dass nach Satz 1 der Satz „Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend“ eingefügt wurde.<sup>117</sup> Der deutsche Gesetzgeber übernahm aber lediglich die europarechtliche Diktion, ohne diese genauer zu definieren.<sup>118</sup> In der deutschen Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass die Einführung des Merkmals „vorübergehend“ der Klarstellung diene, dass das deutsche Modell der Arbeitskräfteüberlassung der europäischen Vorgabe entspreche. Dabei wird der Begriff „vorübergehend“ iSd Leiharbeits-RL als flexible Zeitkomponente verstanden und insb auf genau **bestimmte Höchstüberlassungsfristen verzichtet**.<sup>119</sup> Vor dem Hintergrund der bisherigen Entwicklung schien diese unbestimmte Maßgabe durchaus beachtlich, da der deutsche Gesetzgeber die zunächst bestehende Höchstüberlassungsdauer der Arbeitnehmerüberlassung im Interesse einer Flexibilisierung in den letzten Jahrzehnten schrittweise erst deutlich ausgeweitet<sup>120</sup> und 2003<sup>121</sup> **gänzlich abgeschafft** hat.<sup>122</sup>

Daraufhin entstand in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft ein Richtungsstreit über die Deutung des Wortes „vorübergehend“ in der Leiharbeits-RL, der in Folge kurz dargestellt werden soll. Bei der zentralen Frage, ob das Merkmal „vorübergehend“ als gesetzliches Verbot aufzufassen ist, stehen sich **zwei Grundpositionen** gegenüber: Einerseits existiert die

---

<sup>116</sup> Schörghofer, ZAS 2012/61 336 (343).

<sup>117</sup> dBGBI I 2011/18 642; Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes: Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28. April 2011.

<sup>118</sup> Loriz in Brodil, Diener fremder Herren 28.

<sup>119</sup> BR-Drs 847/10 S 7.

<sup>120</sup> Steigerung der Überlassungshöchstdauer von 3 Monaten 1972 bis auf 24 Monate 2002; IAB-Kurzbericht 13/2014 2; abrufbar unter <http://doku.iab.de/kurzber/2014/kb1314.pdf>

<sup>121</sup> dBGBI I 2003/87 4618, Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt.

<sup>122</sup> Loriz in Brodil, Diener fremder Herren 28.

Auffassung, dass es sich letztlich im europäischen und deutschen Recht bei dem Erfordernis „vorübergehenden“ Einsatzes nur um einen **Programmsatz** handle, womit die Arbeitskräfteüberlassung weder einer sachlichen noch einer speziellen zeitlichen Begrenzung unterliege. Andererseits – und dabei handelt es sich um die wohl überwiegende Ansicht – wird davon ausgegangen, dass die Leiharbeits-RL und das deutsche Gesetz im Sinne **eines gesetzlichen Verbots** zu interpretieren sei. Allerdings gehen die Meinungen, unter welchen Voraussetzungen eine zulässige, bloß vorübergehende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, stark auseinander.<sup>123</sup> Abseits dieser beiden Ansichten zum (Nicht-)Verbot vorübergehender Arbeitskräfteüberlassung tritt die Meinung hinzu, dass nicht-vorübergehende Überlassungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind und ihre Regelung nur dem nationalen Gesetzgeber zukommt.<sup>124</sup>

Der deutsche Gesetzgeber verzichtete bis zum **1. April 2017** bewusst auf eine **konkrete zeitliche Grenze**. Auch das BAG legte sich nicht auf eine bestimmte Zeitangabe fest und stellte lediglich klar, dass durch den Begriff „vorübergehend“ eine zeitliche Begrenzung der Überlassung gesetzt wird. Eine fixierte Höchstgrenze wurde jedoch abgelehnt. Am 21. Februar 2017 wurde durch die Einführung des § 1 Abs 1b dAÜG<sup>125</sup> wieder eine **starre Höchstgrenze** von 18 Monaten eingeführt, wobei die Regelung nach überwiegender Ansicht mit der Leiharbeits-RL vereinbar ist.<sup>126</sup> Nunmehr darf der Verleiher denselben Leiharbeitnehmer nicht länger **als 18 aufeinanderfolgende Monate** demselben Entleiher überlassen. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen.

### 1.2.2.3 Judikatur des EuGH

Für die Beantwortung der Frage, ob die Leiharbeits-RL nicht-vorübergehende Leiharbeit verbiete, schaffen auch die bisherigen Aussagen des EuGH<sup>127</sup> keine Klarheit, wobei bei allen Urteilen zu bedenken ist, dass die Leiharbeits-RL **noch nicht explizit Gegenstand der Auslegung** durch den EuGH war, weshalb eine Rspr in jede Richtung möglich ist.<sup>128</sup> Nach

---

<sup>123</sup> Ausführlich dazu *Loriz in Brodil*, Diener fremder Herren 30.

<sup>124</sup> *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung – Langfristige Überlassung, Payrolling und die Abgrenzung vom Werkvertrag (2015) 82 mwN.

<sup>125</sup> dBGBI I 2017/8 258.

<sup>126</sup> *Petri*, Das Phänomen „Arbeitgeberzusammenschlüsse“ als Arbeitnehmerüberlassung – Reformvorschläge zum AÜG (2019) 141 f.

<sup>127</sup> Ausführliche Darstellung der Rechtsprechung siehe *Schörghofer*, Grenzfälle 90 ff.

<sup>128</sup> *Schörghofer*, Grenzfälle 101.

*Rebhahn/Schörghofer* ist nicht anzunehmen, dass der EuGH ein Verbot der nicht-vorübergehenden Arbeitskräfteüberlassung aus den Grundfreiheiten ableiten wird bzw kann.<sup>129</sup> Der Generalanwalt *Szpunar* äußerte in der Rechtssache *Työtuomioistuin*,<sup>130</sup> dass er die Aufrechterhaltung von Leiharbeitsbeziehungen über einen längeren Zeitraum, obwohl diese der Natur der Sache nach vorübergehend sein müssten, als **Indiz für einen Missbrauch** dieser Arbeitsform sieht.<sup>131</sup> Der EuGH hat jedoch in dieser Entscheidung dazu nicht Stellung genommen.

Auch in der Rechtssache *JH gegen KG*<sup>132</sup> konkretisierte der EuGH das Kriterium „vorübergehend“ iSd Leiharbeits-RL nicht.<sup>133</sup> Der EuGH bleibt in seiner Entscheidung kryptisch, klare zeitliche Hinweise sind daraus nicht zu entnehmen.<sup>134</sup> Führen jedoch aufeinanderfolgende Überlassungen desselben Leiharbeitnehmers bei demselben entleihenden Unternehmen zu einer Beschäftigungsdauer bei diesem Unternehmen, die länger ist, als vernünftigerweise als „vorübergehend“ betrachtet werden kann, könnte dies nach Ansicht des EuGH ein Hinweis auf einen missbräuchlichen Einsatz sein.<sup>135</sup>

Am 3. Juni 2020 reichte das deutsche Landesarbeitsgericht ein **Vorabentscheidungsersuchen** ein, um ua die Frage zu klären, ob die Überlassung eines Leiharbeitnehmers an ein entleihendes Unternehmen schon dann nicht mehr als „vorübergehend“ iSd Art 1 der Leiharbeits-RL anzusehen ist, wenn die Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz erfolgt, der dauerhaft vorhanden ist und nicht vertretungsweise besetzt wird. Weiters wurde die Frage behandelt, ob die Überlassung eines Leiharbeitnehmers unterhalb einer Zeitspanne von 55 Monaten als nicht mehr „vorübergehend“ iSd Art 1 der Leiharbeits-RL anzusehen ist.<sup>136</sup> Der EuGH hat nun die Möglichkeit, eine richtungsweisende Entscheidung zu treffen.

#### 1.2.2.4 Literatur in Österreich

Auch in Österreich gehen die Meinungen zur Leiharbeits-RL darüber auseinander, ob der Wortlaut des Art 1 Abs 3 für die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf vorübergehende Leiharbeit und damit gegen ein aus ihr abzuleitendes Verbot nicht-vorübergehender Leiharbeit

---

<sup>129</sup> *Rebhahn/Schörghofer* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht<sup>3</sup> 620 Rz 17 mwN.

<sup>130</sup> EuGH C-533/13, *Työtuomioistuin*, ECLI:EU:C:2015:173 DRdA 2016/1, 26 (*Schindler*).

<sup>131</sup> Schlussanträge GA *Szpunar* zu EuGH C-533/13 Rn 121, *Työtuomioistuin*, ECLI:EU:2014/2392.

<sup>132</sup> EuGH C-618/18, *JH gegen KG*, ECLI:EU:C:2019:1090.

<sup>133</sup> *Junker*, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2020, RIW 2021, 1 (10).

<sup>134</sup> EuGH C-618/18, *JH gegen KG*, ECLI:EU:C:2019:1090 DRdA 2021/25 283 (285).

<sup>135</sup> EuGH C-618/18, *JH gegen KG*, ECLI:EU:C:2019:1090 Rn 69.

<sup>136</sup> EuGH C-232/20, *Daimler* Vorabentscheidungsersuchen 03/06/2020 2.

spricht. In der österreichischen Literatur finden sich zum Verbot der nicht-vorübergehenden Überlassung durch die Richtlinie zwei Meinungen, die in den folgenden zwei Abschnitten erläutert werden.

#### 1.2.2.4.1 Verbot nicht-vorübergehender Überlassung

*Schörghofer*<sup>137</sup> kommt nach ausführlicher Analyse der Literatur und der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitskräfteüberlassung zu dem Ergebnis, dass eine Prognose, welcher Meinung der EUGH folgen wird, nur schwer möglich ist. Laut ihm ist die dem Wortlaut am ehesten entsprechende Lösung, die Ausnahme nicht-vorübergehender Überlassung aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie, die am wenigsten überzeugende. Er argumentiert, dass sich weder in der Leiharbeits-RL, noch in der Rspr des EuGH **Anhaltspunkte** dazu fänden, dass die **Schutzwürdigkeit mit zunehmender Überlassungsdauer abnimmt**. Dahingegen fände sich in der Rspr eher, wenn auch nur in Andeutungen, eine kritische Sicht hinsichtlich langandauernder Überlassung. Unter dem Gesichtspunkt der Formulierung des Art 5 Abs 5 der Leiharbeits-RL und der erhofften „Klebefunktion“ der Leiharbeit (Wechsel in die Stammebelegschaft, Art 6) kommt *Schörghofer* zu dem Ergebnis, dass die Richtlinie **eher für ein Verbot der nicht-vorübergehenden Überlassung spricht**.

#### 1.2.2.4.2 Erlaubtheit dauerhafter vorübergehender Überlassung

Hinsichtlich der vertretenen Auslegungsvarianten die Richtlinie verbiete „dauerhafte“ Überlassung bzw hätte nur für die vorübergehende und nicht für die dauerhafte Überlassung Geltung, hält *Schindler*<sup>138</sup> fest, dass beide Varianten offenkundig unzutreffend seien. Bezugnehmend auf Art 4 der Leiharbeits-RL, wonach Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit zu überprüfen sind und mit Hinweis auf die Dienstleistungsfreiheit geht *Schindler* davon aus, dass nicht angenommen werden kann, dass die dauerhafte Überlassung *en passant* verboten werden sollte. Nach *Schindler* wäre ein derart ungewöhnlicher Inhalt klar formuliert worden und lasse nicht auf die den Regelfall charakterisierende Beifügung des Wortes „vorübergehend“ schließen. Auch die Ausnahme dauerhafter Überlassung vom Anwendungsbereich der Richtlinie ist seiner Auffassung nach unplausibel. Eine Richtlinie, die ausdrücklich auf die Gleichbehandlung überlassener Arbeitskräfte abzielt, würde nicht ausgerechnet jenen den Schutz versagen, deren Gleichbehandlung aufgrund der dauerhaften Überlassung am meisten geboten ist. Daher ist für *Schindler* die von vornherein auf Dauer angelegte Überlassung von Arbeitskräften per se nicht

---

<sup>137</sup> *Schörghofer*, Grenzfälle 101 mwN.

<sup>138</sup> *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 31.

unzulässig, auch, da **auf dauernde Überlassungen umso mehr alle Regeln** anzuwenden seien, die auch für den Regelfall der vorübergehenden Überlassung gelten.

Nach *Baringer/Greiner*<sup>139</sup> sind Dauerüberlassungen vom Anwendungsbereich der Leiharbeits-RL erfasst. Wäre dies nicht der Fall und würde die Richtlinie nur auf vorübergehende Überlassungen anwendbar sein, hätte das zum Ergebnis, dass Dauerüberlassung unionsrechtlich unreguliert wären. Zwischen den Mitgliedsstaaten könne dadurch ein Unterbietungswettbewerb entstehen, welcher schwer mit dem Zweck der Richtlinie vereinbar wäre.

#### 1.2.2.5 Eigene Meinung

ME scheint die Argumentation *Schindlers* die naheliegendere, da, sollte ein Verbot der dauerhaften vorübergehenden Überlassung Ziel dieser Richtlinie sein, dies jedenfalls ausdrücklich in der Richtlinie formuliert worden wäre. Weiteres ist *Schindler* beizupflichten, dass es nicht nachvollziehbar wäre, warum genau jene Gruppe, die am schutzwürdigsten erscheint, von der Gleichbehandlung überlassener Arbeitskräfte nicht erfasst sein sollte. Daher kann man mE abschließend festhalten werden, dass der AGZ, trotz der dauerhaften Überlassung, **unter den Anwendungsbereich der Leiharbeits-RL fällt**. Wesentlich ist mE auch, dass der EuGH die Dauerhaftigkeit der Überlassung erst als problematisch ansieht, wenn diese zu einem Missbrauch der Beschäftigungsform führt. Da der AGZ aber eine Win-win-Situation für Arbeitgeber und Arbeitnehmer darstellt, fehlt es an dem geforderten missbräuchlichen Einsatz der Arbeitnehmer des AGZ in dessen Mitgliedsbetrieben. Zweck der Richtlinie ist mE, einer missbräuchlichen Verwendung von Arbeitskräfteüberlassung vorzubeugen und nicht einen eingeschränkten Anwendungsbereich zu definieren.

### 1.2.3 Die wirtschaftliche Tätigkeit eines AGZ iSd Leiharbeits-RL

#### 1.2.3.1 Problemstellung

Wie bereits erwähnt, gilt die Leiharbeits-RL gem Art 1 Abs 2 für öffentliche und private Unternehmen, bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen handelt, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht. Ein AGZ stellt seinen Mitgliedsbetrieben ohne jegliche Gewinnorientierung, lediglich kostendeckend, Personal zur Verfügung. So werden den Mitgliedsbetrieben vom AGZ ausschließlich die Personalkosten samt einem Aufschlag für die Verwaltung in Rechnung gestellt. Daher stellt sich die Frage, ob die kostendeckende Tätigkeit

---

<sup>139</sup> *Baringer/Greiner*, Die Dauerüberlassung in Form des Payrollings und § 2 Abs 4 AMFG – Beurteilung nach österreichischem Recht und Unionsrecht, ASoK 2021, 278 (281) mwN.

eines AGZ nun eine wirtschaftliche Tätigkeit mit dem nötigen Marktbezug iSd Leiharbeits-RL darstellt.

### 1.2.3.2 Judikatur zur wirtschaftlichen Tätigkeit

Zur Auslegung der Bezeichnung „wirtschaftliche Tätigkeit“ iSd Art 1 Abs 2 der Leiharbeits-RL verwies der EuGH in der Rechtssache „*Betriebsrat der Ruhrlandklinik*“<sup>140</sup> aus 2016 auf die stRspr<sup>141</sup> des Gerichtshofs, nach **der jede Tätigkeit**, die darin besteht, **Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten**, wirtschaftlichen Charakter hat. Allerdings sind Tätigkeiten in Ausübung **hoheitlicher Befugnisse** grundsätzlich nicht als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen, wobei Dienstleistungen, die im allgemeinen Interesse und ohne Erwerbszweck im Wettbewerb mit Dienstleistungen von Wirtschaftsteilnehmern, die einen Erwerbszweck verfolgen, erbracht werden, unter den Begriff „wirtschaftliche Tätigkeit“ fallen können.<sup>142</sup> Der OGH entschied hinsichtlich der Justizbetreuungsagentur – Anstalt öffentlichen Rechts – , die ausschließlich als Personaldienstleister der österreichischen Justiz tätig ist und im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz das Recruiting durchführt, Arbeitsverträge abschließt und diese nachfolgend an die Justiz überlässt, keine wirtschaftliche Tätigkeit iSd Leiharbeits-RL ausübt, da es sich hierbei um eine hoheitliche Tätigkeit handle.<sup>143</sup>

#### 1.2.3.2.1 Ist kostendeckende Arbeitskräfteüberlassung eine wirtschaftliche Tätigkeit?

In seiner Entscheidung in der Rechtssache „*Betriebsrat der Ruhrlandklinik*“ befasste sich der EuGH mit der Anbietung von Dienstleistungen einer Schwesternschaft auf dem Markt für die Überlassung von Pflegepersonal bei Einrichtungen der Krankheits- und Gesundheitspflege in Deutschland, für die nur eine Vergütung verlangt wurde, die die Personal- und Verwaltungskosten umfasst. Es sei aber laut EuGH **irrelevant**, dass die Schwesternschaft **keinen Erwerbszweck** verfolgt. Folglich ging der EuGH davon aus, dass ein Verein wie die Schwesternschaft, der an Einrichtungen der Krankheits- und Gesundheitspflege gegen eine Vergütung, auch wenn diese nur die Personal- und Verwaltungskosten umfasst, Pflegepersonal überlässt, eine wirtschaftliche Tätigkeit iSd Richtlinie ausübt.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> EuGH C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik* Rn 44, ECLI:EU:C:2016:883.

<sup>141</sup> So schon EuGH C-118/85, *Kommission/Italien* 7, ECLI:EU:C:1987:283.

<sup>142</sup> EuGH C-416/16, *Piscaretta Ricardo* Rn 34, ECLI:EU:C:2017:574.

<sup>143</sup> OGH 23.11.2020, 8 ObA 15/20v.

<sup>144</sup> EuGH C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik* Rn 45 ff, ECLI:EU:C:2016:883.

### 1.2.3.2.2 Tätigwerden auf einem bestimmten Markt

Wie eben dargestellt, ist nach stRspr des EuGH<sup>145</sup> als wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit zu verstehen, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. **Ausreichend dafür ist es, dass das Angebot mit dem Angebot von anderen Wirtschaftsteilnehmern konkurriert, die den gleichen Zweck verfolgen.**<sup>146</sup> Wird nun ein AGZ mit einem gewerblichen Arbeitskräfteüberlasser verglichen, so zeigt sich, dass beide dasselbe Angebot, nämlich das Zurverfügungstellen von Arbeitskräften zum Hauptziel haben. Im Gegensatz zum AGZ beschränkt sich gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung nicht auf die eigenen Mitgliedsbetriebe, verfolgt aber grundsätzlich den gleichen Zweck. Aus der Perspektive eines Unternehmens, das auf überlassenes Personal zurückgreifen möchte, kommen nun zwei Möglichkeiten in Frage: Einerseits hat es die Option, sich an einem AGZ zu beteiligen und nur die anfallenden Personal- und Verwaltungskosten zu bezahlen, oder andererseits jene, auf einen gewerblichen Arbeitskräfteüberlasser zurückzugreifen, bei welchem höhere Kosten für das benötigte Personal anfallen. Dieser Umstand zeigt, dass die beiden Angebote miteinander konkurrieren und das Unternehmen abwägen wird, welche Form der Zurverfügungstellung von Arbeitskräften es wählt. Das führt unweigerlich dazu, dass der AGZ in einem Konkurrenzverhältnis mit gewerblichen Arbeitskräfteüberlassern steht, da beide grundsätzlich den gleichen Zweck verfolgen und mit ihren unterschiedlichen Angeboten konkurrieren. Daher bietet mE ein AGZ seine Tätigkeit auf einen bestimmten Markt iSd Leiharbeits-RL an.<sup>147</sup>

### 1.2.4 Zusammenfassung

Die dauerhafte Überlassung von Arbeitskräften durch einen AGZ schadet der Anwendung der Leiharbeits-RL nicht. ME ist hier der Argumentation *Schindlers* zu folgen, wonach ein gewünschtes Verbot der dauerhaften Überlassung explizit in der Richtlinie festgehalten worden wäre. Auch scheint es umgekehrt nicht schlüssig, dass der Richtliniengeber dauerhaft überlassene Arbeitskräfte nicht unter den Anwendungsbereich der Richtlinie unterstellen wollte. Ziel der Leiharbeits-RL ist der Schutz von überlassenen Arbeitskräften, wobei sich mE keine Anhaltspunkte finden, nach denen dauerhaft überlassene Arbeitskräfte davon nicht erfasst sein sollten. Die Überlassungsdauer wird mE seitens des EuGH erst dann als problematisch

---

<sup>145</sup> EuGH C-118/85, *Kommission/Italien* 7, ECLI:EU:C:1987:283; EuGH C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, ECLI:EU:C:2016:883.

<sup>146</sup> *Leuchten*, Das neue Recht der Leiharbeit, NZA 2011, 608 (610) mit Verweis auf EuGH C-222/04, *Cassa die Risparmio di Firenze* Rn 123, ECLI:EU:C2006:8.

<sup>147</sup> Ähnlich auch *Petri*: Da die Mitgliedsbetriebe nicht an den AGZ als alleinigen Verleiher gebunden sind, sondern auch von Dritten Arbeitnehmer leihen können, tritt dieser in Konkurrenz mit anderen Anbietern; *Petri*, Das Phänomen „Arbeitgeberzusammenschlüsse“ 140.



angesehen, wenn diese zu einem missbräuchlichen Einsatz der überlassenen Arbeitskraft führt, was bei einem AGZ aber grundsätzlich auszuschließen ist.

Auch übt der AGZ eine wirtschaftliche Tätigkeit iSd Leiharbeits-RL aus. Nach stRspr des EuGH ist es für eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht erforderlich, einen Erwerbszweck zu verfolgen. Daher schadet es der Qualifikation des AGZ als wirtschaftliche Tätigkeit nicht, dass dieser nicht gewinnorientiert tätig wird. Auch der im Vorhinein bekannte Kreis an Mitgliedsbetrieben, an welche die Arbeitnehmer überlassen werden, ändert an der wirtschaftlichen Tätigkeit des AGZ nichts. Da der AGZ denselben Zweck verfolgt, wie auch „gewinnorientierte“ Arbeitskräfteüberlasser, steht der AGZ in einer Konkurrenz zu diesen und erfüllt daher das Erfordernis des von der Richtlinie geforderten Marktbezuges.

## **2 Der AGZ und der Geltungsbereich des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes**

Im folgenden Abschnitt soll neben einer kurzen, überblicksartigen Darstellung der historischen Entwicklung und allgemeinen Ausführungen zur Arbeitskräfteüberlassung geprüft werden, ob ein AGZ unter den Geltungsbereich des AÜG fällt. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die langfristige Überlassung im AGZ gelegt und mögliche Ausnahmetatbestände vom AÜG geprüft.

### **2.1 Einleitung – historische Entwicklung der Arbeitskräfteüberlassung in Österreich**

Als Ursprungsland der kommerziellen Arbeitskräfteüberlassung gelten die USA. Die 1948 in den USA gegründete Firma *Manpower*<sup>148</sup> soll das erste Unternehmen gewesen sein, welches ausschließlich und gewerbsmäßig Arbeitskräfteüberlassung betrieb. Die ersten Gründungen von Arbeitskräfteüberlassungsfirmen in Europa fanden ein Jahrzehnt später statt – 1958 durch *Aida-Interim* in der Schweiz und 1960 durch *Randstad* in den Niederlanden. Auch in Österreich dürften zur gleichen Zeit die ersten Überlassungsunternehmen gegründet worden sein.<sup>149</sup> In den 1970er Jahren veränderte sich die Arbeitskräfteüberlassung vermehrt in die Richtung, dass

---

<sup>148</sup> Die Rechtsanwälte *Elmer L. Winter* und *Aaron Scheinfeld* erfanden das Modell der Zeitarbeit, da aufgrund einer erkrankten Sekretärin kein Kaffee mehr vorhanden war und die Post liegen blieb. (*Ein Unternehmen schreibt Geschichte*, [https://www.manpowergroup.de/fileadmin/manpower.de/Neuigkeiten/Arbeitsmarktbarometer/Fact\\_sheets/Factsheets\\_kunden/MP\\_Fact-Sheet\\_Historie.pdf](https://www.manpowergroup.de/fileadmin/manpower.de/Neuigkeiten/Arbeitsmarktbarometer/Fact_sheets/Factsheets_kunden/MP_Fact-Sheet_Historie.pdf) abgefragt am 27.1.2020).

<sup>149</sup> *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1978) 30 f.

nicht nur die kurzfristige „Entleihung“, sondern eine „Verleihung“ der Arbeitnehmer stattfand.<sup>150</sup>

Vor allem die Arbeitnehmervertretung sah bei dieser Beschäftigungsform ohne gezielte Gegensteuerung negative Konsequenzen. Nach dieser entziehe sich der jeweilige Beschäftiger der überlassenen Arbeitskraft der Arbeitgeberpflichten, die dem persönlichen Schutz<sup>151</sup> des Arbeitnehmers dienen sollen, bzw fallen jene Pflichten, die aufgrund der menschlichen Komponente des Arbeitsverhältnisses bestehen, wie zB Krankengeldfortzahlung oder Urlaubsanspruch, beim Beschäftiger weg. Somit könne ein Beschäftiger **menschliche Arbeit wie einen sonstigen Produktionsfaktor ohne Rücksicht auf humane Aspekte einplanen**.<sup>152</sup> Die Gefahr der Übervorteilung der überlassenen Arbeitskräfte bestehe, da die Überlasser, um Gewinne zu erzielen und gegenüber der Konkurrenz zu bestehen, diese Humankosten im Gegensatz zur Gewinnmarge gering halten wollen. Schlussendlich stehen der überlassenen Arbeitskraft faktisch zwei wirtschaftlich stärkere Arbeitgeber gegenüber. Diese Auffassung führte dazu, dass die Arbeitnehmervertretungen, aber auch die staatliche Verwaltung, aufgrund dieser negativen Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung über viele Jahre hinweg für legislative und verwaltungstechnische Maßnahmen eintrat, um diese Arbeitsform gänzlich zu unterbinden.<sup>153</sup>

### 2.1.1 Forderung nach dem Verbot von Arbeitskräfteüberlassung

Es fanden sich zahlreiche Bestimmungen in Arbeitsverträgen, die der Arbeitskraft, aber auch dem Beschäftiger untersagten, innerhalb einer bestimmten Zeit nach Ausscheiden beim Überlasser ein Arbeitsverhältnis einzugehen (sog „Einstellungsverbote“<sup>154</sup>). So lautete eine derartige Bestimmung in einem Arbeitsvertrag bspw: *„Es ist ihr/ihm [Arbeitskraft] nicht gestattet, innerhalb eines halben Jahres ab Beendigung des Dienstverhältnisses mit uns ein Dienstverhältnis mit einem unserer Auftraggeber (Beschäftiger) einzugehen. Für den Fall der Verletzung dieser Bestimmung ist eine Konventionalstrafe von S 3000,- vereinbart.“*<sup>155</sup>

Zusätzlich erwies sich die Abdingbarkeit des § 1155 ABGB als problematisch. Die Bestimmung sicherte dem Arbeitnehmer, wenn er an der Dienstleitung aus Umständen, die auf der Seite des Arbeitgebers liegen, verhindert war, einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Dies

---

<sup>150</sup> Kühnteubl in Brodil, Diener fremder Herren 3.

<sup>151</sup> Entgeltsschutz, Arbeitsschutz oder persönlicher Arbeitsschutz.

<sup>152</sup> Sacherer/Schwarz in Sacherer/Schwarz, Arbeitskräfteüberlassung<sup>2</sup> (2006) Einleitung 15.

<sup>153</sup> Sacherer/Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> Einleitung 15.

<sup>154</sup> Einstellungsverbote stellen keine Sittenwidrigkeit dar; OGH 4 Ob 127/84 DRdA 1988, 36 (Geppert) = Arb 10.531.

<sup>155</sup> Geppert, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsverhältnis 123.

hatte zur Folge, dass für „Stehzeiten“ zwischen zwei Überlassungen für diese Zeit die Zahlung des Entgelts abbedungen werden konnte.<sup>156</sup>

Der erste Vorstoß, um **den zunehmenden Missbrauch** einzudämmen, fand im Jahre 1969 im Arbeitsmarktförderungsgesetz<sup>157</sup> statt. Durch den damaligen § 9 Abs 4 AMFG sollte ausdrücklich die Umgehung der Vermittlungsvorschriften durch „Zurverfügungstellung von Arbeitskräften“ unterbunden werden, wie auch aus den ErläutRV<sup>158</sup> ersichtlich. Eine weitere Einschränkung brachte das im Jahr 1975 beschlossene Ausländerbeschäftigungsgesetz<sup>159</sup>, nach dem die Zurverfügungstellung von Ausländern an Dritte nicht als Beschäftigung im eigenen Betrieb gilt und insofern zu untersagen ist, als dem Überlasser dafür keine Beschäftigungsbewilligung erteilt wird.<sup>160</sup>

Auch wenn diese Änderungen zwar punktuell für den Fall der Überlassung der Arbeitskraft an einen Dritten zutrafen, waren sie jedoch nicht geeignet, der überlassenen Arbeitskraft den **erforderlichen arbeits- und sozialrechtlichen Schutz** zu bieten. Auch den in der Praxis auftretenden Problemen insb bei Entlohnung und Verschiebung des Arbeitgeberrisikos konnte nicht entgegengetreten werden.<sup>161</sup> Aus diesem Grund wurde sowohl von den ÖGB-Bundeskongressen in den Jahren 1975, 1979 und 1983 als auch mehrfach vom Arbeiterkammertag ein Verbot von Arbeitskräfteüberlassung gefordert.<sup>162</sup>

Bis zum Inkrafttreten des AÜG blieb der Rechtsprechung nur der Rückgriff auf die genannten Normen sowie auf die allgemeine Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB, um die Grenzen der Vertragsfreiheit für Beschäftigte im Rahmen von Arbeitskräfteüberlassung zu ziehen.<sup>163</sup> Erst 1987 entschied der OGH<sup>164</sup>, dass die Abbedingung des § 1155 ABGB für die Arbeitskräfteüberlassung **nicht zulässig** sei. Vereinbarung der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer nämlich, dass seine Entgeltpflicht bei aufrechtem Arbeitsverhältnis auf jene Zeiten beschränkt ist, in denen der Arbeitnehmer im Betrieb des Beschäftigers arbeitet, trägt der überlassene Arbeitgeber nicht mehr das ihm durch § 9 Abs 4 AMFG auferlegte wirtschaftliche Wagnis.<sup>165</sup>

---

<sup>156</sup> Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 6.

<sup>157</sup> Arbeitsmarktförderungsgesetz 1969/31.

<sup>158</sup> ErläutRV 983 BlgNR 11. GP 19.

<sup>159</sup> Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBl. 1975/218.

<sup>160</sup> Sacherer/Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> Einleitung 17.

<sup>161</sup> Schrattbauer, Arbeitskräfteüberlassung - Chance oder Risiko für Problemgruppen des Arbeitsmarktes? (2015) 24 f mwN.

<sup>162</sup> Sacherer/Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> Einleitung 17.

<sup>163</sup> Schrattbauer, Arbeitskräfteüberlassung 24 mwN.

<sup>164</sup> OGH 14 Ob 224/86 Arb 10.603.

<sup>165</sup> RIS-Justiz RS0029440.

### 2.1.2 Forderung nach gesetzlicher Reglementierung der Arbeitskräfteüberlassung

Als letzte umsetzbare Chance für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen bei der Arbeitskräfteüberlassung wurde vermehrt eine gesetzliche Reglementierung gesehen. Schlussendlich stimmte der ÖGB im Februar 1986 ebenso wie der Arbeiterkammertag grundsätzlich einem Entwurf des Sozialministeriums zu, nach dem die Arbeitskräfteüberlassung nicht generell verboten werden sollte.<sup>166</sup>

Die Überlassungsunternehmen sollten an eine Konzession gebunden werden und weiters strenge arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften zugunsten der überlassenen Arbeitskräfte erlassen werden. Sollte aber nach Erlassung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes die Erfahrungen zeigen, dass dieser Weg unwirksam war, würden die Interessenvertretungen auf ihre Forderung nach einem **Verbot zurückgreifen**. Im November 1987 kam es zwischen den Sozialpartnern zu einer Einigung, woraufhin dem Parlament eine Regierungsvorlage übermittelt wurde. Am 23. März 1988 wurde das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz beschlossen und trat mit 1. Juli 1988 in Kraft.<sup>167</sup> Das AÜG fällt daher in die Kategorie der sog. „*Sozialpartnergesetze*“. Die Grundlage der Beschlussfassung des Gesetzgebers stellt eine Einigung der Interessenvertretungen über die Grundzüge der zu treffenden gesetzlichen Regelung dar.<sup>168</sup>

## 2.2 Begriffsdefinitionen und Vertragsverhältnisse im AÜG

Um unter den Anwendungsbereich des AÜG zu fallen, muss eine Arbeitskräfteüberlassung iSd Gesetzes vorliegen. Ob eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist in Zusammenschau des § 1 Abs 1 sowie § 3 Abs 1 und 2 AÜG zu beurteilen. § 1 Abs 1 AÜG spricht von „*Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden*“. Eine Wiederholung bzw begriffliche Definition findet sich wiederum in § 3 Abs 1 AÜG, in dem die Überlassung von Arbeitskräften als „*die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte*“ beschrieben wird. Abs 2 leg cit dient der Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung zur Arbeitsvermittlung und schränkt die Arbeitskräfteüberlassung dahingehend ein, dass diese nur vorliegt, wenn der Überlasser die Arbeitskräfte „*zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet*“.<sup>169</sup> Daher lässt sich nach der **Kurzformel** von Tomandl<sup>170</sup> festhalten, dass Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vorliegt, wenn **ein Betriebsinhaber Arbeitnehmer oder**

---

<sup>166</sup> Sacherer/Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> Einleitung 19.

<sup>167</sup> Sacherer/Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> Einleitung 19.

<sup>168</sup> Uhlenhut, Arbeitskräfteüberlassung und Sozialversicherung, SozSi 1988, 518.

<sup>169</sup> Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 13.

<sup>170</sup> Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 13.

**arbeitnehmerähnliche Personen in seinem Betrieb für betriebseigene Aufgaben einsetzt, die sich zu dieser Arbeitsleistung einem anderen gegenüber vertraglich verpflichtet haben.**

### **2.2.1 Arbeitskräfteüberlassung als Dreipersonenverhältnis**

Aus der Begriffsdefinition des AÜG folgt, dass an einer Arbeitskräfteüberlassung **zumindest drei Personen** beteiligt sind. Die Arbeitskräfteüberlassung ist daher eine besondere Form des sog drittbezogenen Personaleinsatzes, wobei das AÜG die an einer Überlassung beteiligten Personen als „Überlasser“, „Beschäftigter“ und „Arbeitskräfte“ bezeichnet.<sup>171</sup>

#### **2.2.1.1 Überlasser (§ 3 Abs 2 AÜG)**

Als Überlasser wird derjenige bezeichnet, der Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet und daher **vertraglicher Arbeitgeber** oder Auftraggeber der Arbeitskräfte ist. Essenzieller Bestandteil eines die Überlassereigenschaft begründenden Vertrags ist daher, dass eine Verpflichtung zur Dienstleistung an Dritte besteht.<sup>172</sup> Der Überlasser bleibt auch während der Überlassung Arbeitgeber im arbeitsrechtlichen Sinn, nur einzelne Arbeitgeberpflichten treffen auch den Beschäftigter (insb gem §§ 5-7 AÜG).<sup>173</sup>

#### **2.2.1.2 Beschäftigter (§ 3 Abs 3 AÜG)**

Der Beschäftigter steht in einem Vertragsverhältnis zum Überlasser und nimmt die Arbeitsleistung der überlassenen Arbeitskraft zwar faktisch entgegen, ist aber nicht Arbeitgeber der Arbeitskraft. Zwischen Beschäftigter und überlassener Arbeitskraft bestehen grundsätzlich keine vertraglichen Verpflichtungen.<sup>174</sup>

#### **2.2.1.3 (Überlassene) Arbeitskräfte (§ 3 Abs 4 AÜG)**

Arbeitskräfte sind Personen, die die Arbeitsleistung beim Beschäftigter erbringen, also vom Überlasser an diesen zur Verfügung gestellt werden, obwohl zwischen Beschäftigter und Arbeitskraft typischerweise **kein Arbeitsvertrag** besteht. § 3 Abs 4 AÜG versteht unter „Arbeitskräfte“ sowohl Arbeitnehmer als auch arbeitnehmerähnliche Personen. Ob Arbeitnehmereigenschaft vorliegt, ist iSd § 1151 ABGB zu beurteilen, also danach, ob sich

---

<sup>171</sup> Sacherer in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> 113 f.

<sup>172</sup> Sacherer in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> 119.

<sup>173</sup> Schindler in Neumayr/Reissner (Hrsg) Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2018) § 3 AÜG Rz 7.

<sup>174</sup> Schindler in ZellKomm<sup>3</sup> § 3 AÜG Rz 9 ff.

jemand vertraglich zur persönlichen Leistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.<sup>175</sup>

Arbeitnehmerähnliche Personen sind mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitnehmer, werden aber kraft ausdrücklicher Geltungsbereichserstreckung in den Schutzbereich mancher arbeitsrechtlicher Gesetze einbezogen (zB GIBG<sup>176</sup>, ASGG<sup>177</sup>, DHG<sup>178</sup> oder eben auch dem AÜG). Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die zwar vertraglich als Selbständige zu qualifizieren sind (es besteht kein Arbeitsvertrag, sondern zB ein Werk- oder freier Dienstvertrag), die aber wirtschaftlich unselbständig bzw vom Vertragspartner wirtschaftlich abhängig sind und sich daher in einer ähnlichen wirtschaftlichen Situation befinden wie Arbeitnehmer.<sup>179</sup>

### 2.2.2 Die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten

Der Überlasser muss einen Vertrag mit der Arbeitskraft abschließen, die zur Überlassung vorgesehen ist. Wird ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, wird der Überlasser Arbeitgeber, weshalb auf diesen Vertrag das **Arbeitsvertragsrecht** Anwendung findet. Mangels Arbeitnehmereigenschaft muss für arbeitnehmerähnliche Personen ein anderer Vertragstyp gewählt werden, der die Verpflichtung enthalten muss, im Auftrag ihres Vertragspartners persönlich Dienstleistungen zu erbringen (zB Werk-, Auftrags- oder freier Dienstvertrag).<sup>180</sup> Daher verpflichtet sich die überlassene Arbeitskraft per Vertrag, dass die Bereitschaft zur Erbringung von Arbeitsleistungen im Betrieb des Beschäftigers besteht. Dabei darf die überlassene Arbeitskraft grundsätzlich nicht schlechter gestellt werden als beim Überlasser und muss dem Beschäftiger nur innerhalb der im Vertrag mit dem Überlasser übernommenen Verpflichtungen zur Verfügung stehen. Um die überlassene Arbeitskraft im Beschäftigerbetrieb einsetzen zu können, müssen dem Beschäftiger vom Überlasser die Weisungsrechte delegiert werden. Eine derartige **Weisungsdelegation** bedarf der ausdrücklichen Zustimmung der überlassenen Arbeitskraft (§ 2 Abs 2 AÜG). Der Beschäftiger benötigt gegenüber der Arbeitskraft eine Vollmacht (Außenverhältnis), da er imstande sein muss, Willenserklärungen mit unmittelbarer Wirkung für den Überlasser als Arbeitgeber abzugeben. Zusätzlich muss die

---

<sup>175</sup> Sacherer in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> 114.

<sup>176</sup> Gleichbehandlungsgesetz 2004/66.

<sup>177</sup> Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz 1985/104.

<sup>178</sup> Dienstnehmerhaftpflichtgesetz 1965/80.

<sup>179</sup> Kietzabl, Arbeitsrecht I<sup>10</sup> (2017) 39.

<sup>180</sup> Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 24.

überlassene Arbeitskraft erkennen, wie weit die Vollmacht des Beschäftigers reicht (Innenverhältnis).<sup>181</sup>

Charakteristisch für die Überlassung ist laut OGH<sup>182</sup>, „[...] daß die Arbeitskraft ihre Arbeitsleistung nicht im Betrieb ihres Arbeitgebers (Überlassers), sondern in Unterordnung unter deren Weisungsbefugnis in den Betrieben des Beschäftiger erbringt [...]. Während die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen der Arbeitskraft und dem Überlasser im Arbeitsvertrag geregelt sind, beruht die schuldrechtliche Verbindung zwischen Überlasser und Beschäftiger auf dem Überlassungsvertrag (Dienstverschaffungsvertrag); eine vertragliche Regelung zwischen dem Beschäftiger und der Arbeitskraft besteht im Allgemeinen nicht [...]. Ausgehend von der Arbeitgeberrolle des Überlassers trifft diesen auch die Pflicht zur Entgeltzahlung.“

### **2.3 Anwendung des AÜG auf den AGZ**

Grundsätzlich gilt gem § 1 Abs 1 AÜG dieses für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden. Der Hauptzweck eines AGZ ist die Beschäftigung von Arbeitskräften, die dann, sei es für einzelne Tage in der Woche oder für einige Stunden am Tag, jedoch langfristig an seine Mitgliedsbetriebe, also an Dritte überlassen werden. Hierfür schließen Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag direkt mit dem AGZ ab. Aus diesem Arbeitsvertrag geht für die Arbeitnehmer hervor, wann und wo sie ihre Arbeitsleistung bei einem Mitgliedsbetrieb erbringen sollen. Dieser Mitgliedsbetrieb steht aber in keinem Vertragsverhältnis zur überlassenen Arbeitskraft. Der Mitgliedsbetrieb nimmt die Arbeitsleistung nur faktisch entgegen. Die schuldrechtliche Verbindung zwischen AGZ und Mitgliedsbetrieb besteht in Bezug auf die zu überlassenden Arbeitskräfte dahingehend, dass der Mitgliedsbetrieb dem AGZ seinen Personalbedarf bekannt gibt und dieser AGZ sich verpflichtet, dem Mitgliedsbetrieb die dafür notwendige Arbeitsleistung von Arbeitskräften zur Verfügung zu stellen. **Prima facie liegt daher im AGZ Arbeitskräfteüberlassung iSd Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes gem § 1 Abs 1 iVm § 3 AÜG vor.**

#### **2.3.1 Zulässigkeit der langfristigen Überlassung im AGZ**

##### **2.3.1.1 Problemstellung**

Grundsätzlich liegt durch einen AGZ eine Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vor. Im Weiteren soll nun erörtert werden, ob das AÜG auch auf eine langfristige Überlassung von

---

<sup>181</sup> Pirker, Ausgewählte betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung (2017) 33 f mwN.

<sup>182</sup> OGH 9 ObA 602/90 SZ 63/173 = ZAS 1991,24 (Andexlinger) = SZ 63/173 = Arb 10.896.

Arbeitskräften, wie im AGZ vorgesehen, anwendbar ist bzw ob der österreichische Gesetzgeber eine derartige, langfristige Überlassung generell verbieten wollte und die Überlassung im AGZ daher rechtswidrig wäre.

### 2.3.1.2 Forschungsstand

Der österreichische Gesetzgeber normierte auch bei der Umsetzung der Leiharbeits-RL durch die Novelle 2012 des AÜG keine zeitliche Begrenzung der Arbeitskräfteüberlassung. Eingeführt wurde aber mit § 10 Abs 1a AÜG, dass, wenn ein Arbeitnehmer mehr als vier Jahre einem Beschäftiger überlassen wurde, dieser ab dem fünften Beschäftigungsjahr in die Pensionskasse des Beschäftigers einbezogen werden muss. Der OGH nahm in drei Erkenntnissen<sup>183</sup> zur langfristigen Arbeitskräfteüberlassung Stellung, wobei sich aus der Rechtsprechung des OGH **nur schwer allgemeine Schlüsse** ziehen lassen. *Kühteubl*<sup>184</sup> geht aber bei einer auf Dauer beabsichtigten Arbeitskräfteüberlassung aufgrund der OGH-Erkenntnisse von einer Zulässigkeit auch dann aus, wenn dabei eine Umgehungsabsicht offensichtlich ist. *Schörghofer*<sup>185</sup> argumentiert hingegen aus der Perspektive der Schutzzwecke des AÜG, dass diese eher einer Regulierung der Maximaldauer der Arbeitskräfteüberlassung entsprechen würde. Aufgrund der Rechtsprechung erkennt *Schörghofer* zwar durchaus einen Ansatz zur Regulierung, wobei der Gedanke allerdings nicht vom Gesetzgeber aufgegriffen wurde, und schließt in Hinblick auf langfristige Überlassung eine planwidrige Lücke des österreichischen Gesetzgebers wegen § 10 Abs 1a AÜG aus. Auch *Gleißner*<sup>186</sup> sieht **kein Verbot** der langfristigen Überlassung, da sonst der mit 1. Jänner 2014 eingeführte § 10 Abs 1a AÜG entbehrlich wäre, wenn der Gesetzgeber nur von vorübergehender Überlassung ausging oder bei nicht vorübergehenden ein Dienstverhältnis zum Beschäftiger unterstellen würde.

*Schindler*<sup>187</sup> meint sowohl für die europäische als auch die nationale Regelung, dass auch die von vornherein auf Dauer angelegte Überlassung von Arbeitskräften nicht per se unzulässig sei. Es bestehe aber der Verdacht, dass hierbei ein Arbeitsverhältnis zum Beschäftiger verschleiert werden soll. Selbstverständlich seien auf solche langfristigen Überlassungen umso mehr alle Regeln anzuwenden, die auch für den Regelfall der vorübergehenden Überlassung gelten.

---

<sup>183</sup> OGH 9 ObA 113/03p ecollex 2004, 465 (*Risak*) = DRdA 2004/47, 553 (*Balla*) = SZ 2003/156 = Arb 12.386; OGH 8 ObA 108/06z RdW 2008/556, 592 (*Körber-Risak*) = ZAS 2008/10, 77 (*Gerlach*) = Arb 12.674 = HS 38.573 = HS 38.629; OGH 9 ObA 158/07m DRdA 2010/42, 417 (*Wagnest*) = ZAS 2011/6, 35 (*Niksova*) = Arb 12.784 = HS 39.363 = HS 39.363 = HS 39.454 = HS 39.460.

<sup>184</sup> *Kühteubl* in *Brodil*, Diener fremder Herren 20.

<sup>185</sup> *Schörghofer*, Grenzfälle 40.

<sup>186</sup> *Gleißner* in *Brodil*, Diener fremder Herren 106.

<sup>187</sup> *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung 32.



### **2.3.1.3 Die Schutzzwecke des AÜG im Spannungsverhältnis der langfristigen Überlassung im AGZ**

#### **2.3.1.3.1 Die Schutzzwecke des AÜG**

Grundsätzlich ergeben sich die Ziele eines Gesetzes aus der Zusammenschau des Inhaltes der einzelnen Normen unter Berücksichtigung der dazu ergangenen Materialien. Das AÜG weicht jedoch davon ab und normiert in § 2 ausdrücklich, welche Zwecke das Gesetz erreichen möchte, um die besondere Bedeutung hervorzuheben.<sup>188</sup> Dabei handelt es sich einerseits um den **Schutz der überlassenen Arbeitskraft** und andererseits um die **Vermeidung arbeitsmarktpolitischer<sup>189</sup> nachteiliger Entwicklungen.<sup>190</sup> So ergeben sich aus § 2 Abs 1 AÜG zwar keine unmittelbaren normativen Anordnungen, wohl aber aus den Abs 2 und 3 leg cit.<sup>191</sup>**

Unter isolierter Betrachtung der im AÜG ausdrücklich angeführten Schutzzwecke des AÜG kommt *Schörghofer*<sup>192</sup> zu dem Ergebnis, dass eine Regulierung langfristiger Überlassung allen Schutzzwecken entspricht und führt dazu summarisch aus: Eine Regulierung der Überlassungsdauer würde dem Schutz der überlassenen Arbeitskraft dahingehend gerecht, dass die Möglichkeit, in die Stammebelegschaft des Beschäftigterbetriebs wechseln zu können, besteht. Auch die Stammebelegschaft würde durch eine Regulierung geschützt, da das AÜG eine „Billigkonkurrenz“ verhindern will, die durch eine langfristige Überlassung indiziert wird. Schlussendlich würde auch der Arbeitsmarkt geschützt, da eine langandauernde Überlassung nicht die der Arbeitskräfteüberlassung zugedachte Funktion<sup>193</sup> erfüllt.

Zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zwischen überlassenen Arbeitskräften und der Stammebelegschaft sieht auch die Leiharbeits-RL ua in Art 5 Abs 5 vor, dass die Mitgliedstaaten innerstaatlich erforderliche Maßnahmen ergreifen, um eine missbräuchliche Anwendung des Art 5 sowie insbesondere aufeinanderfolgende Überlassungen die zur Umgehung der Bestimmung der Leiharbeits-RL dienen, zu verhindern.

#### **2.3.1.3.2 Die Schutzzwecke des AÜG aus dem Blickwinkel des AGZ**

Im Vergleich zur „bekanntem“ Arbeitskräfteüberlassung stellen die langfristige Überlassung und die Kombination mehrerer Teilzeitbeschäftigungen zu einer Vollzeitbeschäftigung im AGZ eine atypische Arbeitskräfteüberlassung dar. ME ergibt sich daher bzgl des Schutzzweckes der

---

<sup>188</sup> ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 16.

<sup>189</sup> Schutz der Stammebelegschaft sowie des Arbeitsmarktes.

<sup>190</sup> *Tomandl*, AÜG<sup>3</sup> 49.

<sup>191</sup> *Schindler* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 2 AÜG Rz 1.

<sup>192</sup> *Schörghofer*, *Grenzfälle* 29.

<sup>193</sup> Ua Abdeckung von Auftragsspitzen, Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt.

überlassenen Arbeitskraft, dass der Arbeitnehmer im AGZ zwar nicht in die Stammebelegschaft übernommen wird, dies in einem AGZ jedoch durchaus **im Interesse des Arbeitnehmers** liegen kann bzw wird. Ist ein Arbeitnehmer bei mehreren unterschiedlichen Arbeitgebern teilzeitbeschäftigt, obliegt es den Arbeitnehmer sich ua die unterschiedlichen Teilzeitarbeiten so zu koordinieren, dass Überschneidungen vermieden werden. Auch ein Erholungsurlaub muss mit allen Arbeitgebern vereinbart werden und nicht nur, wie im AGZ, mit grundsätzlich einem Arbeitgeber. Daher scheint hier die langfristige Kombination mehrerer Teilzeitbeschäftigungen zu einer Vollzeitbeschäftigung **keinen Nachteil für die überlassene Arbeitskraft** im AGZ darzustellen. Auch eine Gefahr für die Stammebelegschaft ist durch den AGZ mE nicht gegeben. Eine Gefahr der Verdrängung des Stammpersonals aus Kostengründen durch vielfach billigere, überlassene Arbeitskräfte oder mangelnde Aufstiegschancen wegen mangelnder Integration in die Beschäftigterbetriebe, wie es die Materialien ausführen, scheint nicht gegeben. Eben durch im Vorhinein geplante langfristige Überlassung in den Mitgliedsbetrieb findet eine **Integration in den Beschäftigterbetrieb** statt, der AGZ-Arbeitnehmer soll schließlich wie ein Teil der Stammebelegschaft, der einer Teilzeitbeschäftigung nachkommt, behandelt werden.

Aus arbeitsmarktpolitischer Sicht zeigt sich, dass der AGZ durchaus Potenzial hat, Arbeitsplätze zu schaffen,<sup>194</sup> und dadurch positive Effekte auf den Arbeitsmarkt hat. Sollten sich jedoch negative arbeitsmarktpolitische Folgen ergeben, so hat der Gesetzgeber mit § 15 AÜG die Möglichkeit geschaffen, **mittels Verordnung** entweder die Anzahl oder die Dauer der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte einzuschränken. Aus den Materialien geht hervor, dass der Gesetzgeber damit eine Möglichkeit eröffnen wollte, auf zum Zeitpunkt der Verabschiedung des AÜG noch nicht genau abschätzbare, nachteilige arbeitsmarktpolitische Entwicklungen der Arbeitskräfteüberlassung, insb in einzelnen Teilbereichen, angemessen zu reagieren. Sollten sich daher nachteilige Effekte durch die langfristige Überlassung im AGZ auf den Arbeitsmarkt ergeben, kann mittels Verordnung eine Überlassungshöchstdauer festgelegt werden.<sup>195</sup>

#### **2.3.1.4 Zwischenergebnis**

Als Zwischenerkenntnis kann festgehalten werden, dass durch einen AGZ Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vorliegt. Wie im Schrifttum überwiegend vertreten, wollte der österreichische Gesetzgeber eine langfristige Überlassung nicht verbieten. Daher stellt die dauerhafte Überlassung im AGZ keinen rechtlichen Hinderungsgrund für die Gründung dar.

---

<sup>194</sup> Dazu siehe Teil A, Abschnitt 2.1.

<sup>195</sup> ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 21.

Weiters widerspricht die langfristige Überlassung im AGZ auch nicht dem Schutzzweck des AÜG.<sup>196</sup> Die langfristige Überlassung durch einen AGZ stellt auch keinen missbräuchlichen Einsatz iSd Leiharbeits-RL in den Mitgliedsbetrieben dar, da die Kombination aus mehreren Teilzeitbeschäftigungen zu einem Vollzeitarbeitsverhältnis keinen Nachteil für die überlassene Arbeitskraft durch den AGZ mit sich bringt.

### 2.3.2 Ausnahme des AGZ vom Geltungsbereich der Abschnitte II bis V AÜG

In einem weiteren Schritt soll nun geprüft werden, ob auf einen AGZ eine der beiden Ausnahmen des § 1 Abs 2 AÜG, Überlassung durch Gebietskörperschaften bzw Überlassung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitskräften, hinsichtlich der Abschnitte II bis V AÜG Anwendung finden.

#### 2.3.2.1 Überlassung durch Gebietskörperschaften (§ 1 Abs 2 Z 1 AÜG)

Der Gesetzgeber spricht von „*Überlassung von Arbeitskräften durch den Bund, ein Land eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband*“. Dabei ist die Überlassung **durch privatisierte Betriebe der öffentlichen Hand nicht erfasst**. Es handelt sich um Betriebe, die zwar im alleinigen oder überwiegenden Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen, aber im Rahmen eines Unternehmens des Privatrechts geführt werden.<sup>197</sup> Diese Ausnahme war kompetenzrechtlich geboten, da Regelungen über das Beschäftigungsverhältnis von Arbeitnehmern der Gebietskörperschaften unter den Kompetenztatbestand „Dienstrecht“ der Bundesverfassung fallen, für den der Bund nur teilweise regelungsbefugt ist (Art 21 B-VG).<sup>198</sup> Daher fällt die Überlassung von Beamten nicht unter den Geltungsbereich des AÜG.<sup>199</sup>

Bis zur Novelle 2005<sup>200</sup> des AÜG war die Überlassung von Arbeitskräften durch oder an den Bund, Länder, eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband von Teilbereichen des AÜG ausgenommen.<sup>201</sup> Durch einen Abänderungsantrag im Ausschuss für Arbeit und Soziales<sup>202</sup> wurde mit der knappen Begründung, eine Lücke zu schließen, die Wortreihenfolge „oder an den“ aus dem Gesetzestext gestrichen.<sup>203</sup>

---

<sup>196</sup> Zu den Rechtsfolgen der langfristigen Überlassung im AGZ siehe Teil D, Abschnitt 2.3.

<sup>197</sup> Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 58.

<sup>198</sup> Schindler in ZellKomm<sup>3</sup> § 1 AÜG Rz 7.

<sup>199</sup> Sacherer in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> 64.

<sup>200</sup> BGBl 2005/104.

<sup>201</sup> Dazu Schima, Arbeitskräfteüberlassung an und durch Gebietskörperschaften – Rechtliche Aspekte der Privatisierung durch Ausgliederung, RdW 1994, 209.

<sup>202</sup> AB 1012 BlgNR 22. GP 2.

<sup>203</sup> Zur Anwendung des AÜG im öffentlichen Sektor siehe Mazal, Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG, ZAS 2005/42.

Wie aus der Studie des AGZ-Ressourcenzentrum Österreich hervorgeht, besteht bei Fragen der Personalrekrutierung ein sehr hohes Interesse an Kooperationen zwischen Gemeinden, wobei 38 Prozent das Modell „Arbeitgeberzusammenschluss“ kennen.<sup>204</sup> Es besteht die Möglichkeit, dass sich Gebietskörperschaften zu einem AGZ zusammenschließen, der als privatisierter Betrieb, zB als GmbH, der öffentlichen Hand geführt wird. Bei einem derartigen AGZ wäre das **AÜG vollständig anzuwenden**, auch wenn die **Gebietskörperschaft ausschließlich oder mehrheitlich der Eigentümer** ist.<sup>205</sup>

### **2.3.2.2 Überlassung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitskräften (§ 1 Abs 2 Z 2 und Abs 2a AÜG)**

Im Regierungsprogramm 2020-2024 kommen die neue Volkspartei und die Grünen überein, dass land- und forstwirtschaftliche AGZ geschaffen werden sollen, um Synergien wie die gemeinsame Beschäftigung von Arbeitnehmern bestmöglich zu nutzen.<sup>206</sup> Fraglich ist aber, ob auf land- und forstwirtschaftliche AGZ das AÜG anwendbar ist.

Auch diese Ausnahme von gewissen Teilen des Geltungsbereiches des AÜG ist in der Kompetenzlage begründet. Wie aus den Materialien<sup>207</sup> hervorgeht, wurde wegen Art 12 Abs 1 Z 6 B-VG die Überlassung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitern und Angestellten von gewissen Teilbereichen des AÜG ausgenommen. 2011 wurde die kompetenzrechtlich bedingte Ausnahme gegenüber der geltenden Fassung dahingehend präzisiert, dass für den nur der Grundsatzgesetzgebung des Bundes unterliegenden Bereich des Arbeiterrechtes sowie Arbeiter- und Angestelltenschutz, soweit es sich um land- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte handelt, das Landarbeitsgesetz von 1984 gilt. Die entsprechenden Regeln sind daher in diesem Grundsatzgesetz zu treffen,<sup>208</sup> die jeweiligen Ausführungsgesetze durch die Länder (Landarbeitsordnungen).

2012<sup>209</sup> wurde neben der Änderung des § 1 Abs 2 auch Abs 2a AÜG neu eingefügt. Nach diesem sind ausgenommen von Teilen des Geltungsbereichs die Überlassung von Arbeitern, die dem Landarbeitsgesetz 1984 unterliegen, auf die Überlassung von Angestellten, die dem Landarbeitsgesetz unterliegen, jedoch nur die § 6 bzw 10 Abs 3 hinsichtlich der Arbeitszeit nicht anzuwenden.

---

<sup>204</sup> *progressNetz*, AGZ-Potenzialanalyse 1.

<sup>205</sup> *Sacherer in Sacherer/Schwarz*, AÜG<sup>2</sup> 66.

<sup>206</sup> Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024 107.

<sup>207</sup> ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 14.

<sup>208</sup> ErläutRV 1076 BlgNR 19. GP. 10 f.

<sup>209</sup> BGBl I 2012/98.

2019 wurde Art 12 Abs 1 Z 6 B-VG<sup>210</sup> dahingehend abgeändert, dass nun der Teilbereich des Arbeitsrechts in Gesetzgebung Bundessache und in Vollziehung Landessache ist, wobei hinsichtlich des Umfangs keine Änderung eingetreten sind.<sup>211</sup> Das hat zur Folge, dass das bisherige LAG 1984 mit Ende des 31. Dezember 2019 außer Kraft getreten ist, allerdings mit der Ausnahme, dass jene Bestimmungen, die als unmittelbar anwendbares Bundesrecht erlassen wurden, unter Art 10 B-VG fallen. Bis zur Verabschiedung eines einheitlichen Landarbeitsgesetzes<sup>212</sup> gelten die ehemaligen Ausführungsgesetze der Länder im jeweiligen Bundesland weiter.<sup>213</sup>

Mit der Novelle des LAG 2021<sup>214</sup> wurde jedoch eine Legaldefinition von land- und forstwirtschaftlichen AGZ in das LAG aufgenommen: Erfüllt ein Zusammenschluss die gesetzlichen Voraussetzungen, so gilt dieser AGZ als Betrieb der Land- und Forstwirtschaft.

Für die Abgrenzung zwischen den Geltungsbereichen des AÜG und des LAG ist auf die **rechtliche Einordnung des Überlasserbetriebs** abzustellen, da dieser weiterhin Arbeitgeber bleibt. Beispielsweise fällt die Überlassung von einem gewerblichen Arbeitskräfteüberlasser an einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb unter das AÜG, hingegen die Überlassung durch einen landwirtschaftlichen Gartenbaubetrieb an eine gewerbliche Gärtnerei eben nicht.<sup>215</sup>

Um feststellen zu können, ob nun ein AGZ unter die Ausnahme des Geltungsbereiches fällt, ist zuerst zu klären, ob die überlassenen Arbeitskräfte in einem AGZ dem LAG 1984 unterliegen, wobei es hier auf die rechtliche Qualifikation des AGZ – dh ob dieser ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb ist – ankommt. § 1 Abs 2 LAG definiert Land- und Forstarbeiter als Personen, die aufgrund eines Arbeitsvertrags Dienstleistungen in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft verrichten. Dabei versteht der Gesetzgeber unter „Betriebe der Land- und Forstwirtschaft“ Betriebe der land- und forstwirtschaftlichen Produktion. Es liegt nahe, dass ein AGZ keine land- und forstwirtschaftliche Produktion betreibt, da es die einzige Aufgabe des AGZ ist, den Mitgliedsbetrieben Personal zur Verfügung zu stellen. Selbst wenn sich ausschließlich land- und forstwirtschaftliche Betriebe zu einem AGZ zusammenschließen, ist der **AGZ selbst mE kein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb** und unterliegt grundsätzlich der vollen Anwendung des AÜG, da die rechtliche Einordnung des AGZ ausschlaggebend ist.

---

<sup>210</sup> BGBl I 2019/14.

<sup>211</sup> ErläutRV 301 BlgNR 26. GP 3.

<sup>212</sup> Zur Novelle des LAG BGBl I 2021/78 mit in Kraft treten 1.7.2021 siehe Teil F.

<sup>213</sup> ErläutRV 36 BlgNR 27. GP 1.

<sup>214</sup> BGBl I 2021/78.

<sup>215</sup> ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 3 f.

Auf einen AGZ findet daher die Ausnahme des § 1 Abs 2 Z 2 sowie Abs 2a AÜG keine Anwendung.<sup>216</sup> Jedoch sieht § 4 Abs 6 LAG seit 1.7.2021 vor, dass Arbeitgeberzusammenschlüsse wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen des Abschnitt 25 LAG erfüllen, als Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gelten. § 1 Abs 2 LAG definiert Land- und Forstarbeiter als Personen, die auf Grund eines Arbeitsvertrages Dienstleistungen in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft verrichten. Gem § 1 Abs 2 Z 2 AÜG sind von Teilen des Geltungsbereichs des AÜG die Überlassung von Arbeitern ausgenommen, die dem Landarbeitsgesetz 2021 unterliegen.<sup>217</sup>

### **2.3.2.3 Zwischenergebnis**

Eine Ausnahme des AGZ von bestimmten Abschnitten des AÜG iSd § 1 Abs 2 AÜG liegt nicht vor. Wird ein AGZ in einer privatrechtlichen Rechtsform von Gebietskörperschaften gegründet, so findet der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 AÜG keine Anwendung. Auch der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 2 AÜG hinsichtlich der Überlassung von Arbeitnehmern, die dem LAG unterliegen, ist grundsätzlich nicht einschlägig. Da der AGZ iSd Gesetzes selbst grundsätzlich keinen land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb darstellt, kommt auch dieser Ausnahmetatbestand für den AGZ nicht zur Anwendung. Mit der Novelle des LAG 2021 wurde jedoch die rechtliche Möglichkeit geschaffen, land- und forstwirtschaftliche AZGs zu gründen und werden diese kraft Gesetzes als Betriebe der Land- und Forstwirtschaft angesehen.<sup>218</sup> Liegt iSd LAG nun ein land- und forstwirtschaftlicher AGZ vor, so ist dieser deshalb seit dem Inkrafttreten des (neuen) LAG mit 1.7.2021 vom Anwendungsbereich des AÜG ausgenommen.

### **2.3.3 Vorliegen privilegierter Arbeitskräfteüberlassung im AGZ**

§ 1 Abs 3 AÜG reduziert für gewisse Überlassungskonstellationen zwischen inländischen Betrieben den Geltungsbereich und nimmt die sog „privilegierte Arbeitskräfteüberlassung“ von den §§ 10-16a und vom V Abschnitt des AÜG aus. Dieser eingeschränkte Geltungsbereich resultiert im Wesentlichen aus der Differenzierung zwischen reglementierter und nicht reglementierter Arbeitskräfteüberlassung.<sup>219</sup>

Die Ausnahmen vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung gem § 135 Abs 2 GewO 1994 sowie die Ausnahmen von Teilen des AÜG wurden per 1. Mai 2011 systematisch

---

<sup>216</sup> Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch wenn für Land- und Forstarbeiter das AÜG nicht anwendbar ist, das Landarbeitsgesetz, eigene, die Arbeitskräfteüberlassung betreffende Regelungen trifft.

<sup>217</sup> Zur Frage ob überhaupt Arbeitskräfteüberlassung in den neu geschaffenen If AGZ vorliegt siehe Teil F, Abschnitt 2.3.1.

<sup>218</sup> Zu land- und forstwirtschaftlichen Arbeitgeberzusammenschlüssen siehe Teil F.

<sup>219</sup> Laback in *Schrattbauer* (Hrsg), AÜG (2020) § 1 Rz 25.

zusammengefasst und vereinfacht. Dadurch entfällt das bis dato schwer überblickbare System von teils identen, aber auch teils abweichenden und einander überschneidenden Regelungen der Ausnahmen im AÜG sowie der GewO 1994, wobei lediglich bei der konzerninternen Arbeitskräfteüberlassung der Ausnahmebereich anders festgelegt ist.<sup>220</sup>

Im Folgenden sollen daher aufgrund der gleichlautenden Ausnahmen des AÜG und der GewO 1994 jeweils die gesetzlichen Ausnahmebestimmungen beider Gesetze einer Prüfung unterzogen werden, wobei nur diejenigen genauer geprüft werden, die für eine Ausnahmeregelung des AGZ grundsätzlich in Frage kommen.

### **2.3.3.1 Vorübergehende Überlassung (§§ 1 Abs 3 Z 1 AÜG, 135 Abs 2 Z 1 GewO 1994)**

Hauptziel des AGZ ist es, langfristig Arbeitnehmer an seine Mitgliedsbetriebe zu überlassen. Schon alleine von der Terminologie „*vorübergehende Überlassung*“ scheint der AGZ *prima facie* nicht von der Ausnahme erfasst zu sein. Im Folgenden soll nun kurz auf die Tatbestandmerkmale des Ausnahmetatbestands eingegangen werden, wobei schon das Nichtvorliegen einer dieser Voraussetzungen die vollständige Anwendung des AÜG zur Folge hat. Die Überlassung darf dabei **höchstens sechs Monate im Kalenderjahr** betragen und zusätzlich nur an Beschäftigter erfolgen, welche die **gleiche Erwerbstätigkeit wie der Überlasser** ausüben. Außerdem muss, ungeachtet der Überlassungsdauer, der **Charakter des Betriebs des Überlassers gewahrt** bleiben, die überlassenen Arbeitskräfte müssen als Fachkräfte erforderlich sein und der Wert der Sachleistung muss überwiegen.<sup>221</sup> Zur Höchstdauer ist weiters festzuhalten, dass diese auch bei mehreren Überlassungen an denselben Beschäftigter sechs Monate im Kalenderjahr nicht übersteigen darf.<sup>222</sup>

„Gleiche Erwerbstätigkeit“ bedeutet, dass nicht nur die gleiche Gewerbeberechtigung von Überlasser und Beschäftigter Voraussetzung für die Ausnahme ist, sondern die tatsächliche Ausübung dieses der Berechtigung entsprechenden Gewerbes. Zur Wahrung des Charakters des Betriebszweckes darf die Überlassung nicht zum Betriebszweck, dh zur Haupttätigkeit, der Überlasser werden.<sup>223</sup> Auch diese beiden Tatbestandmerkmale scheiden für einen AGZ aus, da der AGZ, bei möglicher Ausübung eines Gewerbes<sup>224</sup>, gegebenenfalls nur das reglementierte Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung ausübt. Auch wenn der AGZ weitere

---

<sup>220</sup> Schindler in ZellKomm<sup>3</sup> § 1 AÜG Rz 9.

<sup>221</sup> Sacherer in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup>, 346 ff; Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 65.

<sup>222</sup> Sacherer/Schöll, Gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung - Wann und in welchem Umfang ist das AÜG anwendbar?, RdW 2005/568.

<sup>223</sup> Sacherer in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> 346 ff.

<sup>224</sup> Zur Gewerbsmäßigkeit des AGZ siehe ausführlich Teil C, Abschnitt 2.2.

Gewerbeberechtigungen besitzen sollte und der AGZ die gleichen Gewerbeberechtigung wie seine Mitgliedsbetriebe innehat, so scheidet auch hier mangels der tatsächlichen Ausübung dieser Tatbestand aus. Der Hauptzweck eines AGZ ist die Überlassung von Arbeitnehmern an seine Mitgliedsbetriebe, daher ist die **Überlassung die Haupttätigkeit des AGZ** und von der Ausnahme der vorübergehenden Arbeitskräfteüberlassung nicht erfasst. Da der AGZ jedenfalls eine längere Überlassung an seine Mitgliedsbetriebe als höchstens sechs Monate im Kalenderjahr zum Ziel hat, kann schon alleine deswegen der Ausnahmetatbestand nicht zur Anwendung kommen. Auch die weiteren Voraussetzungen sind, wie dargestellt, durch einen AGZ nicht erfüllt, weshalb keine Ausnahme vorliegt.

### **2.3.3.2 Überlassung im Rahmen zwischenbetrieblicher Kooperation (§§ 1 Abs 3 Z 3 AÜG, 135 Abs 2 Z 3 GewO 1994)**

Die Überlassung von Arbeitskräften innerhalb von Arbeitsgemeinschaften zum Zwecke der Erfüllung gemeinsam übernommener Aufträge, des Erfahrungsaustausches, der Forschung und Entwicklung, der Ausbildung, der Betriebsberatung, der Überwachung bzw bei Kanzlei- oder Praxisgemeinschaften umfasst eine Vielzahl von Fällen überbetrieblicher Zusammenarbeit, wobei allen gemeinsam ist, dass grds konkurrierende Unternehmen fragmentiert zusammenarbeiten und diese Ausnahme innerhalb konzernartig verbundener Unternehmen daher nicht anzuwenden ist.<sup>225</sup>

Um Rückschlüsse der Anwendbarkeit dieser Ausnahmebestimmung auf AGZ schließen zu können, ist das *telos* dieser Regelung insb anhand der Materialien<sup>226</sup> zur Einführung des AÜG zu ermitteln, wobei sich der Gesetzestext auch durch mehrmalige Novellierungen nicht verändert hat. Die Regelung soll die Erfordernisse der wirtschaftlichen Praxis berücksichtigen und nimmt insb Fälle der Arbeitskräfteüberlassung aus, sofern beim Überlasser und beim Beschäftigter ein über **die bloße Überlassung hinausgehendes gemeinsames wirtschaftliches Ziel** besteht. Die Ausnahmebestimmung soll besonders die betriebliche Zusammenarbeit erleichtern und daher die Überlassung von Arbeitskräften innerhalb einer gemeinsamen Einrichtung sowie die Entsendung an ein beteiligtes Unternehmen, zur Erfüllung gemeinsam übernommener Aufträge oder zum Zweck der Verbesserung der Produktionsvoraussetzungen, erfassen. Allerdings soll nicht die Eingliederung der überlassenen Arbeitskräfte in die Produktion bzw sonstige Aufgabenerfüllung begünstigt werden.

---

<sup>225</sup> Schindler in ZellKom<sup>3</sup> § 1 AÜG Rz 18.

<sup>226</sup> RV 450 BlgNR 17. GP 15 f.



Ein gemeinsamer Auftrag wird angenommen, wenn sich der Beitrag des arbeitskräfteüberlassenden Arbeitgebers **nicht in der bloßen Abstellung** der Arbeitskräfte erschöpft, sondern diesen Arbeitgeber auch die wesentlichen Verpflichtungen treffen, die sich aus der Erfüllung eines gemeinsam übernommenen Auftrages (Werkvertrags) ergeben. Eine Ausnahme besteht weiters, wenn die Überlassung ausschließlich auf die Abwicklung der Aufgabe eingeschränkt ist und gewährleistet wird, dass die Arbeitskraft nach Beendigung der Entsendung in das Stammunternehmen zurückkehrt. Die vor allem zwischen Angehörigen der freien Berufe übliche gemeinsame Verwendung von Arbeitskräften im Rahmen von Praxis- oder Kanzleigemeinschaften ist häufig unvermeidlich und grundsätzlich unproblematisch. Vorteilhaft für Arbeitskräfte ist es in diesen Fällen meist auch, dass sie nur einen formalen Arbeitgeber haben. Durch die permanente enge räumliche Kooperation aller Beteiligten scheint gewährleistet, dass der Arbeitskraft keine spezifischen Nachteile aus der Überlassung entstehen.<sup>227</sup>

Der Ausnahmetatbestand scheidet für den AGZ aus mehreren Gründen aus. Der AGZ und seine Mitgliedsbetriebe haben zwar grundsätzlich kein weiteres wirtschaftliches Ziel, welches über die Überlassung der Arbeitskräfte hinausgeht. Allerdings wird im AGZ bzw unter den Mitgliedsbetrieben **kein gemeinsamer Auftrag** vorliegen, da die Aufgabe des AGZ die bloße Überlassung von Arbeitskräften darstellt und nicht die Mitwirkung an einem gemeinsamen, mit den Mitgliedsbetrieben übernommenen Auftrag ist. Die Mitgliedsbetriebe greifen zwar auf die überlassenen Arbeitskräfte des AGZ zurück, setzen sie aber nur für betriebseigene Tätigkeiten ein. Schlussendlich werden die Arbeitnehmer des AGZ daher in die Produktion bzw in sonstiges Aufgabenerfüllen der **jeweiligen Mitgliedsbetriebe eingegliedert** - auch für diese Tätigkeiten ist keine Ausnahme vorgesehen ist. Daher sind AGZ nicht vom Ausnahmetatbestand im Rahmen zwischenbetrieblicher Kooperation erfasst.

### **2.3.3.3 Überlassung im Konzern (§§ 1 Abs 3 Z 4 AÜG, 135 Abs 2 Z 4 GewO 1994)**

Die Ausnahme des Konzernprivilegs ist im AÜG und in der GewO 1994 gesetzlich unterschiedlich geregelt. Das AÜG schränkt den Ausnahmetatbestand dahingehend ein, dass ua Sitz und Betriebsstandort beider Konzernunternehmen in Österreich liegen müssen, da sonst das AÜG zur Gänze anzuwenden ist.<sup>228</sup> Weitere Voraussetzung des AÜG zum Unterschied der GewO 1994 ist, dass eine „vorübergehende“ Überlassung Voraussetzung des Konzernprivilegs ist.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> RV 450 BlgNR 17. GP 16.

<sup>228</sup> Schindler in ZellKom<sup>3</sup> § 1 AÜG Rz 27.

<sup>229</sup> Schindler in ZellKom<sup>3</sup> § 1 AÜG Rz 29.

Die Ausnahmebestimmung im AÜG ist enger gefasst als jene in der GewO 1994. Daher wird der AGZ im Folgenden nur anhand der Ausnahmeregel der GewO 1994 geprüft. Liegt nämlich iSd GewO 1994 keine Ausnahme vor, so erübrigt sich die weitere detaillierte Prüfung des § 1 Abs 3 Z 4 AÜG.

Das AÜG und die GewO 1994 verwenden den Konzernbegriff des „Aktien- und GmbH-Gesetzes“, wonach ein Konzern vorliegt, wenn entweder **rechtlich selbständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zu wirtschaftlichen Zwecken** zusammengefasst werden oder wenn ein **rechtlich selbständiges Unternehmen aufgrund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens steht**.<sup>230</sup>

Grundsätzlich besteht zwar für AGZ die Möglichkeit, sich der Rechtsform einer AG oder einer GmbH zu bedienen. Allerdings entsteht in diesem Fall kein Konzern, da die Mitgliedsbetriebe weder unter einheitlicher Leitung – welche eine effektive Leitung voraussetzt und nicht nur eine durch Abhängigkeit bedingte Möglichkeit von Leitungsfunktionen<sup>231</sup> – des AGZ zusammengefasst werden, noch die Mitglieder unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Mitgliedsbetriebs stehen. Schon **mangels Konzerneigenschaft** scheidet daher das Konzernprivileg aus.

Eine Überlassung von Arbeitskräften zwischen Konzernunternehmen innerhalb eines Konzerns erfüllt zusätzlich nur dann die Ausnahmebestimmungen, sofern die **Überlassung nicht zum Betriebszweck des überlassenden Unternehmens** zählt. Dies wird insb angenommen, wenn für eine nicht ganz unwesentliche Anzahl von Arbeitnehmern im Konzernunternehmen kein eigener Arbeitsplatz vorhanden ist und diese daher lediglich zum Zweck der Überlassung in anderen Konzernunternehmen beschäftigt werden bzw wenn die Überlassung nur vereinzelt aus speziellen Anlassfällen und im Rahmen der wirtschaftlichen Kooperation zwischen Konzernunternehmen mit eigenem fachlichen Aufgabenbereich erfolgt.<sup>232</sup> Der grundsätzliche einzige Betriebszweck eines AGZ ist die Überlassung von Arbeitskräften an seine Mitgliedbetriebe. Daher scheitert die privilegierte Konzernüberlassung auch am Betriebszweck des AGZ.

---

<sup>230</sup> Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 70 mwN.

<sup>231</sup> Jabornegg, Arbeitsvertragsrecht im Konzern (Teil I), DRdA 2002, 3 mwN.

<sup>232</sup> Haas/Hollaus/Pogliès-Schneidbauer, Arbeitskräfteüberlassung (2014) 24 f.

Der Vollständigkeit halber soll nicht unerwähnt bleiben, dass auch die vom § 1 Abs 3 Z 4 AÜG im Gegensatz zur GewO 1994 geforderte vorübergehende Konzernüberlassung im AGZ nicht erfüllt ist. Da von einer vorübergehenden Überlassung nur dann gesprochen werden kann, wenn die Höchstdauer sechs Monate nicht überschreitet<sup>233</sup>, scheidet dieser Ausnahmetatbestand auch deswegen für den AGZ aus, da Ziel des AGZ die langfristige Überlassung an seine Mitgliedsbetriebe ist.

#### **2.3.3.4 Zwischenergebnis**

Die in § 1 Abs 3 AÜG normierten Ausnahmetatbestände vom Geltungsbereich der §§ 10–16a und des V Abschnittes **finden auf AGZ keine Anwendung**. Weder die Ausnahme der vorübergehenden Überlassung noch die Überlassung im Rahmen zwischenbetrieblicher Kooperation kann auf den AGZ angewendet werden. Erstere, da die Überlassung im AGZ eine langfristige ist und zweitere, da der AGZ keinen gemeinsamen Auftrag der Mitgliedsbetriebe verfolgt und auch die überlassenen Arbeitskräfte des AGZ in die jeweilige Aufgabenerfüllung der einzelnen Mitgliedsbetriebe eingegliedert sind. Mangels Konzerneigenschaft scheidet weiters das Konzernprivileg für den AGZ aus.

#### **2.4 Zusammenfassung**

In einem AGZ liegt Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vor. Im AÜG finden sich auch keine Hinweise darauf, dass eine langfristige Überlassung im AGZ weder nicht vom AÜG erfasst, noch verboten ist. Auch die Rechtsprechung zur Leiharbeits-RL lässt mE darauf schließen, dass Dauerüberlassungen im AGZ mangels missbräuchlichen Einsatzes nicht von der Richtlinie erfasst bzw verboten sein sollen. Der AGZ fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 2 AÜG. Weiters liegt in einem AGZ keine privilegierte Arbeitskräfteüberlassung, die eine Ausnahme von einigen Abschnitten des AÜG vorsieht, vor. Daher fällt der AGZ unter den Vollenwendungsbereich des AÜG.

### **3 AGZ – Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung**

#### **3.1 Problemstellung**

Eine praxisrelevante Rechtsfrage, mit der sich auch schon das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 2018<sup>234</sup> befasste, ist, ob durch einen AGZ tatsächlich keine

---

<sup>233</sup> Nach *Tomandl* wird die Höchstdauer bei sechs Monaten anzusiedeln sein (*Tomandl*, AÜG<sup>3</sup> 70); *Schindler* geht unter Berufung auf die ErläutRV zum Stammgesetz von jedenfalls einer maximalen Obergrenze von 13 Wochen aus, wobei *Schindler* analog zur Entsenderichtlinie von einer Höchstdauer von nur einem Monat ausgeht (*Schindler* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1 AÜG Rz 29).

<sup>234</sup> LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa.

Arbeitskräfteüberlassung, sondern Arbeitsvermittlung vorliegt. Ausgangspunkt der Entscheidung des LVwG OÖ war die die bescheidmäßige Untersagung der Gründung eines AGZ als Verein durch die Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen. Diese kam dabei nach allgemeinen Ausführungen zum Thema „Arbeitsvermittlung“ und Verweis auf § 1 f AMFG zu der Ansicht, dass aus dem Vereinszweck abzuleiten sei, dass lediglich die Vermittlung und Überlassung von Arbeitskräften beabsichtigt sei, was als gewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren ist und an eine gewerbebehördliche Bewilligung gebunden sei. Im Weiteren wird nun neben kurzen allgemeinen Ausführungen zum Thema „Arbeitsvermittlung“ unter Berücksichtigung der ergangenen Entscheidung des LVwG erörtert, ob im AGZ eine reine Arbeitsvermittlung vorliegt. Zusätzlich wird der Frage nachgegangen, ob der AGZ nicht als bloße Verrechnungsstelle der Mitgliedsbetriebe agiert und es durch einen AGZ dadurch zu einem sog „Payrolling“ kommt.

### **3.2 Abgrenzung Arbeitsvermittlung – Arbeitskräfteüberlassung**

Gem § 3 AÜG ist unter Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte zu verstehen,<sup>235</sup> wobei laut § 4 AÜG für die Beurteilung, ob eine Überlassung vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform maßgeblich ist.

Die Legaldefinition von „Arbeitsvermittlung“<sup>236</sup> hingegen findet sich in § 2 Abs 1 AMFG und gilt als jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen oder mit Auftraggebern zur Begründung von Heimarbeitsverhältnissen zusammenzuführen, es sei denn, die Tätigkeit wird nur gelegentlich und unentgeltlich, oder auf Einzelfälle beschränkt, ausgeübt.

Demnach wird bei der Arbeitsvermittlung lediglich der Kontakt zwischen Arbeitssuchenden und einem möglichen Arbeitgeber hergestellt, wobei keine Verpflichtung des Arbeitssuchenden besteht, bei Letzterem zu arbeiten.<sup>237</sup> Arbeitsvermittlung charakterisiert daher ganz allgemein das Bemühen, zwei sich noch nicht kennende potentielle Partner zwecks eines Arbeitsvertragsabschlusses zusammenzubringen.<sup>238</sup>

---

<sup>235</sup> Zur Definition von Arbeitskräfteüberlassung siehe Teil B, Abschnitt 2.2.1.

<sup>236</sup> Im Detail dazu siehe *Reisinger*, Der Begriff der Arbeitsvermittlung im AMFG, DRdA 2013, 276.

<sup>237</sup> *Tomandl*, AÜG<sup>3</sup> 15.

<sup>238</sup> *Reisinger*, DRdA 2013, 276 (276).

### 3.3 Ist der AGZ Arbeitsvermittler?

Durch die Funktion des AGZ, seinen Mitgliedsbetrieben Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen, grenzt sich diese Tätigkeit klar von der Arbeitsvermittlung und dem lediglichen Zusammenführen von potenziellen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ab, zu welchem Ergebnis auch das LVwG OÖ kam. Dieses führte zur Begründung, mit Verweis auf Bestimmungen des AMFG und die dort enthaltene Definition der Arbeitsvermittlung aus, dass der aus den Vereinsstatuten<sup>239</sup> ableitbare Zweck und weiters die beabsichtigte Tätigkeit des Vereins eben nicht in einer Arbeitsvermittlung iSd AMFG besteht. Es werde durch den AGZ kein Arbeitssuchender mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammengeführt. Vielmehr ist der Verein selbst der (alleinige) Arbeitgeber; es besteht somit ein direktes Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer zum Verein, der die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer an die Mitgliedsunternehmen überlässt. Daher scheidet die rechtliche Qualifikation als Arbeitsvermittler für einen AGZ aus.<sup>240</sup>

### 3.4 Payrolling im AGZ?

#### 3.4.1 Einleitung, Definition und Problemstellung von „Payrolling“

Es findet sich in der Rechtsordnung keine Legaldefinition von „Payrolling“. Auch wenn dem Begriff in der Praxis unterschiedlich auftretende Fälle der Arbeitskräfteüberlassung zugeschrieben werden, lässt sich als gemeinsames Merkmal grundsätzlich festhalten: **Der Überlasser überträgt an den Beschäftiger Verpflichtungen oder räumt diesem Rechte ein, die nach dem AÜG eigentlich den Überlasser betreffen.** Beispielsweise kann der Beschäftiger das Risiko der Entgeltfortzahlung übernehmen, dazu ermächtigt werden, die Auswahl der Arbeitskräfte selbst vorzunehmen oder, im Falle einer Reduktion, der dem Beschäftiger überlassenen Arbeitskräfte selbst zu versetzen oder gar zu kündigen. Dies führt schlussendlich dazu, dass die einzige Arbeitgeberfunktion, die beim Überlasser verbleibt, die Entgeltzahlung ist, also die Ausführung der namensgebenden „Payroll“. Zusammenfassend kommen dem Überlasser beim Payrolling daher nur theoretisch sämtliche Rechte eines vertraglichen Arbeitgebers zu, faktisch hingegen entscheidet eine andere Person, nämlich der Beschäftiger.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Auszug Statuten: „2. Zweck: Der AGZ H, dessen Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet ist, bezweckt ausschließlich und unmittelbar die Bündelung von Fach- und Arbeitskräften, die Überlassung von Personal an seine Mitgliedbetriebe, die Aus- und Weiterbildung von Arbeitskräften sowie die gedeihliche Zusammenarbeit im kooperativen Personalmanagement, sofern dieses über das Stammpersonal hinausgeht.“

<sup>240</sup> LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa.

<sup>241</sup> Schörghofer, Grenzfälle 111 ff; Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 33 f; Schindler in Zellkomm § 3 Rz 5; Geppert, Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung – Entstehung, Entwicklung und Probleme, DRdA 2011, 507 (511) mwN.

Neben der Legaldefinition von Arbeitsvermittlung des § 2 Abs 1 AMFG stellt gem Abs 4 legit auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt, eine Arbeitsvermittlung dar. Im Zusammenhang mit Payrolling wird im Schrifttum auf diese Bestimmung hingewiesen, welcher in ähnlicher Form als § 9 Abs 4 AMFG aF seit 1968 existierte. Dabei muss auf Ebene des Tatbestands ermittelt werden, wann genau ein Überlasser „die Pflichten des Arbeitgebers“ nicht trägt. Hinsichtlich der Rechtsfolge stellt sich die Frage, welche Konsequenzen eintreten, wenn eine „Arbeitsvermittlung“ vorliegt.<sup>242</sup>

Attraktiv stellt sich für Unternehmen das Payrollsystem anstelle einer Direktanstellung dar, da es ihnen faktisch sämtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Arbeitsvertrags ermöglicht, ohne dass sie dabei die „Nachteile“<sup>243</sup> eines eigenen Vertragsabschlusses übernehmen müssen. Neben einer raschen Beendigung des Dienstverhältnisses unterliegen diese Arbeitsverhältnisse nur eingeschränkt der Einflussphäre des Betriebsrats im Unternehmen. Auch scheinen Arbeitnehmer uU nicht in der „Kopfzahl“ des Unternehmens auf, was im Zusammenhang mit unternehmens- oder konzerninternen Beschränkungen der Personaleinstellung, oder zur Erfüllung von Bonusvereinbarungen durch die Unternehmensleitung, relevant sein kann.<sup>244</sup>

Der entscheidende Unterschied zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung ist, mit wem der Arbeitsvertrag zustande kommt. Im Hinblick auf den AGZ stellt sich daher die grundlegende Frage, ob durch das Zurverfügungstellen von Arbeitskräften an seine Mitgliedsbetriebe innerhalb eines AGZ nicht dennoch, wie im angesprochenen aufgehobenen Bescheid der Bezirksverwaltungsbehörde, Arbeitsvermittlung vorliegt. Fraglich ist daher, was im Detail unter den „*Pflichten des Arbeitgebers*“ iSd § 2 Abs 4 AMFG zu verstehen ist. Bei der Arbeitskräfteüberlassung wird nicht der Beschäftiger, also der Empfänger der Arbeitsleistung, zum Arbeitgeber, sondern nur der Überlasser, der in diesem Fall der AGZ ist. Liegt hingegen Arbeitsvermittlung vor, so wird nicht der AGZ zum Arbeitgeber, sondern der jeweilige Mitgliedsbetrieb, der sich zu einem AGZ zusammengeschlossen hat und auf Personal aus diesem zurückgreift.

---

<sup>242</sup> Schörghofer, Grenzfälle 130.

<sup>243</sup> zB Komplikationen und Trennungskosten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

<sup>244</sup> Schörghofer zu OGH 8 ObA 51/17h ZAS 2019/8 43 f.

### 3.4.2 Rechtsprechung

In der zuletzt ergangenen Entscheidung nahm der OGH<sup>245</sup> erstmals ausdrücklich zum Payrolling Stellung. Dieses wird als Sondergestaltung der Arbeitskräfteüberlassung bezeichnet, die sich in der Praxis herausgebildet hat. Dabei handelt es sich um eine Konstellation, bei dem sich der Überlasser faktisch auf die Aufgaben einer Verrechnungsstelle beschränkt und der Beschäftigte fast alle Arbeitgeberfunktionen übernimmt. Insb entscheidet Letzterer über die Auswahl der einzustellenden Personen sowie deren Kündigungen. Das Höchstgericht geht davon aus, dass dies grundsätzlich Arbeitskräfteüberlassung sein kann, da der Anwendungsbereich des AÜG nicht von der internen Verteilung der Verantwortungsbereiche zwischen dem Überlasser als Arbeitgeber und dem Beschäftigten abhängig ist. Der OGH führt dazu weiters aus, dass Arbeitsvermittlung hingegen dann vorliegt, wenn ein Arbeitsverhältnis nicht mit dem Vermittler selbst, sondern mit einem Dritten zustande kommen soll. In diesem Sinn gilt auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt nach § 2 Abs 4 AMFG als Tätigkeit iSd Abs 1 leg cit (Arbeitsvermittlung). Unter Berufung auf die stRspr führt der OGH weiters aus, dass für die Beurteilung, ob der Überlasser die Pflichten eines Arbeitgebers trägt, allein das rechtliche Verhältnis zwischen ihm und dem Arbeitnehmer und nicht die Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftigten maßgeblich ist.

Die Zahlung des Entgelts zählt zu den zentralen Verpflichtungen des Arbeitgebers im arbeitsvertraglichen Synallagma. **Wenn sich der Überlasser im eigenen Namen gegenüber dem Arbeitnehmer zur Entgeltzahlung verpflichtet**, dann übernimmt er Pflichten und Risiken des Arbeitgebers und kann, nach Ansicht des OGH<sup>246</sup>, als **bloßer Arbeitsvermittlung** iSd § 2 Abs 4 AMFG **ausgeschlossen werden**. Entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts spielt für den OGH zwecks dieser Beurteilung grundsätzlich keine Rolle, wie der Überlasser seine Personalkosten an seine Kunden weiterverrechnet. Dabei „[...] *ist es geradezu selbstverständlich, dass im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung im Ergebnis alle Personalkosten [...] wirtschaftlich am Ende zur Gänze von den Beschäftigten getragen werden sollen und die Überlasser ihre Preise dementsprechend zu kalkulieren trachten. Die*

---

<sup>245</sup> OGH 8 ObA 51/17h ecolex 2019/67 (Roberts/Jobst) = ÖJZ EvBl-LS 2018/155, 980 (Rohrer) = DRdA-InfAS 2018/164, 295 (Tinhof) = JAS 2018, 355 (Fuchs/Lamplmayr) = ZAS 2019/8, 42 (Schörghofer) = DRdA 2019/26, 262 (Glowacka).

<sup>246</sup> OGH 8 ObA 51/17h ecolex 2019/67 (Roberts/Jobst) = ÖJZ EvBl-LS 2018/155, 980 (Rohrer) = DRdA-InfAS 2018/164, 295 (Tinhof) = JAS 2018, 355 (Fuchs/Lamplmayr) = ZAS 2019/8, 42 (Schörghofer) = DRdA 2019/26, 262 (Glowacka).

Weiterverrechnung des Aufwands hat mit der Frage, wer gegenüber dem Arbeitnehmer als Arbeitgeber anzusehen ist, nichts zu tun.“<sup>247</sup>

### 3.4.3 Literatur

Im Schrifttum<sup>248</sup> finden sich im Zusammenhang mit Payroll hinsichtlich Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung unterschiedliche Meinungen, deren praktisch bedeutsamer Hintergrund ist, wer als Arbeitgeber auftritt. Bei Arbeitskräfteüberlassung liegen strukturelle Nachteile im Betriebsverfassungsrecht, bei den Arbeitsbedingungen und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor, welche jedoch bei einem Arbeitsverhältnis zwischen Beschäftigter und überlassener Arbeitskraft nicht bestehen. Summarisch lässt sich festhalten, dass *Schindler*<sup>249</sup> jedenfalls von einem „verschleierte[n] Arbeitsverhältnis“ ausgeht, wenn der Beschäftigter sich zur Übernahme des Risikos aller Entgeltfortzahlungsansprüche verpflichtet und über den Bestand der Arbeitsverhältnisse disponiert. Für *Geppert*<sup>250</sup> ist maßgeblich, wer in einem solchem Fall das wirtschaftliche Risiko trägt. *Tomandl*<sup>251</sup> stellt auf den „wahren wirtschaftlichen Gehalt“<sup>252</sup> ab, wobei er das bestehende Dreipersonenverhältnis zur Arbeitskräfteüberlassung erst in Frage stellt, wenn dem Arbeitnehmer für Stehzeiten kein Entgeltanspruch zusteht und das Arbeitsverhältnis auf die Dauer eines konkreten Einsatzes beschränkt ist. *Schörghofer*<sup>253</sup> sieht die Funktionsverteilung im Payroll-Modell beträchtlich von der ursprünglich beabsichtigten Funktionsaufteilung bei der Arbeitskräfteüberlassung entfernt und spricht sich, abhängig von der jeweiligen Prüfung des Einzelfalls, für den Wechsel des Arbeitsvertrags zum vermeintlichen Beschäftigter aus. *Schnorr*<sup>254</sup> sieht hinsichtlich der Vorgängerbestimmung<sup>255</sup> zu § 2 Abs 4 AMFG eine öffentlich-rechtliche Bestimmung, die nicht die privatrechtliche Wirkung hat, dass sie unmittelbar auf den Inhalt des Arbeitsvertrags konkretisierend einwirkt. *Hoyer*<sup>256</sup> widerspricht *Schnorr* dahingehend, dass § 9 AMFG aF eine Eingriffsnorm sei, die festlege, wer im Falle der Arbeitnehmerüberlassung Arbeitgeber ist. Die

---

<sup>247</sup> OGH 8 ObA 51/17h ecolex 2019/67 (*Roberts/Jobst*) = ÖJZ EvBI-LS 2018/155, 980 (*Rohrer*) = DRdA-InfAS 2018/164, 295 (*Tinhof*) = JAS 2018, 355 (*Fuchs/Lamplmayr*) = ZAS 2019/8, 42 (*Schörghofer*) = DRdA 2019/26, 262 (*Glowacka*).

<sup>248</sup> Ausführlich dazu *Schörghofer*, Grenzfälle 130 ff; ebenfalls überblicksmäßig *Fuchs/Lamplmayr*, „Payrolling“ – Arbeitskräfteüberlassung oder -vermittlung?, JAS 2018, 355 (362).

<sup>249</sup> *Schindler* in ZellKomm<sup>3</sup> § 3 AÜG Rz 5.

<sup>250</sup> *Geppert*, Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung – Entstehung, Entwicklung und Probleme, DRdA 2011, 507 (511); im Detail *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1978) 63 ff.

<sup>251</sup> *Tomandl*, AÜG<sup>3</sup> 34.

<sup>252</sup> § 4 Abs 1 AÜG.

<sup>253</sup> *Schörghofer*, Grenzfälle 171.

<sup>254</sup> *Schnorr*, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung – Verbot oder Regeln (1979) 15, 23 ff.

<sup>255</sup> § 9 Abs 4 AMFG aF.

<sup>256</sup> *Hoyer* zu OGH 14 Ob 180/86 ZAS 1988/6.



Rechtsfolge sei die Nichtigkeit des Vermittlungsvertrags (§ 879 Abs 1 ABGB), aber keinesfalls die Einbeziehung einer anderen Partei in den Arbeitsvertrag, die durch Willenserklärungen nicht gedeckt wäre.

#### **3.4.4 Anwendung auf den AGZ**

Zielsetzung des AGZ ist es, durch den Zusammenschluss von Mitgliedsbetrieben einen formellen Arbeitgeber zu schaffen, der neben der Koordination des Arbeitseinsatzes der Arbeitnehmer zwischen den Mitgliedsbetrieben auch die Bezahlung des Entgelts übernimmt. Auch die Personalplanung und -koordinierung wird vom AGZ übernommen, der die Dienste der Arbeitnehmer den beteiligten Unternehmen in Rechnung stellt. Schon anhand dieser Ausführungen wird nachvollziehbar, dass im AGZ keine bloße Arbeitsvermittlung iSd § 2 Abs 4 AMFG vorliegt, da der **AGZ die Pflichten und Risiken eines Arbeitgebers übernimmt**.

Mit Verweis auf die stRspr ist für den OGH<sup>257</sup> für die Beurteilung, ob der Überlasser die Pflichten des Arbeitgebers trägt, das rechtliche Verhältnis zwischen dem Überlasser und dem Arbeitnehmer und nicht die Vereinbarung zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigter maßgeblich. Schon die alleinige Zahlung des Entgelts reicht laut OGH als zentrale Verpflichtung des Arbeitgebers aus, um das Vorliegen von bloßer Arbeitsvermittlung auszuschließen, was **jedenfalls vom AGZ übernommen** wird. Daran ändert sich auch nichts, dass der AGZ sich alleine durch die Beiträge der Mitgliedsbetriebe finanziert und dass im Zuge der Arbeitskräfteüberlassung schlussendlich alle Personalkosten vom Beschäftigter getragen werden.

#### **3.5 Ergebnis**

Die Überlassung von Arbeitskräften eines AGZ an seine Mitgliedsbetriebe stellt weder eine Arbeitsvermittlung iSd § 2 Abs 1 noch des Abs 4 AMFG dar. **Der AGZ hat nicht die Aufgabe, potenzielle Arbeitnehmer und Arbeitgeber zusammenzuführen** und übernimmt **die alleinige Zahlung des Entgelts** wonach eine bloße Arbeitsvermittlung ausgeschlossen werden kann. Auch wenn der AGZ faktisch nur die Aufgaben einer Verrechnungsstelle ausübt, die Mitgliedbetriebe Arbeitgeberfunktionen übernehmen und es sich daher um eine Payrolling-Konstruktion handelt, liegt durch einen AGZ dennoch Arbeitskräfteüberlassung vor, da der AGZ zur Zahlung des Entgelts gegenüber den Arbeitnehmern verpflichtet ist.

---

<sup>257</sup> OGH 8 ObA 51/17h ecolex 2019/67 (*Roberts/Jobst*) = ÖJZ EvBl-LS 2018/155, 980 (*Rohrer*) = DRdA-InfAS 2018/164, 295 (*Tinhof*) = JAS 2018, 355 (*Fuchs/Lamplmayr*) = ZAS 2019/8, 42 (*Schörghofer*) = DRdA 2019/26, 262 (*Glowacka*).

## **Teil C – Der AGZ und der Geltungsbereich der Gewerbeordnung 1994**

Im Teil C wird ein Thema behandelt, das praktisch von höchster Relevanz ist und anhand dessen weitere rechtliche Grundfragen des AGZ behandelt werden können. Es ist dies die Frage, ob der KollV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung<sup>258</sup> auf AGZ zur Anwendung kommt. Dies ist deshalb von Bedeutung, da dieser als Mindestlohn in der niedrigsten Lohngruppe für ungelernete Arbeitnehmer (im 1. Jahr der Betriebszugehörigkeit) € 10,64 brutto pro Stunde vorsieht. Werden nun die die Mindestlöhne mit zB dem Kollektivvertrag für Dienstnehmer in den Gemüse- und Obstbetrieben Tirols<sup>259</sup> verglichen, so sieht die Lohn tafel für Erntehelfer einen Mindestlohn von € 8,66 brutto pro Stunde vor. Da für die mögliche Gründung eines AGZ auch finanzielle Überlegungen eine gewichtige Rolle spielen, ist es von größtem praktischen Interesse, ob der Kollektivvertrag für überlassene Arbeitskräfte (und damit uU ein höherer Stundenlohn) zur Anwendung kommt oder nicht. Dafür sind folgende Prüfschritte vorzunehmen: Zuerst ist zu prüfen, ob der AGZ eine gewerbsmäßige Tätigkeit iSd GewO 1994<sup>260</sup> ausübt und somit der KollV-AÜ für Arbeiter oder gegebenenfalls der Kollektivvertrag für Angestellte im Gewerbe, Handwerk und Dienstleistung zur Anwendung kommt. Bei Bejahung der Gewerbsmäßigkeit ist weiters zu prüfen, ob für das oben genannte Fallbeispiel eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 iSd § 2 Abs 1 in Bezug auf die Land- und Forstwirtschaft vorliegt.

### **1 Allgemeines zur Kollektivvertragsangehörigkeit**

#### **1.1 Einleitung**

Regelungen zur Kollektivvertragsangehörigkeit und zum fachlichen Geltungsbereich finden sich in § 8 f<sup>261</sup> ArbVG. Grundsätzlich legt § 8 ArbVG die Rahmenbedingungen für die KollV-Angehörigkeit fest, indem er einerseits die Organisationszugehörigkeit von Arbeitnehmer und Arbeitgeber und andererseits den im KollV festgelegten Anwendungsbereich absteckt. Die KollV-Angehörigkeit kraft Mitgliedschaft gem § 8 Z 1 ArbVG stellt den Grundsatz auf, dass derjenige, der einer KollV abschließenden Körperschaft angehört, demselben KollV angehört,

---

<sup>258</sup> Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung gültig ab Jänner 2021, IX Mindestlöhne.

<sup>259</sup> Kollektivvertrag für Dienstnehmer in den Gemüse- und Obstbetrieben Tirols gültig ab 1. März 2021, § 11 Lohn tafel.

<sup>260</sup> GewO 1994, BGBl I 1994/194.

<sup>261</sup> Ausführlich zur Kollektivvertragsangehörigkeit sowie zur Kollision von Kollektivverträgen ua *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler, Arbeitsverfassungsrecht*<sup>5</sup> Band 2 (2015) § 8 und 9.

den diese Körperschaft abgeschlossen hat. Daher wird die KollV-Angehörigkeit des Arbeitgebers primär durch seine **Organisationszugehörigkeit** bestimmt.<sup>262</sup>

Ausschlaggebend für die Geltung eines Kollektivvertrags ist daher gem §§ 8 und 9 ArbVG die Mitgliedschaft des Arbeitgebers bei der vertragsschließenden Arbeitgebervereinigung. Aufgrund der obligatorischen Mitgliedschaft gem § 2 WKG erfasst der KollV-AÜ grundsätzlich alle Unternehmen, die für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung konzessioniert sind.<sup>263</sup>

## 1.2 Mitglieder freier Berufsvereinigungen

Ob die vom Gesetz zwingende Mitgliedschaft vorliegt, ist nach den Bestimmungen zu beurteilen, die den Mitgliedschaftserwerb beim am Kollektivvertragsabschluss beteiligten Verband regelt. Bei freien Berufsvereinigungen sind dies vereinsrechtliche Grundsätze und/oder jene Rechtsvorschriften, aufgrund derer die freie Berufsvereinigung sich körperschaftlich organisiert hat.<sup>264</sup> Freie Berufsvereinigungen erlangen die Kollektivvertragsfähigkeit **kraft Zuerkennung**, wenn es sich dabei gem § 4 Abs 2 ArbVG um auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhende Berufsvereinigungen der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer handelt, welche sich nach ihren Statuten zur Aufgabe machen, die Arbeitsbedingungen innerhalb ihres Wirkungsbereiches zu regeln (Z 1); wenn sie in ihrer Vertretung der Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerinteressen in einem größeren fachlichen und räumlichen Wirkungsbereich tätig werden (Z 2); wenn sie vermöge der Zahl der Mitglieder und des Umfangs der Tätigkeit maßgebende wirtschaftliche Bedeutung haben (Z3); in der Vertretung der Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerinteressen gegenüber der anderen Seite unabhängig sind (Z 4).

## 1.3 Mitglieder gesetzlicher Interessenvertretungen - WKÖ

Bei gesetzlichen Interessenvertretungen sind für die Mitgliedschaft die Bestimmungen des die betreffende Interessenvertretung regelnden Gesetzes ausschlaggebend. Gesetzliche Interessenvertretungen sind gem § 4 Abs 1 ArbVG kollektivvertragsfähig, wenn ihnen unmittelbar oder mittelbar die Aufgabe obliegt, auf die Regelung von Arbeitsbedingungen hinzuwirken, und deren Willensbildung in der Vertretung der Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerinteressen gegenüber der anderen Seite unabhängig ist.

---

<sup>262</sup> Brodil/Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>10</sup> (2019) Rz 124 f mwN.

<sup>263</sup> Schindler, Arbeitskräfteüberlassungs-KV (2018) 112.

<sup>264</sup> Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch ArbVG § 4 Rz 8 (Stand 1. Oktober 2002, rdb.at).

Entsprechend § 2 Abs 1 WKG handelt es sich bei Mitglieder der Wirtschaftskammer und Fachorganisationen alle physischen und juristischen Personen sowie sonstige Rechtsträger, die Unternehmungen des Gewerbes, des Handwerks, der Industrie, des Bergbaus, des Handels, des Geld-, Kredit- und Versicherungswesens, des Verkehrs, des Nachrichtenverkehrs, des Rundfunks, des Tourismus und der Freizeitwirtschaft sowie sonstiger Dienstleistungen rechtmäßig selbständig betreiben oder zu betreiben berechtigt sind, wobei laut Abs 2 leg cit zu den Mitgliedern jedenfalls Unternehmungen gehören, die der **Gewerbeordnung unterliegen**. Zur Vertretung der gemeinsamen Interessen ihrer Mitglieder sind Wirtschaftskammern (Länderkammern, Bundeskammer) errichtet (§ 1 Abs 1 WKG), wobei die Fachorganisationen (Fachgruppen im Bereich der Landeskammern, Fachverbände im Bereich der Bundeskammer) die Interessen ihrer Mitglieder vertreten (§ 1 Abs 2 WKG). Die Landeskammern sind berechtigt, Fachgruppen zu errichten (§ 43 Abs 1 WKG), die im Wirkungsbereich die fachlichen Interessen ihrer Mitglieder vertreten (§ 43 Abs 3 WKG). Als fachliche Angelegenheit gilt insb der Abschluss von Kollektivverträgen (§ 43 Abs 3 Z 7 WKG). Auf Bundesebene sind die Fachverbände, die im eigenen Wirkungsbereich die fachlichen Interessen der Mitglieder der gleichartigen Fachgruppen und Fachvertretungen vertreten, zum Abschluss von Kollektivverträgen berechtigt.

Das Wirtschaftsparlament der Bundeskammer hat nach Anhörung der Landeskammern und der Bundessparten in der Fachorganisationsordnung<sup>265</sup> die Errichtung der Fachverbände und Fachgruppen zu regeln (§ 15 Abs 1 WKG). Die Fachorganisationsordnung normiert in § 12, dass jeder Inhaber von Berechtigungen, die in den Wirkungsbereich eines Fachverbandes (einer Fachgruppe) fallen, deren Mitglied ist. Die Zuordnung eines Unternehmens zu einer oder mehreren Fachgruppe(n) erfolgt durch die Landeskammer mittels Eintragung in das Mitgliedsverzeichnis (§ 44 Abs 1 WKG).

#### **1.4 Besondere Kollektivvertragsangehörigkeit iSd GewO 1994**

Als zusätzlichen Schutz für Arbeitnehmer regelt § 2 Abs 13 S 2 GewO 1994, dass die Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, die für Arbeitsverhältnisse zu Arbeitgebern gelten, welche ihre Tätigkeiten aufgrund von Gewerbeberechtigungen ausüben, auch für Arbeitsverhältnisse zu jenen Arbeitgebern Geltung haben, die diese Tätigkeit ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung ausüben. Geregelt werden dabei die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen einem unbefugten Gewerbetreibenden und seinen Arbeitnehmern. Dadurch haben

---

<sup>265</sup> Verlautbarungsblatt der Wirtschaftskammer 2008/2 idF 2016/4.

Arbeitnehmer gegenüber dem unbefugten Gewerbebetreiber dieselben Rechte, die sie nach einem KollV hätten, der für einschlägig befugte Gewerbebetreibende gilt.<sup>266</sup> Demnach ordnet § 2 Abs 13 S 2 GewO 1994 ausnahmsweise eine Kollektivvertragsangehörigkeit eines Arbeitgebers, die nicht auf § 8 ArbVG und somit auf einem „formellen“ Mitgliedschaftsverhältnis zu einem an einem Kollektivvertragsabschluss beteiligten Verband beruht, an.<sup>267</sup>

## 2 Die Gewerbsmäßigkeit der Arbeitskräfteüberlassung im AGZ

### 2.1 Einleitung und Problemstellung

Unternehmen, die der Gewerbeordnung unterliegen, sind in jedem Fall Mitglied der Wirtschaftskammer. Daher stellt sich die Frage, ob die Überlassung durch einen AGZ eine Gewerbsmäßigkeit iSd Gewerbeordnung darstellt. Ist nämlich die Überlassung im AGZ als gewerbsmäßig anzusehen, ist eine entsprechende Gewerbeberechtigung erforderlich, die dazu führt, dass Überlasser Mitglieder des Allgemeinen Fachverbandes gewerblicher Dienstleister, Berufsgruppe „Personaldienstleister“, wie Arbeitskräfteüberlasser und Arbeitsvermittler, werden. Daraus resultiert die Anwendung des KollV-AÜ für überlassene Arbeiter sowie des Rahmenkollektivvertrags für Angestellte im Gewerbe und Handwerk und in der Dienstleistung für überlassene Angestellte.<sup>268</sup> Der KollV-AÜ legt eine **absolute Untergrenze** für die Höhe des Grundlohnes fest, wobei der zustehende Stundenlohn auch während der Überlassung in Betrieben, in denen der zu berücksichtigende Beschäftigter-KollV niedrigere Stundenlöhne vorsehen würde, nicht unterschritten werden kann.<sup>269</sup> Liegt jedoch im AGZ keine Gewerbsmäßigkeit vor, ist der AGZ auch nicht Mitglied der Wirtschaftskammer bzw deren Berufsgruppe „Personaldienstleister“ und wird auch vom KollV-AÜ nicht erfasst. Daher soll nun geprüft werden, ob die Arbeitskräfteüberlassung durch einen AGZ gewerbsmäßig ist und dadurch einer der beiden Arbeitskräfteüberlasser-KollV zur Anwendung kommt.

*Teloi* gewerberechtllicher Regelungen liegen allgemein in der Qualitätssicherung und Förderung gewerblicher Tätigkeit sowie der Abwehr jener Gefahren und unerwünschten Folgen, die aus dem Betrieb von Gewerben insb für Kunden, Arbeitnehmer und Nachbarn resultieren.<sup>270</sup> Trotz zahlreicher Ausnahmen erfasst die Gewerbeordnung grundsätzlich noch immer den größten

---

<sup>266</sup> Müller/Riesz/Schramek/Wallnöfer in Ennöckl/Raschauer/Wessely, Kommentar zur Gewerbeordnung 1994 § 2 Rz 147 (Stand 1.1.2015, rdb.at).

<sup>267</sup> VwGH 2001/08/0204 ASoK 2004, 185 (Resch).

<sup>268</sup> Sacherer in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> 343.

<sup>269</sup> Schindler, Arbeitskräfteüberlassungs-KV 245.

<sup>270</sup> Pauger in Raschauer, Wirtschaftsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 309.

Teil gewerblicher Aktivität und wird auch respektvoll die „Magna Charta“ der gewerblichen Wirtschaft genannt. Produktions-, Handels- und Dienstleistungsgewerbe sind vom Anwendungsbereich ebenso wie Kleinbetriebe und Industrieunternehmen erfasst. Dieser weite Geltungsbereich ist eine Stärke und Schwäche zugleich. Durch ihre allgemeinen Bestimmungen wirkt die Gewerbeordnung integrativ und vereinheitlichend auf die Rechtsordnung der gewerblichen Wirtschaft, wobei die Unterschiedlichkeit der von ihr erfassten Tätigkeiten auch durch ein Fülle von hochdetaillierten Sonderbestimmungen belastet werden.<sup>271</sup>

Die GewO 1994 findet auf alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten Anwendung, soweit sie nicht nach den §§ 2 bis 4 GewO 1994 ganz bzw teilweise ausgenommen werden. Eine Tätigkeit wird gem § 1 Abs 2 GewO 1994 gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie **selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen** (= Gewinnerzielungsabsicht), gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist.<sup>272</sup> Darüber hinaus setzt Gewerbsmäßigkeit, ohne ausdrücklich im Gesetzestext niedergeschrieben, nach der Judikatur seit jeher voraus, dass jemand am **allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilnimmt**, indem er Güter produziert, mit ihnen handelt oder Dienstleistungen erbringt.<sup>273</sup>

## **2.2 Erfüllt der AGZ die Tatbestandsmerkmale der GewO 1994?**

Als nächster Prüfschritt soll nun erörtert werden, ob eine Überlassung im AGZ eine gewerbsmäßige Tätigkeit iSd GewO 1994 darstellt. Hierfür werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale zuerst grundsätzlich dargestellt und im Weiteren daraufhin geprüft, ob sie jeweils bei der Überlassung innerhalb eines AGZ erfüllt sind.

### **2.2.1 Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr**

Auch wenn im Gesetz nicht ausdrücklich formuliert, ergibt sich aus dem Charakter der Gewerbsmäßigkeit, dass als gewerbsmäßige Tätigkeiten nur solche Tätigkeiten in Betracht kommen, die in einer Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr in Form „der Produktion von Gütern, des Handels oder der Erbringung von Dienstleistungen“ bestehen. Nicht unter den Begriff der gewerbsmäßigen Tätigkeit fallen daher Tätigkeiten, die lediglich zur Befriedigung des Eigenbedarfs des Handelnden gesetzt werden. Es stellen somit insb alle Tätigkeiten eines Gewerbetreibenden, die dieser zur Errichtung<sup>274</sup> oder Änderung seiner Betriebsanlage setzt,

---

<sup>271</sup> Pöschl, System der Gewerbeordnung (2016) Rz 1.

<sup>272</sup> Feik in Bachmann et al, Besonderes Verwaltungsrecht<sup>13</sup> (2020) 245 f.

<sup>273</sup> Pöschl, GewO Rz 17.

<sup>274</sup> VwGH 99/04/0122 VwSlg 15254 A

sowie Bautätigkeiten für den privaten Eigenbedarf<sup>275</sup> **keine gewerbliche Tätigkeit** dar. Das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit und somit auch die Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr ist weit auszulegen.<sup>276</sup>

Diese Auslegung findet gewissen Rückhalt in der Entstehungsgeschichte der Gewerbeordnung. Den ErläutRV<sup>277</sup> zur GewO 1973<sup>278</sup> ist zu entnehmen, dass im Begutachtungsverfahren vorgeschlagen wurde, den Begriff des „Gewerbes“ durch das weitere Merkmal der „Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr“ zu ergänzen, wie es auch im § 28 BAO<sup>279</sup> als Merkmal eines Gewerbebetriebs iSd abgabenrechtlichen Vorschriften verwendet wird. Abgesehen davon, dass sich der abgabenrechtliche Begriff des Gewerbebetriebs nicht mit dem gewerberechtlichen Begriff des Gewerbebetriebs deckt, erschien eine derartige Ergänzung der Gesetzgebung nicht zweckmäßig, da der Begriff des Gewerbes am 1. Oktober 1925, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzartikel<sup>280</sup> des B-VG durch die derzeit noch geltende Gewerbeordnung bereits einen festumrissenen Inhalt hatte. Aufgrund der Versteinerungstheorie ergibt sich nach den ErläutRV auch der Rahmen, innerhalb dessen der Bundesgesetzgeber eine Gewerbeordnung erlassen kann. Es wurde daher argumentiert, dass ein Abgehen von dem Gewerbebegriff der damals geltenden Gewerbeordnung eine unzulässige Ausweitung auf Gebiete bringen könnte, deren Regelungen nicht unter den Kompetenztatbestand fallen. Zusätzlich wird in den ErläutRV angeführt, dass eine derartige Ergänzung durch das aus dem Abgabenrecht stammende Merkmal wegen des Fehlens einer einschlägigen Judikatur der Höchstgerichte – die bisherige Judikatur wäre ja durch die Ergänzung zum größten Teil überholt – eine Unsicherheit in der Vollziehung mit sich bringen würde. Dass der Gesetzgeber die Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr entgegen der bisherigen Praxis nicht mehr als Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit behandelt wissen wollte, ergibt sich laut *Pöschl*<sup>281</sup> aus den Materialien aber nicht.

Weiters verweisen die ErläutRV<sup>282</sup> auf Art IV des Kundmachungspatentes zur GewO 1859<sup>283</sup>, nach dem die Bestimmungen der Gewerbeordnung für alle gewerbsmäßig betriebenen Beschäftigungen gelten. Diese können die Hervorbringung, Bearbeitung oder Umgestaltung

---

<sup>275</sup> VwGH 2004/04/0185 ecolex 2007/34 (*Primosch*).

<sup>276</sup> *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, GewO<sup>4</sup> (2020) § 1 Rz 5 mwN.

<sup>277</sup> RV 395 BlgNR 13. GP 103.

<sup>278</sup> BGBl. 1974/50.

<sup>279</sup> „Eine selbständige, nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, ist Gewerbebetrieb im Sinn der Abgabenvorschriften, [...]“.

<sup>280</sup> Art. 10 Abs 1 Z 8 B-VG „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“.

<sup>281</sup> *Pöschl*, System der GewO Rz 36 mwN.

<sup>282</sup> RV 395 BlgNR 13. GP 103.

<sup>283</sup> RGBI 1859/227.

von Verkehrsgegenständen, den Betrieb von Handelsgeschäften, oder die Verrichtung von Dienstleitungen und Arbeiten zum Gegenstand haben. „Die Regierungsvorlage verzichtet auf eine derartige Aufzählung, weil sie als überflüssig erachtet wird. Eine Aufzählung schließt ferner die Gefahr in sich, dass sie nicht alle möglichen gewerblichen Tätigkeiten erfasst.“<sup>284</sup>

Da der AGZ für seine Mitgliedsbetriebe das Personalmanagement übernimmt, erbringt er für jene **eine Dienstleistung** und nimmt daher mE am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teil. Jene Tätigkeiten, die zur Befriedigung des Eigenbedarfs des Handelnden gesetzt werden, fallen zwar laut VwGH nicht unter den Begriff der Gewerbsmäßigkeit, doch vermittelt der AGZ die Arbeitnehmer schließlich an die Mitgliedsbetriebe und setzt sie nicht für seinen privaten Eigenbedarf ein. Daher **nimmt mE der AGZ durch die Erbringung von Dienstleistungen an seine Mitgliedsbetriebe am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teil.**

### 2.2.2 Selbständigkeit

Als eines der wichtigsten Merkmale der Gewerbsmäßigkeit als Abgrenzung zur unselbständigen Tätigkeit ist die Selbständigkeit. Unselbständig Tätige (Arbeitnehmer) unterliegen selbst nicht der Gewerbeordnung.<sup>285</sup> Zunächst ist der Rechtsbegriff der Selbständigkeit in Abgrenzung zum echten Arbeitsvertrag zu bestimmen, wobei es vorwiegend darauf ankommt, ob die Bestimmungsfreiheit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsverhalten im Wesentlichen wie bei einem Arbeitsvertrag ausgeschaltet ist. Aufgrund des Freiheitsaspektes des Gewerbebegriffes liegt ein Gewerbe iSd Gewerbeordnung danach dann vor, wenn eine wirtschaftliche Tätigkeit in **persönlicher und wirtschaftlicher Selbständigkeit** ausgeübt wird.<sup>286</sup> Da sich bei einem AGZ mehrere Betriebe zu einer Gesellschaft iSd Gesellschaftsrechts bzw eines Vereins zusammenschließen, ist die Abgrenzung zwischen echtem Arbeitsvertrag und Selbständigkeit mE unproblematisch.

Selbständig bedeutet nun, dass Wirtschaftstreibende betriebliche Entscheidungen (überwiegend) aufgrund eigenen freien Willensentschlusses zu treffen berechtigt sind und im Wesentlichen daher unbeeinflusst vom Willen Dritter sind (= **unternehmerische Entscheidungsfreiheit**). Diese erste Komponente des Selbständigkeitskriteriums wird durch eine zweite Komponente erweitert: Wer befugt ist, wirtschaftlich relevante Entscheidungen zu treffen, muss auch für die wirtschaftlichen Folgen dieser Entscheidungen aufkommen. Daher wird das freie Entschlussrecht der Unternehmer durch die wirtschaftliche

---

<sup>284</sup> RV 395 B1gNR 13. GP 103.

<sup>285</sup> *Katlan-Dworak*, Praxishandbuch Gewerbeordnung: Berufsrecht – Betriebsanlagenrecht – Verfahren (2019) 5.

<sup>286</sup> *Müller in Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 1 Rz 14.



Folgeverantwortlichkeit ergänzt (= **Tragung des Unternehmerrisikos**). Dem Begriff „selbständig“ ist die erste Komponente (weitgehend unternehmerische Entscheidungsfreiheit) von seiner Wortbedeutung her immanent. Mit der gesetzlichen Formulierung in § 1 Abs 3 GewO 1994, „auf eigene Rechnung und Gefahr“ wird die zweite Komponente des Selbständigkeitsbegriffes (= **Tragung des Unternehmerrisikos**) zum Ausdruck gebracht.<sup>287</sup>

Dementsprechend wird eine Tätigkeit dann ausgeübt, wenn der Unternehmer die gebotenen Entscheidungen unbeeinflusst vom Willen Dritter treffen kann und für die ökonomischen Folgen seiner Entscheidungen aufkommen muss. Dass Unternehmer am Markt in gewisser Weise von ihrem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig sind, beseitigt die Selbständigkeit nicht.<sup>288</sup>

Dass der AGZ die Interessen seiner Mitgliedsbetriebe berücksichtigt und diesen Einfluss auf die Entscheidungen des AGZ haben, ändert nichts an seiner Selbständigkeit iSd GewO 1994, da der AGZ seine betrieblichen Entscheidungen grundsätzlich unbeeinflusst vom Willen Dritter trifft. Der AGZ entscheidet grundsätzlich selbst, welche Personen er als Arbeitnehmer beschäftigt bzw wie er mit diesen in Kontakt tritt, wie er die Organisation seiner Dienstleistungen für die Mitgliedsbetriebe regelt und ist für die Anschaffung seiner Betriebsmittel selbst verantwortlich. Auch das Unternehmensrisiko wird vom AGZ getragen, da er durch seine Kalkulation der Kosten seiner Arbeitnehmer sowie etwaige andere Betriebsausgaben die wirtschaftliche Folgeverantwortung trägt. Daraus kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass der **AGZ** auch das **Tatbestandsmerkmal der Selbständigkeit erfüllt**.

### 2.2.3 Regelmäßigkeit

Neben der Selbständigkeit setzt die Gewerbsmäßigkeit zusätzlich voraus, dass eine Tätigkeit regelmäßig, dh mit Nachhaltigkeit, betrieben wird.<sup>289</sup> Regelmäßigkeit iSd GewO 1994 bedeutet, dass eine Tätigkeit tatsächlich bzw von der Absicht her auf eine gewisse Dauer, also auf **Wiederholung oder Fortsetzung**, angelegt ist, wobei dies jedenfalls bei einer ununterbrochenen Tätigkeit der Fall ist, die sich über einen bestimmten Zeitraum erstreckt. Auch Tätigkeiten in zeitlichen Abständen, die immer wieder unterbrochen werden (saisonale Tätigkeiten) erfüllen den Tatbestand der Regelmäßigkeit.<sup>290</sup> Auf den Umfang, in dem eine den

---

<sup>287</sup> Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO<sup>4</sup> § 1 Rz 10.

<sup>288</sup> Wiesinger, Befugnis ohne Gewerbeberechtigung, ZVB 2016/48 (187).

<sup>289</sup> Pöschl, System der GewO Rz 22.

<sup>290</sup> Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO<sup>4</sup> § 1 Rz 12.

Gegenstand eines Gewerbes bildende Tätigkeit ausgeübt wird, kommt es hingegen nicht an. Eine gewerbsmäßige Ausübung besteht auch dann, wenn lediglich merkliche Umsätze aus einer Tätigkeit erzielt werden.<sup>291</sup>

Gem § 1 Abs 4 S 1 GewO 1994 ist eine wiederkehrende Tätigkeit nicht zwingende Voraussetzung der Regelmäßigkeit. Regelmäßige Handlungen stellen daher auch einmalige Handlungen dar, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann, oder wenn sie längere Zeit erfordert (zB Bauarbeiten).<sup>292</sup> „Regelmäßig wird eine Wiederholungsabsicht dann angenommen werden dürfen, wenn die Begleitumstände einer einmaligen Handlung so geartet sind, daß aus ihnen geschlossen werden kann, es werde mit dieser einmaligen Handlung nicht sein Bewenden haben [...]“.<sup>293</sup> Es handelt sich folglich um eine quaestio facti, bei der es auf die äußeren Umstände ankommt.<sup>294</sup> Der Gewerbeausübung gleichgehalten wird gem § 1 Abs 4 S 2 GewO 1994, wenn jemand eine einen größeren Gegenstand eines Gewerbes bildende Tätigkeit einem größeren Personenkreis anbietet. Ferner wird der Gewerbeausübung auch gleichgehalten, wenn jemand bei einer Ausschreibung ein Angebot für eine gewerbliche Tätigkeit legt.

Da die vordergründige Aufgabe eines AGZ darin besteht, Arbeitnehmer anzustellen, die später an seine Mitgliedsbetriebe überlassen werden, bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wieder neues Personal zu rekrutieren sowie für die mögliche Auslastung der Arbeitnehmer neue Mitgliedsbetriebe zu gewinnen, handelt es sich mE unzweifelhaft um den Gegenstand eines Gewerbebetriebs bildende Tätigkeiten (Arbeitskräfteüberlassung), sodass ein **AGZ regelmäßige Handlungen iSd Gewerbeordnung** ausführt. Sollte der AGZ die Arbeitnehmer allerdings nicht regelmäßig, sondern nur fallweise ohne erkennbare Wiederholungsabsicht überlassen, würde diese Überlassung nicht als gewerbsmäßig gelten und nicht in den Anwendungsbereich der GewO 1994 fallen. Solche „gelegentlichen“ Überlassungen erfordern daher keine Gewerbeberechtigung nach § 135 GewO 1994, unterliegen aber ungeachtet dessen dem AÜG.<sup>295</sup>

---

<sup>291</sup> VwGH 18.5.2005, 2005/04/0070.

<sup>292</sup> Feik in Bachmann et al, Besonderes Verwaltungsrecht<sup>13</sup> 200.

<sup>293</sup> VwGH 11.11.1998, 98/04/0050.

<sup>294</sup> Müller in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 1 Rz 19.

<sup>295</sup> Granner in Raschauer/Resch, Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung 40; Zur „gelegentlichen“ Überlassung Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 73 f; Sacherer/Schöll, Gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung – Wann und in welchem Umfang ist das AÜG anwendbar? RdW 2005/568; Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> (2006) 346; Schindler in ZellKomm<sup>3</sup> § 1 AÜG Rz 13.

## 2.2.4 Ertragsabsicht

### 2.2.4.1 Generalklausel des § 1 Abs 2 GewO 1994

Schließlich setzt Gewerbsmäßigkeit gem § 1 Abs 2 GewO 1994 voraus, dass eine Tätigkeit in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (= Ertrags- bzw Gewinnerzielungsabsicht), gleichgültig für welche Zwecke er bestimmt ist. Nach der Judikatur<sup>296</sup> indizieren **entgeltliche Leistungen** eine Gewinnerzielungsabsicht, wobei das angestrebte Entgelt die Unkosten übersteigen<sup>297</sup> muss, da sonst eine Gewinnerzielungsabsicht fehlt, auch wenn die Gebarung kaufmännisch ist.<sup>298</sup> Entgeltlich ist eine Tätigkeit auch dann, wenn sie auf die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils gerichtet ist, wenn sie also mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgt, unabhängig des tatsächlichen Erfolgs.<sup>299</sup> Entgelt alleine erweist jedoch nicht, dass mit der Betätigung ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil herbeigeführt werden soll, die Betätigung also in Gewinnabsicht unternommen wird.<sup>300</sup>

Wie bereits erwähnt, soll ein AGZ die Personalplanung bzw -koordination der Mitgliedsbetriebe übernehmen, wobei die Dienste der Arbeitskräfte den beteiligten Unternehmen in Rechnung gestellt werden. Der AGZ ist nicht darauf ausgerichtet, aus der Koordination der Arbeitskräfte Gewinne zu erwirtschaften, sondern durch die gemeinschaftliche Verantwortung der Betriebe die Auslastung der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Da von einer Gewinnabsicht nicht gesprochen werden kann, wenn das Entgelt für eine erbrachte Leistung nur im Ersatz der erwachsenen Betriebskosten besteht<sup>301</sup>, liegt der Schluss nahe, dass ein AGZ nicht iSd GewO 1994 gewerbsmäßig tätig ist und ihr daher nicht unterfällt. Übt aber eine juristische Person Tätigkeiten aus, bei denen Erträge erzielt werden, können die Erträge einerseits der juristischen Person oder den Mitgliedern der juristischen Person allein bzw beiden zufließen. Kommen etwaige Erträge aus einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit einer Personenvereinigung ausschließlich den Mitgliedern zu, wäre bei alleiniger Bedachtnahme auf § 1 Abs 2 GewO 1994 die Ertragsabsicht, und damit die Gewerbsmäßigkeit, dieser Tätigkeit **zu verneinen**, „*da auf Personen, denen eine gewerbliche Tätigkeit zugerechnet werden soll*“, alle Merkmale der Gewerbsmäßigkeit zutreffen müssen.<sup>302</sup>

---

<sup>296</sup> VwGH 11.11.1998, 98/04/0050.

<sup>297</sup> VwGH 5.11.1991, 91/04/0150.

<sup>298</sup> VwGH 89/04/0186 VwSlg 13113 A.

<sup>299</sup> VwGH 25.6.2003, 2002/03/0069.

<sup>300</sup> VwGH 90/04/0130 VwSlg 13408 A.

<sup>301</sup> VwGH 0204/69 VwSlg 7736 A.

<sup>302</sup> *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, GewO<sup>4</sup> § 1 Rz 38; VwGH 17.11.1976, 2049/75.

Aus § 1 Abs 5 GewO 1994 ist jedoch abzuleiten, dass eine Personenvereinigung als eine gewerbliche Tätigkeit ausübende Rechtsperson zu bewerten ist, auch dann, wenn von vornherein und ausdrücklich die Absicht besteht, den Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil nicht der Personenvereinigung selbst, sondern lediglich den einzelnen Mitgliedern zukommen zu lassen. Der Umstand, dass bei einer Personenvereinigung der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteile **ausschließlich den Mitgliedern** zufließt, ändert daher nichts an der Gewerbsmäßigkeit der betreffenden Personenvereinigung.<sup>303</sup> Daher stellen die Bestimmungen des § 1 Abs 5 und Abs 6 GewO 1994 für Personenvereinigungen und Vereine eine Sondernorm für jene Fälle dar, in denen bei alleiniger Anwendung des § 1 Abs 2 GewO 1994 die Ertragsabsicht verneint werden müsste, weil der erzielte Ertrag nicht der Personenvereinigung bzw dem Verein, sondern der wirtschaftliche Vorteil seinen Mitgliedern gereicht wird.<sup>304</sup>

Daher soll nun im nächsten Schritt geprüft werden, ob der AGZ eine Gewinnerzielungsabsicht entweder iSd § 1 Abs 5 oder Abs 6 GewO 1994 erfüllt.

#### **2.2.4.2 Spezialregelung für Personenvereinigungen gem § 1 Abs 5 GewO 1994**

§ 1 Abs 5 GewO 1994 normiert, dass die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vorliegt, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen sollen. Dadurch wird ausdrücklich klargestellt,<sup>305</sup> dass bei Personenvereinigungen Gewinnerzielungsabsicht vorliegt, wenn der wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern der Personenvereinigung zufließen soll. Der Tatbestand ist allerdings nur verwirklicht, wenn eine Personenvereinigung in der Absicht tätig wird, zunächst **unmittelbar für sich** einen Ertrag zu erzielen, der erst dann den Mitgliedern zukommen soll. Nicht in Gewinnerzielungsabsicht handelt daher eine Personenvereinigung, wenn ihre Mitglieder direkt begünstigt werden.<sup>306</sup>

Dazu hielt der VwGH<sup>307</sup> schon 1976 fest: *„Da auf denjenigen, dem eine gewerbsmäßige Tätigkeit zugerechnet werden soll, begrifflich alle Merkmale der Gewerbsmäßigkeit zutreffen müssen, bedeutet dies, dass auch eine Personenvereinigung im Sinne des § 1 Abs 5 GewO 1973 jedenfalls nur dann dem Anwendungsbereich der GewO 1973 unterliegt, wenn sie in der Absicht tätig wird, für sich, wenn auch nur vorübergehend, einen Ertrag oder sonstigen*

---

<sup>303</sup> Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO<sup>4</sup> § 1 Rz 38 mwN.

<sup>304</sup> VwGH 24.11.1992, 92/04/0180.

<sup>305</sup> RV 395 BlgNR 13. GP 104.

<sup>306</sup> Pöschl, GewO Rz 33 mwN.

<sup>307</sup> VwGH 17.11.1976, 2049/75.

*wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. § 1 Abs 5 GewO 1973 regelt demgemäß den Fall, dass ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil zwar bei der Personenvereinigung anfallen, jedoch nach deren Gebarung, sei es offen oder versteckt, den Mitgliedern der Personenvereinigung zufließen soll. Die historische Absicht des Gesetzgebers ist offensichtlich nicht darauf gerichtet, Personenvereinigungen im Sinne der § 1 Abs 5 GewO 1973, wie Vereine und Körperschaften, deren Tätigkeit lediglich einen unmittelbaren Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil für die Mitglieder der Vereinigung zur Folge hat, der Gewerbeordnung zu unterstellen.“*

### **2.2.4.3 Ertragsabsicht des AGZ isd § 1 Abs 5 GewO 1994**

Wird nun davon ausgegangen, dass ein AGZ eine Personenvereinigung ist, die Leistungen für ihre Mitgliedsbetriebe erbringt, stellt sich die Frage, ob der AGZ einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil erzielt, der dann den Mitgliedern des AGZ zufließen soll. Daher ist zu prüfen, ob eine Ertragserzielungsabsicht des AGZ gem § 1 Abs 5 GewO 1994 gegeben ist. Da eine Personenvereinigung aber nicht mit Ertragserzielungsabsicht handelt, wenn ihre Mitglieder direkt begünstigt werden bzw der Tatbestand des § 1 Abs 5 GewO 1994 nur verwirklicht wird, wenn die Personenvereinigung in der Absicht tätig wird, zunächst unmittelbar für sich einen Ertrag zu erzielen<sup>308</sup>, der erst dann den Mitgliedern zukommen soll, scheidet demnach auch eine Ertragserzielungsabsicht für AGZ aus. Mag auch durch die Ersparnis der Personalverwaltung der Mitgliedsbetriebe durch den AGZ einen „wirtschaftlichen Vorteil“ gesehen werden, ist dieser Umstand nicht ausschlaggebend für die Anwendung des § 1 Abs 5 GewO 1994. Für dessen Anwendung ist es nämlich erforderlich, dass der Ertrag oder wirtschaftliche Vorteil zunächst beim AGZ eintritt und erst in weiterer Folge den Mitgliedsbetrieben zufließen muss.

Das hat zur Folge, dass ein AGZ als Personenvereinigung **keine gewerbsmäßige Tätigkeit** isd § 1 Abs 5 GewO 1994 ausübt. Das bedeutet jedoch noch nicht, dass jeder AGZ nicht der Gewerbeordnung unterliegt, da § 1 Abs 6 GewO 1994 eine „Ausnahme von der Ausnahme“ für Vereine vorsieht, welche nun geprüft werden soll.

### **2.2.4.4 Spezialregelung für Vereine gem § 1 Abs 6 GewO 1994**

#### **2.2.4.4.1 Vorfrage: Der AGZ in der Rechtsform des Vereins**

Bevor nun eine Prüfung der Gewerbsmäßigkeit des AGZ in der Rechtsform eines Vereins durchgeführt wird, soll zuvor geklärt werden, ob ein AGZ grundsätzlich als Verein errichtet

---

<sup>308</sup> VwGH 2.12.1983, 83/04/0189.

werden kann. Neben der Darstellung der allgemeinen Voraussetzungen des Vereinsgesetzes wird auch auf die derzeit einzige Entscheidung bzgl AGZ durch das LVwG OÖ eingegangen.

#### 2.2.4.4.1.1 Allgemeines

Gem § 1 Abs 1 VerG 2002 ist ein Verein ein freiwilliger, auf Dauer angelegter, auf Basis von Statuten organisierter Zusammenschluss **mindestens zweier Personen zur Verfolgung eines bestimmten, gemeinsamen ideellen Zweckes, welchem Rechtspersönlichkeit zukommt.**

Wesensmerkmal eines Vereins ist, dass sich eine Person frei entscheiden kann, ob sie diesem angehören will oder nicht. Der Beitritt beruht daher auf Freiwilligkeit.<sup>309</sup> Schon der Ausdruck Zusammenschluss beinhaltet bereits, dass ein Verein mindestens zwei Mitglieder haben muss. Daher kennt das österreichische Recht keinen Verein mit nur einem Mitglied, ein solcher Verein ist nicht zu gestatten bzw sollte die Mitgliederzahl später dementsprechend absinken, wäre dieser aufzulösen. Als Mitglieder kommen sowohl natürliche als auch juristische Personen in Betracht, da das Gesetz dahingehend nicht unterscheidet.<sup>310</sup>

Weiters fordert das Gesetz die Verfolgung eines bestimmten, gemeinsamen ideellen Zwecks. Unter „bestimmten“ Zweck wird auf die Statuten verwiesen, die eine klare und umfassende Umschreibung des Vereinszwecks enthalten müssen. Der Vereinszweck muss klar und deutlich aus den **Statuten** hervorgehen und muss Klarheit über die Vereinsziele schaffen, wobei die bloße „Weitschweifigkeit“ der Statuten grundsätzlich unschädlich ist. Durch den Begriff „Zusammenschluss“ lässt sich bereits schlussfolgern, dass der Verein zu einem Zweck gegründet wird, der von seinen Mitgliedern gemeinschaftlich mitgetragen wird. Demzufolge wird das gemeinsame Ziel regelmäßig den wesentlichen Grund für den Zusammenschluss mit anderen Personen darstellen.<sup>311</sup>

Werden diese gesetzlichen Voraussetzungen im Hinblick auf die Gründung eines AGZ als Verein betrachtet würde dieser nicht dem Vereinsgesetz widersprechen. Einer detaillierten Prüfung muss aber das Tatbestandsmerkmal „ideeller“ Zweck unterzogen werden, welches in § 1 Abs 2 VerG 2002 dahingehend konkretisiert wird, dass ein Verein **„nicht auf Gewinn berechnet“** sein darf. Ob dieses Tatbestandsmerkmal auch auf AGZ in Vereinsform zutrifft, scheint auf den ersten Blick fraglich.

---

<sup>309</sup> Durch Rechtsgeschäft im Rahmen der Gründung durch Abschluss der Gründungsvereinbarung zwischen Gründern, später durch einen Beitritts- oder Aufnahmevertrag zwischen Verein und dem zukünftigen Mitglied.

<sup>310</sup> Weilinger/Miernicki in Schopper/Weillinger, VereinsG § 1 Rz 29, 32 f mwN (Stand 1.10.2018, rdb.at).

<sup>311</sup> Weilinger/Miernicki in Schopper/Weillinger, VereinsG § 1 Rz 34 f mwN.

Gem § 1 Abs 2 VerG darf ein Verein nicht auf Gewinn berechnet sein und das Vereinsvermögen nur im Sinne des Vereinszwecks verwenden. In den ErläutRV<sup>312</sup> des Vereinsgesetzes heißt es, dass ein Verein einen „ideellen“ Zweck verfolgt, was bedeutet, dass er, wie Abs 2 bestimmt, nicht auf Gewinn berechnet sein darf. Die Novellierung hält somit am Wortlaut des § 2 Vereinsgesetz 1951 fest und soll am bisherigen Verständnis der zulässigen Zielsetzung ideeller Vereine nichts ändern. Zukünftig bleibt daher auch die einschlägige Judikatur des VfGH ausschlaggebend.

Dazu wird in den ErläutRV<sup>313</sup> weiters ausgeführt: *„Ein Verein darf sohin auch erwerbswirtschaftlich tätig sein und eine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit ausüben, solange nicht beim Verein anfallende Gewinne an Vereinsmitglieder vereinszweckwidrig ausgeschüttet oder an Dritte verteilt werden. Der Umstand allein, dass die Mitgliedschaft bei einem Verein den Mitgliedern materielle Vorteile – wie etwa ein Senken der Kosten ihrer Wirtschaftsführung – verschafft, bedeutet noch nicht, dass der Verein „auf Gewinn berechnet“ ist. [...] Aus all dem folgt, dass ein Verein einerseits in gewissem Rahmen auch auf Gewinn zielende Aktivitäten entfalten und andererseits auch seinen Mitgliedern durch die Erbringung wirtschaftlich werthafter Leistungen dienlich sein kann. Entscheidend ist und bleibt, dass der Vereinszweck als solcher nicht in der Gewinnerzielung besteht, und dass der Verein nicht bloß den Deckmantel für eine Erwerbstätigkeit seiner Mitglieder oder dritter Personen bildet. [...] Mit diesem liberalen Ansatz will der Entwurf den gegebenen Realitäten gerecht werden und auch einer künftigen Assoziationsdynamik angemessen Raum geben [...]. Abs. 2 normiert ferner, dass das Vereinsvermögen nur im Sinne des Vereinszwecks verwendet werden darf. Nicht nur erzielte Gewinne, sondern das Vereinsvermögen überhaupt ist nicht zur Verteilung in Abweichung von dem in den Statuten umschriebenen (ideellen) Vereinszweck bestimmt.“*

Mit der Frage, ob ein AGZ als Verein einen „ideellen“ Zweck verfolgt bzw „nicht auf Gewinn“ berechnet ist, befasste sich 2018 das LVwG OÖ. Die Entscheidung soll nun im Folgenden dargestellt und näher erörtert werden.

#### 2.2.4.4.1.2 Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich

Im Jahr 2018 erkannte das LVwG OÖ<sup>314</sup> gegen einen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen betreffend Untersagung einer Vereinsgründung, nämlich eines AGZ. Mit diesem

---

<sup>312</sup> ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 20.

<sup>313</sup> ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 20 f.

<sup>314</sup> LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa.

Bescheid wurde die angezeigte Gründung des „AGZ H“ mit Sitz in W nicht gestattet. Die belangte Behörde führte nach allgemeinen Ausführungen zum Thema „Arbeitsvermittlung“<sup>315</sup> und Verweis auf § 2 f AMFG zusammengefasst aus, dass aus dem Vereinszweck abzuleiten sei, dass ausschließlich die Vermittlung von Arbeitskräften beabsichtigt sei, was als gewerbliche Tätigkeit einzustufen und an eine gewerbliche Bewilligung gebunden sei. Weiters handle es sich bei dieser Art von Arbeitskräfteüberlassung um eine rein wirtschaftliche Tätigkeit mit Gewinnabsicht weshalb der Verein seinem Zweck nach gesetzwidrig und im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung seine Gründung zu untersagen sei.

In der verfahrensgegenständlichen Beschwerde erläuterte der Beschwerdeführer: „[...] ,dass es sich bei Arbeitgeberzusammenschlüssen (AGZ) um ein in Europa bereits bewährtes Modell handle und die überwiegende Rechtsform Vereine seien, da zugunsten der Vereinsmitglieder (Firmen) und Begünstigten (ArbeitnehmerInnen) keinerlei Gewinnabsicht herrsche. Es gehe um die nachhaltige Schaffung von dauerhaften Arbeitsplätzen durch die Vereinsmitglieder und eine „Aufteilung der Kosten“. Der Verein würde sich klar von einem Arbeitskräfte-Überlasser im Sinne einer gewinnorientierten Leasing-Firma unterscheiden. Es sei nicht beabsichtigt, als Arbeitsvermittler wie etwa das AMS aufzutreten. Auch würde keine „Gewinnabsicht“ des Vereins vorliegen; neben der Einschreibgebühr würden die weiteren Kosten durch „Kostenteilung“ (Aufteilung der Realkosten ohne Gewinnabsicht) mit den Vereinsmitgliedern abgerechnet. Es sei zutreffend, dass der Verein dem Gewerberecht der Arbeitskräfteüberlassung zuzuordnen sei. Die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit durch einen Verein sei jedoch zulässig, solange keine Gewinnabsicht bestehe. Die Proponenten würden deshalb auch über die Berechtigung für die Gewerbe „Unternehmensberatung“ (T M) bzw. „Arbeitskräfteüberlassung“ (A H) verfügen und als gewerberechtliche Geschäftsführer des Vereins die entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen für den Vereinsbetrieb einbringen.“

Das LVwG OÖ hielt fest, dass ein Verein nach dem VerG nur zur Verfolgung eines bestimmten, gemeinsamen, ideellen Zwecks gegründet werden kann und der Verein nicht auf Gewinn berechnet sein darf. Das Vereinsvermögen darf nur iSd Vereinszwecks verwendet werden. Im konkreten Fall erschien dem LVwG OÖ gerade dieser Punkt in der Begründung des angeführten Bescheides als strittig und sah den Bedarf weiterer Ausführungen.

---

<sup>315</sup> Zur Abgrenzung Arbeitsvermittlung und Arbeitskräfteüberlassung siehe Teil B, Abschnitt 3.



Neben den schon einleitend dargestellten Ausführungen in den ErläutRV führte das LVwG OÖ ua aus:

*„Ein Verein, der nach seinen Statuten nicht bezweckt, selbst Einkünfte zu erzielen, und der nach den Statuten auch nicht darauf gerichtet ist, seinen Mitgliedern Einkünfte zu verschaffen, sondern nur darauf, die Verwaltungskosten der ihm als Mitglieder angehörenden Gemeinden zu senken, ist nicht „auf Gewinn berechnet“ [...]. „Auf Gewinn berechnet“ bedeutet im Sinne der Judikatur somit nicht, daß jede Form materieller Zuwendungen ausgeschlossen sein soll. Auch nach der nun vorgesehenen Regelung wird es zulässig sein, daß ein Verein eigene Arbeitskräfte beschäftigt und diese aus seinen Mitteln entlohnt, sofern es sich um eine angemessene Entlohnung handelt. Ebenso wenig schließt diese Regelung aus, daß aus Vereinsmitteln Zuwendungen gemacht werden, die der Verwirklichung des ideellen Vereinszweckes dienen, wie zB die Anschaffung bestimmter Einrichtungen durch den Elternverein an einer Schule. Gleichfalls sind Vereine nicht als „auf Gewinn berechnet“ anzusehen, die im Rahmen ihrer ideellen Ziele Arbeitsplätze schaffen oder die Erhaltung solcher fördern.“<sup>316</sup>*

*„Der Begriff des „ideellen Vereins“ darf insofern auch nicht mit dem „gemeinnützigen Verein“ verwechselt werden. Ersterer ist ein Begriff des VerG und im gegenständlichen Fall maßgeblich. Letzterer ist ein Begriff des Steuerrechts [...] und beschreibt einen steuerlich begünstigten Vereinszweck, aber ist zur Beurteilung der Frage, ob ein „nicht auf Gewinn berechneter“ Verein iSd § 1 VerG vorliegt, nicht maßgeblich. Dass, weil die gegenständlich zu gründende Organisation eine wirtschaftliche Tätigkeit entfalten soll, die allen Mitgliedern zugutekommt, und insofern unter Umständen etwa auch die Gründung einer Genossenschaft [...], und somit eine andere Rechtsform als die eines Vereins in Erwägung gezogen werden hätte können, ist für die Frage des Vorliegens eines ideellen Vereinszwecks und letztlich der Zulässigkeit einer Vereinsgründung ebenso nicht maßgeblich. Die Gründer sind vielmehr bei Fehlen spezieller gesetzlicher Vorgaben in ihrer Rechtsformwahl frei.“<sup>317</sup>*

Diesen Ausführungen folgend stellte das LVwG OÖ fest, dass Zweck des Vereins „AGZ H“ laut seinen Statuten „[...] ausschließlich und unmittelbar die Bündelung von Fach- und Arbeitskräftebedarfen, die Überlassung von Personal an seine Mitgliedsbetriebe, die Aus- und Weiterbildung von Arbeitskräften sowie die gedeihliche Zusammenarbeit in kooperativem

---

<sup>316</sup> LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa.

<sup>317</sup> LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa.

*Personalmanagement, sofern dieses über das Stammpersonal hinausgeht [...]*<sup>318</sup>, besteht. Arbeitnehmer des Vereins sollen ausschließlich in Mitgliedsbetrieben ihre Arbeitsleistung erbringen. Wie auch aus den Statuten ersichtlich, wird eine Zusammenarbeit in der Personalarbeit derart erfolgen, dass ein AGZ gegründet und die im Rahmen des AGZ beschäftigten Arbeitnehmer entsprechend dem Bedarf zwischen den Mitgliedern „geteilt“ sowie über den Verein weitergebildet bzw. höherqualifiziert werden. Zusätzliche Leistungen im Bereich Personalmanagement und Personalentwicklung (Suche nach Fach- und Arbeitskräften) erfolgen, wobei sich die Mitgliedsbetriebe dahingehend die Kosten teilen, dass anteilige Kostenbeiträge für die Dienstleistungen des „AGZ H“ von den Mitgliedern zu leisten sind. Berechnet werden die zu zahlenden Beiträge der Mitglieder einerseits nach den Kosten pro Arbeitnehmer auf Basis der Kollektivvertragsentlohnung und andererseits plus einen 10- bis 15-prozentigen Aufschlag zur Abdeckung vom Verein übernommenen Verwaltungstätigkeiten (zB Lohnverrechnung). Etwaige Überschüsse werden statutengemäß wiederum in Fort- und Weiterbildung fließen bzw. werden Rücklagen dafür gebildet.

Daraus ergibt sich, dass der Verein auf eine Zusammenarbeit im Sinne eines **gemeinsamen Nutzens** (Bündelung betrieblicher Teilbedarfe an Fachkräften und dadurch entstehende Vorteile) und eines kostendeckenden Geschäftsbetriebs ausgerichtet ist und beabsichtigt, langfristig grundsätzlich unbefristete, sozialversicherungspflichtige (Vollzeit-)Jobs in der Region H zu schaffen. Auch sollen Arbeitnehmer vor faktischen Umständlichkeiten einer möglicherweise sonstigen mehrfachen Teilzeitbeschäftigung bewahrt werden bzw. sonst nicht mögliche Anstellungen bei regionalen Betrieben realisieren.

Da Vereinsstatuten, nach Auffassung des LVwG OÖ, im Zweifelsfall im Sinne der Vereinsfreiheit gesetzeskonform auszulegen sind, ist nicht davon auszugehen, dass die Bündelung von Fach- und Arbeitskräftebedarfen, die Überlassung von Personal an die Mitgliedsbetriebe, die Aus- und Weiterbildung beim Verein angestellter Arbeitskräfte sowie die gedeihliche Zusammenarbeit im kooperativen Personalmanagement **keinen ideellen Zweck** darstellt. Für das Gericht war weiters aus den Vereinsstatuten nicht ableitbar, dass Überschüsse erwirtschaftet werden sollten, die etwa an die Vereinsmitglieder ausbezahlt werden sollten. Vielmehr scheint die Zusammenarbeit auf einen kostendeckenden Geschäftsbetrieb gerichtet zu sein. Dass der Verein den Zweck hat, die Erwerbstätigkeit seiner Mitglieder zu begünstigen, indem etwa ansonsten bestehende Personalengpässe durch den bedarfsabhängigen Einsatz von beim Verein angestellten Fachkräften vermieden werden

---

<sup>318</sup> LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa.

können und durch die in der Regel regelmäßige Überlassung derselben AGZ-Arbeitnehmer an die Mitgliedsunternehmen ein mit den Usancen des Betriebs vertrautes, qualifiziertes Personal zur Verfügung steht, und die Vereinsmitglieder durch die Möglichkeit der Abrufung von Personal beim Verein möglicherweise die Kosten ihrer Wirtschaftsführung etwas zu senken vermögen, schadet nicht. Aufgrund dieser Ausführungen kam das LVwG OÖ zu der Entscheidung, dass der angefochtene Bescheid und die damit ergangene Untersagung der Vereinsgründung behoben und der Beschwerde der Untersagung stattzugeben ist.<sup>319</sup>

#### 2.2.4.4.1.3 Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass ein AGZ auch als Verein iSd Vereinsgesetzes 2002 gegründet werden kann und der Entscheidung des LVwG OÖ zuzustimmen ist. Ausschlaggebend ist dabei, wie oben ausgeführt, die Ausformulierung der Statuten, die den ideellen Zweck eines AGZ widerspiegeln müssen.

Wie schon in den ErläutRV<sup>320</sup> ausgeführt wird, ergibt sich aus den einschlägigen Regelungen des HGB (nunmehr UGB) und der Gewerbeordnung, dass ein wirtschaftlich tätiger Verein bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen etwa den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches (nunmehr UGB) oder der Gewerbeordnung unterliegt. Dies auszusprechen ist **nicht Sache** des Vereinsrechts. Ein AGZ kann somit in Vereinsform begründet werden, sodass sich nunmehr die Frage stellt, ob ein derartiger AGZ eine gewerbsmäßige Tätigkeit iSd § 1 Abs 6 GewO 1994 ausübt.

#### 2.2.4.4.2 Historische Entwicklung des § 1 Abs 6 GewO 1994

Die liberale Rspr des VwGH zu § 1 Abs 5 GewO 1973 bot für Vereine Umgehungsmöglichkeiten, da zumindest vorübergehend die Erzielung eines Ertrags oder sonstige wirtschaftliche Vorteile für die Personenvereinigung bzw des Vereins beabsichtigt sein mussten. Die bloße Deckung konnexer Kosten für den Verein reichten für die Anwendung der Bestimmung nicht aus.<sup>321</sup> Das führte dazu, dass einige Vereine ausschließlich als Deckmantel für genuine unternehmerische Tätigkeiten gewählt wurden und nur den Zweck verfolgten, das Gewerberecht zu umgehen.<sup>322</sup>

---

<sup>319</sup> LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa.

<sup>320</sup> ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 21.

<sup>321</sup> Müller in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 1 Rz 24.

<sup>322</sup> *Schulev-Steindl*, Idealvereine und Gewerberecht, *ecolex* 1994, 8.

Diese Problematik verdeutlicht das Erkenntnis des VwGH<sup>323</sup>, wonach ein Siedlerverein, der in Tageszeitungen angebotene Baugründe kostendeckend an seine Mitglieder verkaufte. Dazu hielt der VwGH fest, dass es unmaßgeblich sei, ob ein Verein seine Tätigkeit auf Mitglieder beschränke und ob die fragliche Tätigkeit mit dem statutenmäßigen Vereinszweck übereinstimme. Auch sei die Ertragsabsicht iSd §1 Abs 2 GewO 1973 noch nicht allein dadurch erwiesen, dass eine Tätigkeit entgeltlich erfolge. Jedenfalls wird dies unzutreffend sein, wenn durch das Entgelt nur die entstehenden Unkosten ganz oder lediglich zum Teil gedeckt werden sollen. Dass damit wirtschaftliche Vorteile für die Mitglieder verbunden waren, wie die Kostenersparnis eines Immobilienmaklers, stand dem nicht entgegen. § 1 Abs 5 GewO 1973 sei nämlich nur bei Vereinen anwendbar, die in der Absicht tätig würden, *„für sich, wenn auch nur vorübergehend, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen“*, nicht aber dann, wenn Erträge oder sonstige wirtschaftliche Vorteile lediglich unmittelbar bei den Mitgliedern einer Personenvereinigung anfielen.<sup>324</sup>

Aufgrund dieser Rechtslage wurden in den 1970er- und 1980er-Jahren zunehmend Vereine mit dem einzigen Zweck gegründet, für ihre Mitglieder gewerbliche Tätigkeiten auszuüben. Um auch derartige Tätigkeiten von Vereinen der Gewerbeordnung zu unterwerfen, wurde mit der Novelle<sup>325</sup> zur Gewerbeordnung 1988 die Gewinnerzielungsabsicht bei Vereinen in § 1 Abs 6 GewO 1973, wie nun im Folgenden dargestellt, neu geregelt.<sup>326</sup>

#### 2.2.4.4.2.1 Die Gewerberechtsnovelle 1988

Die Regierungsvorlage<sup>327</sup> zur Gewerberechtsnovelle 1988 sah zunächst eine Änderung des § 1 Abs 5 GewO 1973 folgendermaßen vor:

*„Die Absicht einen Ertrag, oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn die Tätigkeit einer Personenvereinigung hauptsächlich auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für deren Mitglieder gerichtet ist.“*

In den ErläutRV<sup>328</sup> wird ausgeführt, dass demnach vermehrt Vereine errichtet werden, um Tätigkeiten für ihre Mitglieder auszuüben, die den Gegenstand eines Gewerbes bilden. *„Da kein unmittelbares Zufließen des Ertrages der Vereinstätigkeit an die Mitglieder erfolgt,*

---

<sup>323</sup> VwGH 17.11.1976, 2049/75.

<sup>324</sup> Schulev-Steindl, eclex 1994, 8.

<sup>325</sup> RV 341 BIGNR 17. GP.

<sup>326</sup> Pöschl, GewO Rz 34 mwN.

<sup>327</sup> RV 341 BIGNR 17. GP 1.

<sup>328</sup> RV 341 BIGNR 17. GP 31 f.

*sondern die Vereinstätigkeit den Mitgliedern dadurch Vorteile bringt, daß sie sich gegenüber der Inanspruchnahme vergleichbarer Gewerbebetriebe Kosten ersparen, muß das Merkmal der Ertragsabsicht bei Personenvereinigungen neu gefaßt werden. Dies auch deswegen, weil die **Kostenersparnis für die Vereinsmitglieder** zu einem wesentlichen Teil daraus resultiert, daß die den Gewerbebetreibenden obliegenden Verpflichtungen solchen Vereinen nicht erwachsen (Handelskammermitgliedschaft, Ausübungs- bzw. Ausstattungsvorschriften für zB Gastgewerbe, Reisebürogewerbe). Die vorgesehene Regelung liegt also im Interesse einer Chancengleichheit zwischen Gewerbebetreibenden und Vereinen, deren eigentlicher Zweck oft nur die **Umgehung der gewerberechtlichen Vorschriften** ist“.* (Hervorhebungen vom Verfasser)

Eine dahingehende Novellierung des § 1 Abs 5 GewO 1973 schien dem damaligen Gesetzgeber aber doch zu weitgehend. Laut dem Bericht des Handelsausschusses<sup>329</sup> sollte daher der neu eingefügte Abs 6 leg cit (statt der Änderung des Abs 5) das Problem der Gewerbeausübung durch Vereine regeln. Dabei geht der Ausschuss davon aus, dass zahlreiche Vereine nach dem Vereinsgesetz existieren, deren Tätigkeit insgesamt zwar den Mitgliedern gewisse wirtschaftliche Vorteile verschafft. *„Die wirtschaftlichen Vorteile treten jedoch bei diesen Vereinen gleichsam nur als Nebeneffekt einer Tätigkeit auf, der im Übrigen keine eigenständige Bedeutung gegenüber der Verfolgung und der Pflege des Vereinszweckes zukommt. Diese Vereine sollen durch die Regelung des § 1 Abs. 6 nicht erfaßt werden, da für sie charakteristisch ist, daß sie nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs aufweisen. Das heißt also, daß etwa ein Musikverein für sein Vereinsorchester Instrumente und Noten, ein Fußballverein die Mannschaftsdressen und Bälle, ein Schützenverein die Schützentrachten weiterhin unbeanstandet ohne Gewerbeberechtigung besorgen darf. Weiters werden in der Regel die im land- und forstwirtschaftlichen Bereich üblichen Vereinigungen wie zB Vereine von Tierhaltern, Weinbautreibenden usw. mangels Erscheinungsbildes eines einschlägigen Gewerbebetriebes keiner Gewerbeberechtigung bedürfen. Das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes wird hingegen gegeben sein, wenn der Verein seinen Mitgliedern – wenn auch zur Förderung des ideellen Zweckes – Leistungen anbietet oder erbringt oder Waren an die Mitglieder vertreibt und dies in einer Art und Weise vor sich geht, die vergleichbar ist mit dem Auftreten und der Gestion eines einschlägigen Gewerbebetriebes. Hierbei kommt es nicht so sehr darauf an, ob der Verein eine kaufmännische Einrichtung bestimmten Umfangs besitzt, sondern darauf, wie sich der Verein hinsichtlich der üblicherweise*

---

<sup>329</sup> AB 690 BlgNR 17. GP 2 f.

*von Gewerbebetrieben ausgeübten Tätigkeiten dem Publikum gegenüber präsentiert. – So werden zB Geselligkeitsvereine, Jugendclubs ua. keiner einschlägigen Gewerbeberechtigung bedürfen, wenn die Mitglieder im Rahmen ihrer Zusammenkünfte in einfacher Weise mit Speis und Trank versorgt werden. Was schließlich die immer wieder in der Öffentlichkeit diskutierten Zeltfeste betrifft, so ist zu sagen, daß durch den neuen § 1 Abs. 6 im Vergleich zur bisherigen Rechtslage keine Änderung in der Beurteilung bewirkt wird.“*

Schlussendlich wurde im Zuge der Novelle dem § 1 folgender Absatz 6 hinzugefügt: *„Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit — sei es mittelbar oder unmittelbar — auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist.“*

#### 2.2.4.4.2.2 Die Gewerberechtsnovelle 1993

Eine weitere Verschärfung für Vereine fand mit der Gewerberechtsnovelle 1993<sup>330</sup> statt. Obwohl die Regierungsvorlage<sup>331</sup> noch **keine Änderung** des § 1 Abs 6 GewO 1973 vorsah, wurde durch den Handelsausschuss<sup>332</sup> vorgeschlagen, diese Bestimmung dahingehen zu erweitern, dass die Nachhaltigkeit der Entfaltung einer entgeltlichen Tätigkeit durch einen Verein durch die widerlegliche Vermutung begründet werden soll, dass Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Jedoch ist diese Rechtsvermutung nicht auf Vereine anzuwenden, die wohltätigen, sozialen Zwecken udgl dienen und amtsbekannt ist, dass diese nicht in Ertragsabsicht handeln. Dem § 1 Abs 6 wurde somit folgender Satz hinzugefügt: *„Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfters als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, dass die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.“*

Seit der Novelle 1993 wurden keine weiteren Änderungen der besagten Bestimmung vorgenommen.

---

<sup>330</sup> BGBl. 1993/29.

<sup>331</sup> RV 635 BlgNR GP 18.

<sup>332</sup> AB 876 BlgNR GP 18 3.

#### 2.2.4.4.3 Die Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs 6 GewO 1994

Auch wenn bei Vereinen keine Gewinnabsicht iSd § 1 Abs 2 und 5 GewO 1994 vorliegt, wird bei Vereinen eine **modifizierte, gewerbebegründende Gewinnabsicht** unter bestimmten Bedingungen normativ unterstellt. Daher ist von einer Gewinnabsicht bei Vereinen weiters auszugehen, wenn:

1. die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs aufweist,
2. diese Tätigkeit darauf ausgerichtet ist, für die Vereinsmitglieder einen vermögensrechtlichen Vorteil zu erlangen, unabhängig davon, ob der Vorteil mittelbar oder unmittelbar zustande kommt.

Verschärft wird die Bestimmung für Vereine weiters dahingehend, dass auch dann, wenn die Vereinstätigkeit nicht das Erscheinungsbild eines Gewerbebetriebs aufweist, bei einer bestimmten Periodizität eine Gewinnabsicht normativ unterstellt wird, sobald ein Verein

1. eine Tätigkeit, die bei Gewerbsmäßigkeit von der Gewerbeordnung erfasst wird und/oder
2. öfter als einmal in der Woche ausübt.<sup>333</sup>

##### 2.2.4.4.3.1 § 1 Abs 6 S 1 GewO 1994

Bei Vereinen genügt nach § 1 Abs 6 S 1 GewO 1994 zur Annahme der Gewinnerzielungsabsicht die Erfüllung zweier Tatbestandsmerkmale, nämlich einerseits, dass die Vereinstätigkeit das **Erscheinungsbild** eines einschlägigen Gewerbebetriebs aufweist und andererseits, dass diese Tätigkeit auf die Erlangung **vermögensrechtlicher Vorteile** für Vereinsmitglieder ausgerichtet ist.<sup>334</sup>

##### 2.2.4.4.3.1.1 Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs

Hinsichtlich des Erscheinungsbildes ist ein typologischer Vergleich mit einschlägigen Gewerbebetrieben vorzunehmen, die nicht in Vereinsform ausgeführt werden.<sup>335</sup> Es ist für das Tatbestandsmerkmal „Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs“ nicht erforderlich, dass sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen eines „einschlägigen“ Gewerbebetriebs (zB gastgewerblicher Betrieb) vorliegen.<sup>336</sup> Schon das Vorhandensein von

---

<sup>333</sup> Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung Band 1 (2017) § 1 Rz 29.

<sup>334</sup> VwGH 5.11.1991, 91/04/0108.

<sup>335</sup> Potacs in Holoubeck/Potacs, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Band I<sup>4</sup> (2019) 18 f.

<sup>336</sup> Hanusch, GewO Band 1 § 1 Rz 29, VwGH 29.1.1991, 90/04/0179.

**typischen Einrichtungsgegenständen** eines Gewerbebetriebs rechtfertigt die Annahme des Erscheinungsbildes eines einschlägigen Gewerbebetriebs, des Vorliegens sämtlicher Genehmigungsvoraussetzungen bedarf es nicht.<sup>337</sup> Daher sind verschiedene charakteristische Kriterien (zB Warenangebot, Raumausstattung, Geschäftsbezeichnung, Werbemaßnahmen) relevant, die zwar nicht alle fallbezogen vorzuliegen haben, gesamt jedoch müssen die für einen nichtgewerblichen Betrieb sprechenden Aspekte überwiegen.<sup>338</sup> Es ist für die Beurteilung des Tatbestandmerkmals eines einschlägigen Gewerbebetriebs weiters ohne Belang, ob der Zutritt nur Mitgliedern oder auch vereinsfremden Personen möglich ist.<sup>339</sup>

#### 2.2.4.4.3.1.2 Vermögensrechtliche Vorteile für Vereinsmitglieder

Ein vermögensrechtlicher Vorteil iSd § 1 Abs 6 GewO 1994 liegt vor, wenn Vereinsmitglieder vom Verein erbrachte (gastgewerbliche) Leistungen zum **Selbstkostenpreis** konsumieren können<sup>340</sup> bzw wenn ein Verein Reparaturen an Kfz für seine Vereinsmitglieder billiger anbietet als bei Inanspruchnahme vergleichbarer Leistungen durch befugte Gewerbetreibende.<sup>341</sup> Nach der Sonderregelung des § 1 Abs 6 GewO 1994 ist es nicht erforderlich, dass zugunsten des Vereins selbst ein Gewinn erzielt wird.<sup>342</sup> Wird die Geschäftsführertätigkeit eines Vereins durch ein Mitglied ausgeführt und erhält dieses dadurch ein monatliches Entgelt, so kann erst dann von einem vermögensrechtlichen Vorteil für eine der beiden Vertragsparteien gesprochen werden, wenn der Wert der Dienstleistung zu dem hierfür geleisteten Entgelt in einem unangemessenen Verhältnis zum Wert der Dienstleistung steht.<sup>343</sup>

Allgemein gesagt ergeben sich grundsätzlich immer dann vermögensrechtliche Vorteile für Vereinsmitglieder, wenn diese die vom Verein angebotene Leistung billiger erhalten als bei Inanspruchnahme vergleichbarer Leistungen, die am **freien Markt** durch befugte Gewerbetreibende angeboten werden.<sup>344</sup>

#### 2.2.4.4.3.2 § 1 Abs 6 S 2 GewO 1994

Der zweite Satz des Abs 6 sieht eine widerlegbare Vermutung des Vorliegens der Ertragsabsicht vor, wenn ein Verein eine gewerbsmäßige Tätigkeit öfter als einmal in der Woche ausübt, zB

---

<sup>337</sup> VwGH 3.3.1999, 97/04/0183.

<sup>338</sup> *Schulev-Steindl*, *ecolex* 1994, 8.

<sup>339</sup> VwGH 3.3.1999, 97/04/0183.

<sup>340</sup> VwGH 3.3.1999, 97/04/0183.

<sup>341</sup> VwGH 3.3.1999, 97/04/0183.

<sup>342</sup> VwGH 18.8.2017, Ra 2017/04/0081 mwN.

<sup>343</sup> VwGH 28.1.1992, 91/04/0232.

<sup>344</sup> Protokoll der Bundes-Gewerbereferententagung 1993, Punkt 3, abgedruckt bei *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, GewO<sup>4</sup> § 1 Rz 42.



zweimal in der Woche und über eine gewisse Zeitdauer hinweg. Die Nachhaltigkeit der Entfaltung einer entgeltlichen Tätigkeit durch einen Verein soll die **widerlegliche Vermutung** begründen, dass Gewinnerzielungsabsicht vorliegt.<sup>345</sup> Die aufgestellte Vermutung kann vom betroffenen Verein jedoch durch den Nachweis eines davon abweichenden Sachverhaltes widerlegt werden.<sup>346</sup> Liegt die Voraussetzung des Abs 6 zweiter Satz („*Ausübung öfter als einmal die Woche*“) vor, bedarf es keines weiteren Nachweises der Ertragsabsicht. Lediglich wenn der Verein Gegenteiliges behauptet, sind von der Behörde zusätzliche Ermittlungen durchzuführen. Dass der Abs 6 zweiter Satz GewO 1994 auf eine jährliche Durchschnittsbetrachtung abstellt, ist dem Gesetz und den Materialien nicht zu entnehmen.<sup>347</sup> Die Vermutung der Ertragsabsicht ist auf nicht gewinnorientierte („ideelle“) Vereine nicht anzuwenden: „*Diese Rechtsvermutung ist bei Vereinen nicht anzuwenden, bei denen amtsbekannt ist, dass sie nicht in Ertragsabsicht handeln, weil sie wohltätigen, sozialen Zwecken udgl dienen.*“<sup>348</sup> Kriterien dafür sind vor allem die Konzeption des vom Verein eingerichteten Betriebs als wirtschaftlich nicht selbsttragende Einheit, was sich darin widerspiegelt, dass der Verein so angelegt sein muss, dass er nur durch den Empfang von Subventionen seine Funktionsfähigkeit aufrechterhalten kann und durch die Förderung von Personen, die nicht Vereinsmitglieder sind.<sup>349</sup>

#### **2.2.4.4.4 Vorliegen einer Ertragsabsicht des AZG iSd § 1 Abs 6 GewO 1994**

Wird ein AGZ als Verein mit dem ideellen Zweck gegründet, Vollzeitbeschäftigungen zu schaffen, stellt sich die Frage, ob § 1 Abs 6 GewO 1994 als *lex specialis* für Personenvereinigungen in Form eines Vereins anwendbar ist. Ob ein AGZ als Verein iSd § 1 Abs 6 S 1 GewO 1994 das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs aufweist, kumulativ auf die Erlangung eines vermögensrechtlichen Vorteils für seine Mitglieder gerichtet ist und daher als gewerbsmäßig zu subsumieren ist wird, in diesem Abschnitt erörtert.

Das **Erscheinungsbild eines Gewerbebetriebs**, der die Überlassung von Arbeitskräften ausübt, weist folgende Merkmale auf: Für die Überlassung von Arbeitskräften charakteristisch ist, dass die Arbeitskraft ihre Arbeitsleitung nicht im Betrieb ihres Arbeitgebers (Überlasser), sondern, in Unterordnung unter dessen Weisungsbefugnis, im Betrieb des Beschäftigers erbringt. Die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen der Arbeitskraft und dem Überlasser

---

<sup>345</sup> Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO<sup>4</sup> § 1 Rz 45.

<sup>346</sup> VwGH 3.3.1999, 97/04/0183.

<sup>347</sup> Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO<sup>4</sup> § 1 Rz 45 mwN.

<sup>348</sup> AB 876 BlgNR GP 18 3.

<sup>349</sup> Protokoll der Bundes-Gewerbereferententagung 1993, Punkt 3, abgedruckt bei Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO<sup>4</sup> Rz 45.

sind im Arbeitsvertrag geregelt. Die schuldrechtliche Verbindung zwischen Überlasser und Beschäftigter beruht hingegen in der Regel auf dem Überlassungsvertrag (= Dienstverschaffungsvertrag). Wie bereits erwähnt, besteht zwischen Beschäftigter und Arbeitskraft im Allgemeinen keine vertragliche Regelung. Da dem Überlasser die Arbeitgeberrolle zukommt, trifft diesen auch die Pflicht zur Entgeltzahlung.<sup>350</sup>

Wird sich nun die Ausgestaltung eines AGZ veranschaulicht, so lässt sich festhalten, dass ein AGZ dem Erscheinungsbild eines Gewerbebetriebs für die Überlassung von Arbeitskräften weitgehend entspricht. Meist wird für die Ausübung der Überlassung von Arbeitskräften ein Büro inklusive Computer sowie Telefon und Internet genügen. Allerdings erscheinen lediglich derart ausgestattete Räumlichkeiten zu allgemein, um das Erscheinungsbild eines Gewerbebetriebs der Überlassung von Arbeitskräften anzunehmen. Wird hingegen ein Blick auf das Waren- – bzw im Falle der Arbeitskräfteüberlassung auf das Dienstleistungsangebot, geworfen, so zeigt sich schnell, dass hier das Erscheinungsbild eines gewerblichen Arbeitskräfteüberlassers und eines AGZ bis auf einige Usancen **ident** sind. Hinsichtlich der Dienstleistung liegt der Unterschied darin, dass in einem AGZ der überlassenen Arbeitskraft die Beschäftigterbetriebe im Vorhinein bekannt sind. Zusätzlich entspricht die rechtliche Konstellation des Dreipersonenverhältnis der gewerblichen Arbeitskräfteüberlassung jener der Überlassung im AGZ. Die Arbeitskraft ist direkt beim AGZ angestellt und wird anhand des im Vorhinein festgelegten Stundenbedarfs an den jeweiligen Mitgliedsbetrieb überlassen. Das Entgelt wird dem Arbeitnehmer vom AGZ bezahlt. Unterschiedlich ist lediglich, dass der AGZ nur darauf ausgelegt ist, **kostendeckend** zu agieren, während ein Gewerbebetrieb durch die Überlassung von Arbeitskräften bestrebt ist, einen Gewinn zu erwirtschaften.

Zusätzlich stellt sich die Frage, ob das zweite Tatbestandsmerkmal der **Erlangung eines vermögensrechtlichen Vorteils** für die Vereinsmitglieder gegeben ist, da ein AGZ schließlich nicht gewinnorientiert tätig wird und durch die Mitgliedsbetriebe nur die Betriebskosten gedeckt werden sollen. Bei Vereinen reicht es gem der Gewerbeordnung aus, den Mitgliedern einen vermögensrechtlichen Vorteil zu verschaffen, einen Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen ist nicht nötig, um per Definition einen vermögensrechtlichen Vorteil zu erreichen. Ein solcher wird ua schon dann angenommen, wenn die vom Verein angebotene Leistung **billiger** als bei Inanspruchnahme vergleichbarer Leistungen, die am freien Markt durch befugte Gewerbetreibende angeboten werden. Der AZG ist zwar nicht gewinnorientiert, durch sein Ziel, die anfallenden Betriebskosten bzw die anfallenden Personalkosten über Beiträge der

---

<sup>350</sup> Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO<sup>4</sup> § 135 Rz 3 mwN.

Mitgliedsbetriebe zu finanzieren, wird das Tatbestandsmerkmal des vermögensrechtlichen Vorteils allerdings erfüllt. Somit gilt mE **der AGZ iSd § 1 Abs 6 S 1 GewO 1994 als gewerbsmäßig, da die Leistung eines Gewerbebetriebs, der am freien Markt die Überlassung von Arbeitskräften anbietet, teurer ist.**

Auch die Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs 6 S 2 GewO 1994 sind mE erfüllt, da die Überlassung von Arbeitskräften eine gewerbsmäßige Tätigkeit darstellt und der AGZ diese Tätigkeit jedenfalls **öfter als einmal die Woche** ausübt. Jedoch bestünde die Möglichkeit für den AGZ, die Ertragserzielungsabsicht zu widerlegen. Auf nähere Ausführungen dazu kann verzichtet werden, da schon das alleinige Vorliegen der beiden Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs 6 S 1 GewO 1994 für die Annahme einer Ertragsabsicht ausreicht und diese, wie dargestellt, gegeben sind.

#### **2.2.4.4.5 Zusammenfassung**

Ein AGZ in der Rechtsform eines Vereins übt aufgrund der *lex specialis* für Vereine, gem § 1 Abs 6 GewO 1994, Tätigkeiten mit Ertragsabsicht aus. Da das Erscheinungsbild des AGZ aufgrund der angebotenen Dienstleistung, der gewerblichen Überlassung von Arbeitskräften, typisch ist und es als vermögensrechtlicher Vorteil ausreicht, vergleichbare Leistungen billiger als Gewerbetreibende am freien Markt anzubieten, erfüllt die nicht „gewinnorientierte“ Überlassung im AGZ beide Tatbestandsmerkmale die zur Begründung der Gewerbsmäßigkeit von Vereinen Voraussetzung sind.

### **2.3 Ergebnis**

Es lässt sich festhalten, dass die Überlassung von Arbeitskräften eines AGZ an seine Mitgliedsbetriebe eine regelmäßige, selbständige Tätigkeit darstellt, wodurch der AGZ schließlich auch am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Allerdings stellt sich aufgrund **unterschiedlicher Rechtsfolgen** folgende spannungsgeladene Rechtslage dar: Einerseits ist ein AGZ als Personenvereinigung iSd § 1 Abs 5 GewO 1994 **nicht gewerbsmäßig**, da der AGZ selbst keinen Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil erwirtschaftet, den er seinen Mitgliedsbetrieben zufließen lässt. Andererseits ist ein **AGZ als Verein als gewerbsmäßig** iSd § 1 Abs 6 S 1 GewO 1994 zu qualifizieren, da er das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs aufweist und der AGZ auf die Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Mitgliedsbetriebe gerichtet ist. Damit kann durch die Wahl der Rechtsform für den AGZ die Anwendung der Gewerbeordnung und damit eines KollIV ausgeschlossen werden. Wird ein AGZ als Personenvereinigung (zB als OG) gegründet, kommt mangels Gewerbsmäßigkeit kein

KollV zur Anwendung. Hingegen unterliegt ein AGZ als Verein der Gewerbeordnung. Daraus resultiert auch die Anwendung der einschlägigen Kollektivverträge bei Arbeitskräfteüberlassung auf einen AGZ-Verein.

### **3 Analyse der unterschiedlichen gewerberechtlichen Folgen des AGZ iSd § 1 Abs 5 und 6 GewO 1994**

Grundsätzliches Ziel der Auslegung (Interpretation) von Normen ist die Feststellung des gesetzgeberischen Willens. Fraglich ist aber, ob es die Intention des Gesetzgebers war, **unterschiedliche gewerbliche Rechtsfolgen** für AGZ davon abhängig zu machen, welche Rechtsform dafür gewählt wird. Daher soll im Folgenden als erster Schritt der gesetzgeberische Wille des § 1 Abs 5 und 6 GewO 1994 dargestellt und im Anschluss das Vorliegen einer etwaigen „Lücke“ geprüft werden. Als zweiter Schritt soll die Verfassungskonformität beider Bestimmungen hinsichtlich einer Gleichheitswidrigkeit geprüft werden.

#### **3.1 Der AGZ und der gesetzgeberische Wille**

§ 6 ABGB sieht drei Erkenntnisquellen vor, die als Auslegungsmethoden des gesetzgeberischen Willens dienen. Erstens, die eigentümliche Bedeutung der Worte („Wortauslegung“ oder „grammatische Interpretation“), zweitens ihr Zusammenhang („systematische“ oder „logische Interpretation“) sowie drittens, die klare Absicht des Gesetzgebers. Zur Feststellung der klaren Absicht des Gesetzgebers – wenn diese sich noch nicht aus dem Wortsinn und der systematischen Interpretation ergibt – stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung, die als selbständige Interpretationsmethoden angesehen werden: einerseits die Ermittlung des tatsächlichen Willens des historischen Gesetzgebers („subjektive“ oder „historische Interpretation“), andererseits die Auslegung nach dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers, also welchen Zweck die Norm vernünftigerweise haben könnte („objektive“ oder „teleologische Auslegung“).<sup>351</sup>

Als Ausgangspunkt jeder Auslegung dient der Wortlaut des Gesetzes.<sup>352</sup> Werden nun die beiden Abs 5 und 6 des § 1 GewO 1994 im Lichte der **Wortinterpretation** betrachtet, so zeigt sich, dass der Gesetzgeber im Zuge einer **Legaldefinition** die Gewerbsmäßigkeit von Personenvereinigungen und als *lex specialis* für Vereine ausdrücklich festgeschrieben hat. Auch wenn der Gesetzgeber durch Legaldefinitionen die Begriffe der anzuwendenden Norm

---

<sup>351</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 6 Rz 2, 18 mwN (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>352</sup> Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 6 ABGB Rz 60 mwN (Stand 1.7.2015, rdb.at).

konkretisiert, kann dadurch wieder eine Auslegungsfrage aufgeworfen werden.<sup>353</sup> In verbindlicher Weise legen Legaldefinitionen fest, wie ein Rechtsbegriff zu verstehen ist. Legaldefinitionen stehen dem Rückgriff auf den allgemeinen Sprachgebrauch oder einem abweichenden Verständnis in der Fachsprache entgegen. Legaldefinitionen stellen daher eine *lex specialis* gegenüber § 6 ABGB dar.<sup>354</sup> Auch im Zuge **der systematischen Auslegung**, bei der auch andere explizite Inhalte anderer Vorschriften des gleichen, uU auch eines anderen, Gesetzes, das mit der auszulegenden Norm in einem systematischen Zusammenhang steht, berücksichtigt werden, lässt mE keinen anderen Schluss zu, als dass die unterschiedlichen Rechtsfolgen der Gewerbeordnung in Bezug auf Personenvereinigungen und Vereine vom Gesetzgeber beabsichtigt sind.<sup>355</sup>

Wird nun versucht, im Zuge der **historischen Interpretation** den subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers zu ermitteln, muss die Frage geklärt werden, welche Absichten der Gesetzgeber mit der Rechtsvorschrift zum Zeitpunkt ihrer Erlassung verfolgt hat, wofür als Erkenntnisquellen die Materialien zum Gesetzgebungsverfahren zur Verfügung stehen.<sup>356</sup> Werden nun die Gesetzesmaterialien<sup>357</sup> betrachtet, so wird eindeutig, dass sich der Gesetzgeber bewusst für eine **eigene Regelung** für Vereine ausgesprochen hat. Zu Beginn fand sich in der Regierungsvorlage noch eine Änderung des § 1 Abs 5 GewO 1973, die aber später, nach Beratungen im Handelsausschuss, wie bereits erläutert, nicht für alle Personenvereinigungen gelten, sondern sich durch den geschaffenen § 1 Abs 6 GewO 1973 nur auf Vereine speziell beziehen sollte. Daher kann auch mit Blick auf den historischen Gesetzgeber festgehalten werden, dass vermutlich dessen Ziel war, eine derartige unterschiedliche Regelung für Vereine zu treffen.

Auch im Zuge einer allfälligen **teleologischen Interpretation**, bei der es um die Frage geht, welche Zwecke die Vorschrift vernünftigerweise haben könnte, wird nicht der tatsächliche, sondern der mutmaßliche Wille des Gesetzgebers ermittelt.<sup>358</sup> Auch hierbei ist es mE nicht möglich, zu einem anderen Ergebnis (als das oben genannte) zu gelangen, denn gerade bei der Berufung auf den objektiven Zweck einer Norm muss stets berücksichtigt werden, dass die Korrektur einer unbefriedigenden Regelung des Gesetzes nicht Sache der Rechtsprechung ist. Diese Korrektur ist alleine die Aufgabe des Gesetzgebers, weshalb die im Einzelfall gebotene

---

<sup>353</sup> Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre<sup>3</sup> (2018) 28.

<sup>354</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 6 Rz 9.

<sup>355</sup> Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre<sup>3</sup> 34.

<sup>356</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 6 Rz 14.

<sup>357</sup> Ausführlich zur Entwicklung des § 1 Abs 6 GewO 1994 siehe Teil C, Abschnitt 2.2.4.4.2.

<sup>358</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 6 Rz 18 mwN.

objektiv-teleologische Auslegung durch den äußerst möglichen Wortsinn der gesetzlichen Regelung (noch) Deckung finden muss.<sup>359</sup>

Die Auslegungsmethoden des § 6 ABGB lassen kein anderes Ergebnis der Abs 5 und 6 des § 1 GewO 1994 zu als jenes, dass der Gesetzgeber hier **ausdrücklich** eine **Differenzierung zwischen Personenvereinigungen und Vereinen** vornehmen wollte. Es stellt sich aber weiters die Frage, ob hier nicht eine Lücke iSd § 7 ABGB vorliegen könnte. Während sich § 6 ABGB auf die Auslegung von Rechtsnormen beschränkt und diese Grenze am äußersten Wortsinn findet, dient § 7 ABGB dazu, jene Sachverhalte zu beurteilen, die sich auch durch weiteste Auslegung nicht unter einen Tatbestand subsumieren lassen, wodurch ein ungeregelter Fall vorliegt.<sup>360</sup>

### **3.2 Vorliegen einer Rechtslücke aufgrund der unterschiedlichen gewerberechtlichen Rechtsfolgen bei AGZ**

#### **3.2.1 Allgemeines**

Das Vorhandensein einer Lücke ist die Grundvoraussetzung für die Anwendung der ergänzenden Rechtsfindungsmethoden des § 7 ABGB. **Eine Lücke wird gesetzlich dadurch definiert, dass sich ein Rechtsfall weder aus den Worten noch aus dem natürlichen Sinn des Gesetzes entscheiden lässt.**<sup>361</sup> Die Regelungen des Abs 5 sowie 6 des § 1 GewO 1994 geben aber keinen Anlass dafür anzunehmen, dass eine Lücke vorliegt, die der Lückenfüllung zugänglich ist. Schon aus dem Wortsinn der beiden Absätze geht klar hervor, dass sich der AGZ unter einen der beiden dort beschriebenen Tatbestände subsumieren lässt.

#### **3.2.2 Vorliegen einer teleologischen Lücke - Analogie**

Denkbar wäre eine teleologische Lücke. Dabei wird die aus Rechtsnormen hervorscheinende *ratio legis* auch auf den nicht geregelten Sachverhalt angewendet.<sup>362</sup> Aber auch dieser Lückenschluss muss scheitern, da es sich hierbei nicht um einen ungeregelten Sachverhalt handelt. Eine Rechtsfortbildung durch Analogie scheidet daher aus.

Aufgrund der bisherigen Ausführungen zeigt sich mE sehr deutlich, dass die unterschiedlichen gewerberechtlichen Folgen bei der Wahl der Rechtsform zwar rechtswissenschaftlich interessant sind, aber weder im Zuge der Interpretation noch mangels Lücke möglich ist, zu einem anderen Ergebnis zu gelangen ist. ME handelt es sich hierbei um eine **rechtspolitische**

---

<sup>359</sup> Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 6 ABGB Rz 120 mwN.

<sup>360</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 7 Rz 2.

<sup>361</sup> Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7 Rz 16.

<sup>362</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 7 Rz 2.

**Lücke.** Es liegt nahe, dass hier der rechtspolitische Wunsch einer einheitlichen gewerbsmäßigen Regelung vorliegt, jedoch liegt aufgrund des § 1 Abs 5 und 6 GewO 1994 eine rechtliche Regelung vor. Eine derartige Lücke steht aber nicht zur Disposition der Rechtsanwender, auch wenn eine Regelung in eine bestimmte Richtung wünschenswert sein mag. Sie kann daher nur vom Gesetzgeber geschlossen werden.<sup>363</sup>

### **3.2.3 Vorliegen einer „verdeckten“ Lücke – teleologische Reduktion**

#### **3.2.3.1 Allgemeines**

Einer genaueren Prüfung bedarf es jedenfalls im Hinblick einer teleologischen Reduktion bzw. Restriktion, welche gewissermaßen als Gegenstück zur Analogie angesehen werden kann.<sup>364</sup> Durch teleologische Reduktion wird eine Rechtsnorm auf einen bestimmten Fall nicht angewendet, auf den sie nach ihrem Wortlaut innerhalb des Begriffskerns anzuwenden wäre. Die Rechtfertigung der Reduktion liegt in der **Diskrepanz** zwischen Wortlaut und Zweck. Dabei erweist sich der Wortlaut im Verhältnis zum Zweck als überschießend. Dadurch entsteht eine planwidrige Unvollständigkeit. Dabei stellt die Planwidrigkeit das Fehlen einer Ausnahmevorschrift für Fälle, bei denen der Wortlaut über der Rechtsnorm immanente Zwecke hinausreicht, dar.<sup>365</sup>

Die teleologische Reduktion verhilft daher der *ratio legis* nicht gegenüber einem zu engen, sondern gegenüber einem überschießend weiten Gesetzeswortlaut zur Durchsetzung, wobei die „verdeckte“ Lücke im Fehlen einer nach der *ratio* notwendigen Ausnahme besteht. Dabei ist stets der Nachweis dafür zu erbringen, dass eine umschreibbare Fallgruppe von den Grundwerten oder Zwecken des Gesetzes **entgegen seinem Wortlaut** gar nicht geregelt wird. Auch muss sich die umschriebene Fallgruppe von der eigentlich gemeinten Fallgruppe soweit unterscheiden, dass die Gleichbehandlung sachlich ungerechtfertigt und willkürlich wäre. Eine teleologische Reduktion ist daher dann vorzunehmen, wenn verfassungswidrige Ergebnisse, unverständliche oder nicht sachgerechte Ergebnisse vermieden werden sollen. Es ist daher ein genauer Nachweis des Gesetzeszweckes erforderlich.<sup>366</sup>

#### **3.2.3.2 Der Gesetzeszweck des § 1 Abs 6 GewO 1994**

Wird ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte der *lex specialis* für Vereine im Gewerberecht gemacht, so zeigt sich, dass der Gesetzgeber Umgehungsstrukturen

---

<sup>363</sup> Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7 Rz 35.

<sup>364</sup> Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7 Rz 60 mwN.

<sup>365</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 7 Rz 18.

<sup>366</sup> Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7 Rz 60 f mwN.

vermeiden wollte, durch die Vereine gegenüber der Inanspruchnahme von Gewerbebetrieben ihren Mitgliedern Kosten ersparen. Viele Vereine bzw deren Mitglieder verschafften sich dadurch einen wesentlichen Vorteil gegenüber Gewerbetreibenden, da die obliegenden Pflichten der Gewerbetreibenden für Vereine nicht entstanden.

AGZ waren bei den Gewerberechtsnovellen 1988 und 1992 noch **nicht bekannt**. Der erste AGZ wurde in Deutschland 2001<sup>367</sup> gegründet; in Österreich wurde im Zeitraum von 1. März 2011 bis 28. Februar 2013 in der Steiermark im Rahmen eines Pilotprojekts der erste AGZ ins Leben gerufen.<sup>368</sup>

Grundsätzlich ist die historische *ratio legis* unter dem Blickwinkel rechtlicher, sozialer, ökonomischer oder technischer Entwicklungen zu überprüfen. Dabei ist festzustellen, ob eine neue Sachlage, die der historische Gesetzgeber nicht vorhergesehen hat, entstanden ist und ob das bisherige Normverständnis de facto deren Grundgedanken dadurch nicht mehr entspricht.<sup>369</sup>

Wird nun die *ratio legis* des § 1 Abs 6 GewO 1994 betrachtet, so zeigt sich als erklärtes Ziel des Gesetzgebers, Umgehungskonstruktionen der Gewerbsmäßigkeit von Vereinen Einhalt zu gebieten, aber gleichzeitig Vereine, die nicht zur Umgehung der Gewerbsmäßigkeit gebildet wurden, von der Anwendung auszunehmen. Laut stenographischem Protokoll<sup>370</sup> boten sich zwei Möglichkeiten, um dieser Entwicklung entgegenzutreten: entweder die Novellierung des Vereinsgesetzes oder Vorkehrungen in der Gewerbeordnung zu machen. Da es aber um das Abstellen gewerberechtswidrigen Tuns ging, war es zweifellos sinnvoller, das Problem in der Gewerberechtsnovelle zu regeln. Dies geschah dann auch mit der Gewerberechtsnovelle 1988.

Es stellt sich daher die Frage, ob AGZ in Vereinsform von der *ratio legis* des § 1 Abs 6 GewO 1994 ausgenommen sind und daher eine teleologische Reduktion dahingehend stattfinden kann, dass die Sonderregelung nicht zur Anwendung kommt. Wird allerdings auf den Bericht des Handelsausschusses<sup>371</sup> geworfen, so wird schnell klar, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des § 1 Abs 6 GewO 1973 Konstruktionen wie den AGZ in Vereinsform nicht von der Gewerbsmäßigkeit ausnehmen wollte. Der Grund der Neuregelung war der Versuch, Umgehungstrukturen zu verhindern. Dabei wurde davon ausgegangen, dass Vereine existieren, deren Tätigkeiten zwar gewisse wirtschaftliche Vorteile verschafften, jedoch die Vorteile bei

---

<sup>367</sup> <http://agz.progressnetz.at/erfolgsmodelle/> (abgefragt am 19.7.2021)

<sup>368</sup> *Österreicher*, Innovative Beschäftigungsmodelle in der Land- und Forstwirtschaft, Jahrbuch Agrarrecht 2017, 265.

<sup>369</sup> *Kodek in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 7 Rz 23 ff mwN.

<sup>370</sup> S 6 BlgNR 13. GP 104.

<sup>371</sup> AB 690 BlgNR 17. GP 2.



diesen Vereinen gleichsam nur als Nebeneffekt einer Tätigkeit auftraten, dem im Übrigen keine eigenständige Bedeutung gegenüber der Verfolgung und Pflege des Vereinszweckes zukam. Derartige Vereine sollten nicht von der Neuregelung erfasst werden, da für diese charakteristisch ist, dass sie nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs aufweisen.<sup>372</sup>

### 3.2.3.3 Ergebnis

ME lässt sich aus den obigen Ausführungen schließen, dass der historische Gesetzgeber, hätte der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Einführung des § 1 Abs 6 GewO 1973 den AGZ gekannt, keine Ausnahmeregelung für diesen in der Form eines Vereins vorgesehen hätte. Grund dafür ist, dass der historische Gesetzgeber gewisse Vereine von der Gewerbeordnung ausnehmen wollte, jedenfalls wenn der wirtschaftliche Vorteil nur als Nebeneffekt einer Tätigkeit eintritt. Da die Hauptaufgabe des AGZ aber die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften ist und sich die Mitgliedsbetriebe durch diese Kosten ersparen, die bei der Inanspruchnahme eines Personaldienstleisters für die Überlassung von Arbeitskräften anfallen würden, stellt der daraus gezogene wirtschaftliche Vorteil mE keinen „bloßen“ Nebeneffekt des Vereins mehr dar. Dies kann vielmehr als eine solche „Umgehungskonstruktion“ erkannt werden.

Kurz vor der Gewerberechtsnovelle 1988 wurde zudem im Zuge der Einführung des AÜG auch die Gewerbeordnung hinsichtlich Arbeitskräfteüberlassung geändert.<sup>373</sup> Seither unterliegt die Überlassung von Arbeitskräften einer Konzessionspflicht,<sup>374</sup> wobei die Erteilung der Konzession an besondere Voraussetzungen geknüpft ist. Wird ein Blick auf die Entstehungsgeschichte<sup>375</sup> des AÜG und die zeitweise Forderung nach einem Verbot der Überlassung von Arbeitskräften geworfen, so scheint es naheliegend, dass der Gesetzgeber im Speziellen auch hier Umgehungsmöglichkeiten vermeiden wollte. Auch die explizite Formulierung des Erscheinungsbildes eines Gewerbebetriebs spricht dafür, dass der Gesetzgeber für einen AGZ keine Ausnahme schaffen wollte, da dieser praktisch mit dem gewerblichen Arbeitskräfteüberlasser ident ist.

Daher ist unter der Bedachtnahme der §§ 6 und 7 ABGB mE weiterhin kein anderer Schluss möglich, als dass AGZ in der Rechtsform eines Vereines aufgrund der Vereinssonderregelung in § 1 Abs 6 GewO 1994 gewerbsmäßige Tätigkeiten verrichten und jene in Form von

---

<sup>372</sup> Ausführlich zur historischen Entwicklung des § 1 Abs 6 GewO 1994 siehe Teil C, Abschnitt 2.2.4.4.2.

<sup>373</sup> BGBl 1988/196.

<sup>374</sup> § 323a GewO 1973 idF BGBl 1988/196.

<sup>375</sup> Dazu ausführlich siehe Teil B, Abschnitt 2.1.

Personenvereinigungen aufgrund der allgemeinen Regelung des § 1 Abs 5 GewO 1994 hingegen nicht, weil es letzteren an einer gewerbsmäßigen Tätigkeit mangelt.

### 3.3 Verfassungskonforme Interpretation

Abschließend soll nun noch geprüft werden, ob die unterschiedlichen Rechtsfolgen für den AGZ anhand der gewählten Rechtsform nicht eine Gleichheitswidrigkeit darstellen, die bejahendenfalls im Zuge der verfassungskonformen Interpretation beseitigt werden kann bzw muss.

#### 3.3.1 Allgemeines

Die verfassungskonforme Interpretation stellt eine Variante der systematisch-teleologischen Interpretation dar. Dabei werden Normen, die unter der Verfassungsstufe stehen, so interpretiert, dass ein Verstoß gegen übergeordnete Verfassungsbestimmungen vermieden werden kann. Folglich sind Normen untergeordneter Rechtsstufen nach Möglichkeit derart auszulegen, dass kein Widerspruch mit Normen höhere Stufe besteht.<sup>376</sup> Daher wird nun erörtert, ob die unterschiedlichen gewerblichen Rechtsfolgen, abhängig von der Auswahl der Rechtsform bei einem AGZ, nicht eine Verletzung des **Gleichheitssatzes** darstellt.

Die Bedeutung des Gleichheitssatzes<sup>377</sup> für den Gesetzgeber umschreibt der VfGH mit einer Reihe von Formulierungen: Das Grundrecht verbietet dem Gesetzgeber, Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich zu behandeln, verwehrt aber nicht, **sachlich gerechtfertigte Differenzierungen** vorzunehmen. Der Gesetzgeber muss an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen knüpfen, wesentlich ungleiche Tatbestände aber müssen zu entsprechenden Unterschieden führen. Nur wenn gesetzliche Differenzierungen aus entsprechenden Unterschiedlichen im Tatsächlichen ableitbar sind, entspricht das Gesetz den Anforderungen des Gleichheitssatzes.<sup>378</sup> Der Gleichheitssatz ist jene Bestimmung unter den Grundrechten, die dem VfGH am häufigsten zur Aufhebung von Gesetzen dient.<sup>379</sup> Er stellt die wirksamste verfassungsrechtliche Schranke der Gesetzgebung dar. Das an den Gesetzgeber adressierte Gleichheitsgebot ist wie kaum eine andere Verfassungsbestimmung in richterlicher Rechtsfortbildung dynamisch entwickelt worden.<sup>380</sup>

---

<sup>376</sup> Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (2011) 455 f.

<sup>377</sup> Art 2 StGG und Art 7 Abs 1 B-VG.

<sup>378</sup> Berka, Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium (2018) Rz 1644 mwN.

<sup>379</sup> Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>12</sup> (2019) Rz 760.

<sup>380</sup> Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>12</sup> Rz 760 mwN.

Bei der Prüfung, ob ein Gesetz dem Gleichheitsgebot entspricht, ist nicht auf den Zeitpunkt der Erlassung des Gesetzes abzustellen. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Gesetz dem Gleichheitsgebot entspricht, ist die Lage zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich, da Gesetze stets dem Gleichheitsgebot entsprechen müssen.<sup>381</sup> Daher kann der Umstand eintreten, dass sich die Maßstäbe für die Sachbezogenheit einer Regelung mit der Zeit ändern und daher eine Regelung uU durch die Nichtanpassung an geänderte sachliche Erfordernisse verfassungswidrig werden kann (= Invalidation).<sup>382</sup>

Ist eine unterschiedliche Behandlung sachlich nicht zu rechtfertigen, widerspricht sie dem Gleichheitsgebot. Unerheblich sind Umstände, die nur die Richtigkeit bzw Zweckmäßigkeit der Erwägungen des Gesetzgebers, nicht aber ihre Sachlichkeit betreffen. Lediglich wenn grundsätzlich ausgeschlossen ist, die Differenzierungen mit dem tatsächlichen Unterschied in Zusammenhang zu bringen und sie daher sachfremd sind, sind sie sachlich nicht zu rechtfertigen.<sup>383</sup> Unterschiedliche Regelungen, die nicht in entsprechenden Unterschieden im Tatsächlichen ihre Grundlage haben, sind gleichheitswidrig.<sup>384</sup>

Der VfGH versucht mit Hilfe den von ihm entwickelten „Gleichheitsformeln“ eine typisierte Auslegung des Gleichheitssatzes umzusetzen. Zulässig ist es für den Gesetzgeber, bei einer Regelung von einer Durchschnittsbetrachtung auszugehen und auf den Regelfall abzustellen. Entstehende Härtefälle sind jedoch nicht gleichheitswidrig. Das Ausmaß der hinzunehmenden ungleichen Auswirkung (Regel-/Härtefall) hängt davon ab, ob eine differenzierende Lösung ohne erhebliche Schwierigkeiten vollziehbar ist und welches Gewicht die unterschiedlichen Rechtsfolgen haben. Der Eintritt darf nicht von Zufälligkeiten insb auch nicht von **manipulativen Umständen** abhängen.<sup>385</sup>

### 3.3.2 Objektive Unterscheidungsmerkmale Verein – Personenvereinigung

Fraglich ist, ob eine Ungleichbehandlung eines AGZ in Bezug auf die Gewerbsmäßigkeit als Verein im Vergleich zu anderen Personenvereinigungen dem Gleichheitssatz widerspricht. Es soll nun festgestellt werden, ob objektive Unterscheidungsmerkmale zwischen einem Verein und anderen Personenvereinigungen bestehen, die eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung zulassen.

---

<sup>381</sup> VfGH G 16/68 VfSlg 5854.

<sup>382</sup> VfGH B 32/75 VfSlg 7974.

<sup>383</sup> VfGH B 313/61 VfSlg 4140.

<sup>384</sup> Im Detail dazu mwN Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015) Rz 1356 f.

<sup>385</sup> Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 1359 mwN.

Ausgangspunkt für eine derartige Prüfung ist die Feststellung, welche Regeln verglichen werden, die unterschiedliche Rechtsfolgen anordnen (= Normenvergleich) oder welche Sachverhalte verglichen werden, für die gleiche oder eben unterschiedliche Rechtsfolgen bestehen (= Sachverhaltsvergleich).<sup>386</sup>

Werden die Rechtsfolgen der beiden Normen der GewO 1994 (§ 1 Abs 5 und 6) bei der Gründung eines AGZ verglichen, so liegt jedenfalls eine Ungleichbehandlung anhand unterschiedlicher gewerberechtlicher Folgen vor. Zu prüfen ist, ob für die unterschiedliche Behandlung ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Dabei sind die sachlichen Gegebenheiten, die der Gesetzgeber seinen Regelungen zugrunde gelegt hat, zu erfassen und es ist zu beurteilen, ob die Ungleichbehandlung im Hinblick auf diese Unterschiede sachlich begründet ist. Kernfrage ist daher, ob ein sachlicher Unterschied zwischen einem Verein bzw anderen Personenvereinigungen besteht. Es stellt sich weiters die Frage, ob der vom Gesetzgeber angestrebte Regelungszweck legitim ist und ob der Gesetzgeber im Hinblick auf dieses Regelungsziel die damit verbundene Ungleichbehandlung nach ihrer Art und Intensität in Kauf nehmen durfte. Wie bereits dargestellt, intendierte der Gesetzgeber ausdrücklich eine Änderung der Gesetzeslage für Vereine und grenzte die Personenvereinigungen daher explizit von jenen ab. Auch ein **Unterschied im Tatsächlichen** scheint vorzuliegen, wenn ein Blick auf die Haftungsfragen für Mitglieder eines Vereins bzw anderen Personengemeinschaften geworfen wird.

Am 1. Jänner 2007 trat das Handelsrechts-Änderungsgesetz<sup>387</sup> in Kraft, welches wesentliche Änderungen insb im Handelsgesetzbuch (HGB) und im ABGB vorsieht. Neben einer grundlegenden Modernisierung des HGB wurde dieses auch in „Unternehmensgesetzbuch“ (UG) umbenannt.<sup>388</sup> Wer Mitglieder einer Personenvereinigung iSd Gewerbeordnung sind, ergibt sich aus dem Zusammenhang mit den vorigen Absätzen des § 1, dem § 8 und dem § 9 der GewO 1994.<sup>389</sup> Dem Ausschussbericht<sup>390</sup> sind dazu folgende Änderungen des Handelsrechts-Änderungsgesetzes für die Gewerbeordnung zu entnehmen: Das neue UGB lässt die bisherigen Personengesellschaften des Handelsrechtes als Rechtsträger erst mit der Eintragung in das Firmenbuch entstehen (§§ 123 und 161 UGB). Die offene Handelsgesellschaft erhält die Bezeichnung „*offene Gesellschaft*“ (§ 106 UGB). Die

---

<sup>386</sup> Berka, Verfassungsrecht Rz 1647 mwN.

<sup>387</sup> BGBl I 2005/120.

<sup>388</sup> Schummer/Kriwanek in Schummer/Kriwanek (Hrsg), Das neue Unternehmensgesetzbuch (2006) Vorwort.

<sup>389</sup> Müller in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 1 Rz 24.

<sup>390</sup> AB 1578 BlgNR 22. GP.

Kommanditgesellschaft behält ihre Bezeichnung bei. Die offenen Gesellschaften und Kommanditgesellschaften dürfen zu jedem erlaubten Zweck gegründet werden, wobei ihre Eintragung in das Firmenbuch nicht mehr vom Vorliegen eines bilanzpflichtigen Unternehmens abhängig ist. Daher werden durch das UGB die Rechtsformen der eingetragenen Erwerbsgesellschaften (Offene Erwerbsgesellschaft - OEG, Kommanditerwerbsgesellschaft - KEG) nicht mehr aufrechterhalten, bestehende Gesellschaften dieser Rechtsform werden *ex lege* entweder zu einer offenen Gesellschaft - OG oder einer Kommanditgesellschaft – KG (§ 907 Abs. 2 UGB). Die derzeit in der Gewerbeordnung vorhandenen Begriffe „Personengesellschaft(en) des Handelsrechtes“ bzw. „eingetragene Erwerbsgesellschaft(en)“ stimmen somit seit 1. Jänner 2007 mit der Terminologie des UGB nicht mehr überein. Anstelle der Bezeichnung „Personengesellschaft(en) des Handelsrechtes“ ist künftig die Bezeichnung „eingetragene Personengesellschaft(en)“, anstelle der Bezeichnung „offene Handelsgesellschaft“ bzw. „offene Erwerbsgesellschaft“ die Bezeichnung „offene Gesellschaft“ und der Begriff „Kommanditgesellschaft“ anstelle von „Kommandit-Erwerbsgesellschaft“ zu verwenden.

§ 9 GewO 1994 ist daher sowohl auf **juristische Personen als auch auf eingetragene Personengesellschaften** Anwendung anzuwenden, wobei für die Definition der juristischen Person das Zivil- bzw Unternehmensrecht maßgeblich ist. Dazu gehören Kapitalgesellschaften (GmbHs, AGs), Genossenschaften, Vereine, politische Parteien, Gebietskörperschaften, gesetzlich anerkannte Kirchen und Religionsgemeinschaften sowie Kammern und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts. Juristische Personen sind ab Erlangung ihrer Rechtspersönlichkeit gewerberechtsfähig, wobei GmbH und AG durch Eintrag in das Firmenbuch Rechtspersönlichkeit erlangen. Die OG und die KG als gewerberechtsfähige Personengesellschaften erlangen ebenso erst mit der Eintragung in das Firmenbuch Rechtspersönlichkeit.<sup>391</sup>

Vereine entstehen nach Verstreichen der in § 13 Abs 1 VerG genannten vier- bzw sechswöchigen Frist nach Einlangen der Errichtungsanzeige, wenn die Behörde nicht aktiv tätig wird.<sup>392</sup> Darüber hinaus entsteht ein Verein mit der Zustellung der Einladung zur Aufnahme der

---

<sup>391</sup> Werinos in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 9 Rz 1.

<sup>392</sup> Ergehen eines Verlängerungsbescheides

Vereinstätigkeit. Der Verein als juristische Person entsteht daher entweder durch Erhalt des Bescheids oder verstreichen lassen der Frist und wird damit rechtsfähig.<sup>393</sup>

Der Vollständigkeit halber seien hier auch die Gesellschaften bürgerlichen Rechts (§ 1175 ABGB) erwähnt, denen keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt und die weder juristische Person noch eingetragene Personengesellschaften sind und daher nicht Träger einer Gewerbeberechtigung sein können. Führen mehrere Gesellschafter eine gemeinsame Tätigkeit in Form einer GesbR durch, so bedarf unabhängig davon, wer im Rahmen dieser GesbR die Leistung tatsächlich erbringt, jeder Gesellschafter einer eigenen Gewerbeberechtigung.<sup>394</sup>

Für die Haftung von Vereinen ergibt sich aus § 23 VerG, dass für Verbindlichkeiten eines Vereins dieser mit seinem Vermögen haftet. Organwalter und Vereinsmitglieder haften nur dann persönlich, wenn sich dies aus anderen gesetzlichen Vorschriften oder aufgrund persönlicher rechtsgeschäftlicher Verpflichtung ergibt. Die Vereinsmitglieder und Organwalter haften hingegen Dritten gegenüber grundsätzlich nicht mit ihrem Privatvermögen.<sup>395</sup> Daher ergibt sich, dass der **Trennungsgrundsatz** des Gesellschaftsrechts auch für Vereine gilt. Das Trennungsprinzip besagt, dass das Vermögen der einzelnen Gesellschafter streng vom Vermögen der Gesellschaft zu trennen ist. Daraus ergibt sich, dass das Vereinsgesetz 2002 den allgemeinen Grundsätzen zur Haftung juristischer Personen folgt und bei diesem Haftungsprinzip kein Unterschied zwischen Vereinen, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften besteht. Zwar kann in Ausnahmefällen auch eine Durchgriffshaftung entstehen, wobei bei diesem Haftungsdurchgriff aber betont werden muss, dass in diesem Zusammenhang die Haftung der Gesellschafter nur in Ausnahmefällen greifen darf, da es sich sonst um eine Risikoverlagerung zulasten der Gesellschafter handelt. Eine derartige direkte Haftung der Gesellschafter muss aber *ultima ratio* sein.<sup>396</sup>

Wird in Hinblick auf die Haftungsfrage des Vereins ein Vergleich zu einer GmbH, AG oder Genossenschaft gemacht, so mag zwar auch für diese Gesellschaftsformen das Trennungsprinzip gelten, doch haften die Gesellschafter einer GmbH für die Aufbringung des im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Stammkapitals, bei der AG in der Höhe der übernommenen Einlagen sowie bei der Genossenschaft jedenfalls auch mit ihrer Einlage. Bei eingetragenen Personengesellschaften wie der OG haften die Gesellschafter unbeschränkt, bei

---

<sup>393</sup> *Schwaighofer* in *Schopper/Weilinger* (Hrsg), Vereinsgesetz (2019) § 13 Rz 7 ff, 20 ff.

<sup>394</sup> *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, GewO<sup>4</sup> § 9 Rz 7 mwN.

<sup>395</sup> *Reisch*, Privatrechtliche Rahmenbedingungen für Vereine – Vereinsgesetz 2002, *ecolex* 2002, 152 (154).

<sup>396</sup> *Steinacker* in *Schopper/Weilinger*, VereinsG § 12 Rz 3, 11 mwN.

der KG die Komplementäre persönlich und unbeschränkt sowie bei der GesbR unbeschränkt sowie auch solidarisch mit ihrem Privatvermögen. Vereinsmitglieder haften jedoch grundsätzlich nicht persönlich.

### 3.3.3 Ergebnis

Schlussendlich kann festhalten werden, dass allein aufgrund der Haftungsfragen ein Unterschied zwischen Vereinen und anderen Personenvereinigungen besteht. Gesellschafter haften jedenfalls mit ihrer Einlage, während bei einem Verein eine Haftung von Vereinsmitgliedern grundsätzlich ausgeschlossen ist. Abseits des Haftungsausschlusses für Vereinsmitglieder ist die Gründung eines Vereins im Vergleich zu anderen Rechtsformen an weniger formale Voraussetzungen geknüpft. Eine Aufnahme von Mitgliedern ist grundsätzlich nur von der Zustimmung des Vereins abhängig. Schon die Materialien zur Gewerbeordnung zeigen, dass der Verein aufgrund seiner Struktur anfällig dafür war bzw ist, gewerberechtliche Bestimmungen zu umgehen. Ua dienen die gewerberechtlichen Vorschriften über den Befähigungsnachweis für reglementierte Gewerbe der Qualitätssicherung. Ein Ziel der Gewerbeordnung ist ua die **Ordnungssicherheit**. Zur Zielerreichung dient die Einrichtung „genehmigungspflichtiger Gewerbe“, bei denen die Gewerbeberechtigung von einer Prüfung der „Zuverlässigkeit“ abhängig gemacht wird.<sup>397</sup> Auch diese beiden gewerberechtlichen Grundprinzipien sprechen aufgrund möglicher **Umgehungsstrukturen** durch Vereine dafür, dass durch die *lex specialis* für Vereine keine Gleichheitswidrigkeit vorliegt und eine unterschiedliche Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit eines AGZ in Form eines Vereins und anderen Personengesellschaften gerechtfertigt ist.

## 4 Ausnahme des Anwendungsbereiches der GewO 1994 für Tätigkeiten im Bereich der Land- und Forstwirtschaft sowie deren Nebengewerbe

Im Regierungsprogramm 2020-2024<sup>398</sup> wird die Schaffung von land- und forstwirtschaftlichen AGZ festgeschrieben. Daher stellt sich die Frage, ob Konstellationen denkbar sind, in denen ein AGZ als Verein zwar gewerbsmäßige Tätigkeiten iSd § 1 GewO 1994 ausübt, jedoch eine Ausnahme des Anwendungsbereichs gem § 2 GewO 1994 vorliegt.<sup>399</sup>

---

<sup>397</sup> Potacs in *Holoubek/Potacs*, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Band I<sup>4</sup> 35 f.

<sup>398</sup> Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024 107, abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>.

<sup>399</sup> Zu land- und forstwirtschaftlichen Arbeitgeberzusammenschlüssen siehe Teil E.

§ 2 GewO 1994 beschränkt den sachlichen Anwendungsbereich der Gewerbeordnung und nimmt bestimmte Tätigkeiten aus, die an sich die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit gem § 1 GewO 1994 aufweisen. Grundsätzlich lassen sich die Ausnahmen vom Geltungsbereich in zwei Gruppen einteilen: jene, die aufgrund von kompetenzrechtlichen Zwängen und jene, die aufgrund rechtspolitischer Überlegungen ausgenommen werden.<sup>400</sup> § 2 Abs 1 GewO 1994 normiert, dass die Gewerbeordnung, unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften, zunächst auf die die Land- und Forstwirtschaft (Z 1) und deren Nebengewerbe (Z 2), auf gewisse Vermittlungstätigkeiten durch Vereine (Z 3) sowie auf bestimmte Tätigkeiten von land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Z 4) und Buschenschanken (Z 5) nicht anzuwenden ist.

#### **4.1 Land und Forstwirtschaft (Z1)**

Welche Tätigkeiten iSd Gewerbeordnung zur Land- und Forstwirtschaft gehören, richtet sich nach § 2 Abs 3 GewO 1994. Demnach gehören die Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse mit Hilfe der Naturkräfte, einschließlich des Wein- und Obstbaues, des Gartenbaues und der Baumschulen (Z 1) sowie das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse (Z 2) und die Jagd und Fischerei (Z 3) zu den Tätigkeiten der Land- und Forstwirtschaft gem § 2 Abs 1 Z 1 GewO 1994. Zusätzlich kann durch Verordnung festgelegt werden, welche hergestellten Produkte der land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion zugehörig sind. Die dafür vorgesehenen Kriterien finden sich in § 2 Abs 3a GewO 1994.<sup>401</sup>

Es ist offensichtlich, dass ein AGZ, auch wenn seine Mitglieder Betriebe der Land- und Forstwirtschaft sind, nicht unter die Ausnahmeregelung des § 2 Abs 1 Z 1 iVm § 2 Abs 3 GewO 1994 fällt. Einerseits fällt die Tätigkeit des AGZ durch die Überlassung seiner Beschäftigten an die Mitgliedsbetriebe in den Bereich eines Gewerbebetriebs, andererseits betreibt er keine Tätigkeiten zur Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse mit Hilfe der Naturkräfte, noch sonst eine Tätigkeit, die die Gewerbeordnung gem § 2 Abs 3 Z 1 bis 4 GewO 1994 der Land- und Forstwirtschaft zurechnet.

---

<sup>400</sup> Müller/Riesz/Schramek/Wallnöfer in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 2 Rz 1.

<sup>401</sup> Ausführlich dazu Holzer/Michellic in Holzer, Bäuerliche Direktvermarktung 17 ff.



## 4.2 Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft (Z 2)

Weiters ist für AGZ die Ausnahmebestimmung für Tätigkeiten, die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft<sup>402</sup> gem § 2 Abs 1 Z 2 iVm § 2 Abs 4 GewO 1994 darstellen, auszuschließen. Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft stellen zwar eine gewerbliche Tätigkeit dar, sind jedoch mit der Ausnahme vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung privilegiert, wenn ein **enger Zusammenhang** mit der Land- und Forstwirtschaft besteht. Voraussetzung eines Nebengewerbes ist die organisatorische Einbindung bzw Verflechtung mit einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb sowie die Unterordnung unter diesen.<sup>403</sup> Daher setzt ein solches Nebengewerbe das Bestehen eines land- und forstwirtschaftlichen Hauptbetriebs voraus.<sup>404</sup> Aufgrund des AGZ als Hauptbetrieb scheidet auch hier eine mögliche Ausnahme im Hinblick auf das Privileg des Nebengewerbes aus. Eine weitere Prüfung des § 2 Abs 4 Z 4 GewO 1994, wonach Land- und Forstwirte zur Erbringung von Dienstleistungen im eingeschränkten Ausmaß als Nebengewerbe befugt sind, ist daher hinfällig.

## 4.3 Vermittlung von Leistungen durch Vereine (Z 3)

Als weiteren Ausnahmetatbestand sieht § 2 Abs 1 Z 3 GewO 1994 die Vermittlung von im Abs 4 Z 4 bis 8 leg cit angeführten Leistungen durch Vereine vor, deren satzungsmäßiger Zweck die Vermittlungstätigkeit zwischen ihren Mitgliedern umfasst. Vermittelt werden dürfen daher Dienstleistungen im Rahmen der **Nachbarschaftshilfe** sowie die Kulturpflege im ländlichen Raum, die Verwertung organischer Abfälle und der Winterdienst, Fuhrdienstleistungen, Fuhrdienstleistungen ohne Kfz, Vermietung und Einstellung von Reittieren, Vermietung von Betriebsmitteln für andere als Beförderungszwecke sowie Beförderungszwecke, wobei die Vermittlungstätigkeit nur von Vereinen durchgeführt werden darf und auf ihre Mitglieder beschränkt ist.<sup>405</sup> Dabei handelt es sich um eine taxative Aufzählung der Tätigkeiten, die außerhalb des Anwendungsbereiches der Gewerbeordnung erbracht werden können.<sup>406</sup> Andere Vermittlungen als land- und forstwirtschaftliche Dienstleistungen, wie zB

---

<sup>402</sup> Zur Entwicklungsgeschichte der Nebengewerbe *Gfrerer*, Entwicklungsgeschichte der Nebengewerbe er Land- und Forstwirtschaft in FS Holzer (2007) 199 ff.

<sup>403</sup> *Müller/Riesz/Schramek/Wallnöfer* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 2 Rz 18; zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes *Holzer* in *Norer/Holzer* Agrarrecht (2010) 171 ff.

<sup>404</sup> VwGH 2004/07/0206 VwSlg 16526 A.

<sup>405</sup> *Schulev-Steindl/Giera* in *Schulev-Steindl* (Hrsg), Ressourcenknappheit (2013) 216 f mwN.

<sup>406</sup> *Müller/Riesz/Schramek/Wallnöfer* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 2 Rz 29.

Zimmermeisterarbeiten an einem Stallgebäude, sind von der Ausnahmebestimmung nicht erfasst.<sup>407</sup> Beim „Vermitteln“ geht es um das Zusammenführen präsumtiver Vertragspartner.<sup>408</sup>

Wird nun ein Blick auf den Hauptzweck des AGZ geworfen, so liegt dieser in der Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern an die, wenn auch land- und forstwirtschaftlichen, Mitgliedsbetriebe und nicht darin, **Dienstleistungen mit land- und forstwirtschaftlichen Betriebsmitteln** vermitteln, sondern in der Überlassung von Arbeitskräften an die Mitgliedsbetriebe. Weiters setzen die Mitgliedsbetriebe eines AGZ die Arbeitskräfte für betriebseigene Aufgaben ein und nicht nur zur Aushilfe in einem anderen Mitgliedsbetrieb. Daher kommt auch diese Ausnahme der Gewerbeordnung für einen AGZ nicht infrage.

#### **4.4 Land- und forstwirtschaftliche Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Z 4)**

Für land- und forstwirtschaftliche Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sieht § 2 Abs 1 Z 4 GewO 1994, soweit der Geschäftsbetrieb dieser Genossenschaften im Wesentlichen der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dient, in den Tätigkeiten, die in lit a bis g leg cit aufgezählt sind, eine weitere Ausnahme vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung vor. Neben dem Verein stellt in Frankreich die Genossenschaft die einzige gesetzliche Rechtsform für AGZ dar. In Österreich bildet die Rechtsgrundlage für Genossenschaften das Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.<sup>409</sup> Bei einer Genossenschaft handelt es sich nach diesem um eine Personenvereinigung mit Rechtspersönlichkeit von nicht geschlossener Mitgliederzahl, die im Wesentlichen der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dient (§ 1 Abs 1 GenG).

Gesetzlich wird zwischen Erwerbsgenossenschaften und Wirtschaftsgenossenschaften unterschieden, wobei dieser Unterscheidung keine rechtliche Bedeutung zukommt. Für beide Gruppen kommen die gleichen rechtlichen Bestimmungen zur Anwendung. Die Wirtschaftsförderung betrifft das Ersparen von Ausgaben wie zB durch Bereitstellung von Wohnungen zu günstigen Bedingungen (Wohnungsgenossenschaften) oder von billigen Krediten (Kreditgenossenschaften). Die Förderung kann auch in der Erbringung von Dienstleistungen und Bereitstellung von zweckdienlichen Informationen bestehen. Handelt es sich aber nicht um eine Wirtschaftsförderung, sondern um die Förderung des Erwerbs, so muss

---

<sup>407</sup> Protokoll der Gewerbereferententagung 1994, Pkt 5, abgedruckt in *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, GewO<sup>4</sup> § 2 Rz 8.

<sup>408</sup> *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, GewO<sup>4</sup> § 2 Rz 8 mwN.

<sup>409</sup> Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften RGBI 1873/70.

der Geschäftsbetrieb der Genossenschaft mit der Erwerbstätigkeit der Mitglieder in einem Zusammenhang stehen (zB Winzergenossenschaft mit Weinbautreibenden).<sup>410</sup>

Grundsätzlich steht die Rechtsform der Genossenschaft<sup>411</sup> dem AGZ offen. Durch die Überlassung der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer erbringt er gegenüber den Mitgliedern eine Dienstleistung zur Förderung der Wirtschaft und erfüllt daher diese gesetzliche Vorgabe. Auch wenn als Genossenschaft eine Personenvereinigung mit **nicht geschlossener Mitgliederzahl** gefordert wird, so verhindert der nicht ausschließbare Mitgliederwechsel jedoch nicht, dass der Genossenschaftsvertrag eine Höchst- oder Mindestzahl der Mitglieder festsetzt oder die Mitgliedschaft statutengemäß auf einen bestimmten Personenkreis, zB Landwirte einer bestimmten Gemeinde, beschränkt.<sup>412</sup>

Auch wenn iSd GenG ein AGZ als Genossenschaft gegründet werden kann, so scheidet der Ausnahmetatbestand der Gewerbeordnung hinsichtlich Genossenschaften dennoch aus. Bei einem AGZ handelt es sich nicht um eine land- und forstwirtschaftliche Genossenschaft, welche Tätigkeiten gem lit a bis g des § 2 Abs 1 Z 4 GewO 1994 ausübt. Auch wenn der AGZ Tätigkeiten einer land- und forstwirtschaftlichen Genossenschaft ausüben würde, träte durch die Überlassung der Arbeitskräfte an die Mitgliedsbetriebe eine gewerbliche Tätigkeit hinzu. Gem § 2 Abs 7 GewO 1994 ist jedoch die Gewerbeordnung anzuwenden, wenn angeführte Tätigkeiten des Abs 1 Z 4 lit a bis c leg cit gemeinsam mit einer gewerblichen Tätigkeit ausgeübt werden.

#### **4.5 Ergebnis**

Es lässt sich abschließend festhalten, dass auch, wenn sich Betriebe der Land- und Forstwirtschaft zu einen AGZ zusammenschließen, grundsätzlich keiner der Ausnahmetatbestände im Hinblick auf die Land- und Forstwirtschaft, welche eine Ausnahme vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung ermöglichen, Anwendung findet.<sup>413</sup>

## **5 Zusammenfassung**

Gem § 1 Abs 2 GewO 1994 übt der AGZ durch die Überlassung von Arbeitskräften an die Mitgliedsbetriebe eine selbständige, regelmäßige Tätigkeit aus und nimmt am Wirtschaftsverkehr teil. Die Spezialregelungen für Personengesellschaften (§ 1 Abs 5 GewO

---

<sup>410</sup> Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 5/6 f (Stand 1.6.2017, rdb.at)

<sup>411</sup> Zum Ausschluss von Ein- und Verkaufsgenossenschaften bei lf AGZ siehe Teil F, Abschnitt 2.6.

<sup>412</sup> Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesellschaftsR<sup>2</sup> 5/4 f.

<sup>413</sup> Zur rechtlichen Abgrenzung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitgeberzusammenschlüssen siehe Teil E, Abschnitt 2.4.

1994) und Vereine (§ 1 Abs 6 GewO 1994) konkretisieren die Gewerbsmäßigkeit begründende Ertragsabsicht. Für AGZ in Vereinsform entsteht iSd Gewerbeordnung für seine Mitgliedsbetriebe durch die Überlassung von Arbeitskräften ein vermögensrechtlicher Vorteil. Weiters weist der AGZ das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbetriebs der Arbeitskräfteüberlassung auf. Daher unterliegen AGZ in Vereinsform der Gewerbeordnung. Ausnahmetatbestände<sup>414</sup> vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung liegen für den AGZ in Vereinsform nicht vor. Wird hingegen für einen AGZ eine andere Personenvereinigung gewählt, so unterliegt der AGZ nicht der Gewerbeordnung, da der Ertrag bzw wirtschaftliche Vorteil nicht im ersten Schritt beim AGZ eintritt und erst danach an die Mitgliedsbetriebe weitergegeben wird. Diese unterschiedlichen gewerberechtlichen Folgen stellen auch keine Verfassungswidrigkeit iSd des Gleichheitssatzes dar. Es liegt hier lediglich eine rechtspolitische Lücke vor, deren Lückenschluss jedoch nicht zur Disposition des Rechtsanwenders steht. Diese unterschiedliche Behandlung des AGZ kann nur vom Gesetzgeber geändert werden.

---

<sup>414</sup> Aufgrund der beinahe identen Ausnahmen der privilegierten Arbeitskräfteüberlassung des AÜG und § 135 Abs 2 GewO 1994 kann hier auf die Ausführungen unter Teil B, Abschnitt 2.3.3. verwiesen werden.

## **Teil D – Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskraft gegenüber den AGZ**

Wird die Überlassung der Arbeitskräfte durch einen AZG als gewerbsmäßig iSd Gewerbeordnung eingestuft, so kommen für die Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskräfte zwei anwendbare Kollektivverträge in Betracht: einerseits der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung und andererseits der Kollektivvertrag für Angestellte im Gewerbe und Handwerk und in der Dienstleistung (im Folgenden Ang-KollIV). In Ermangelung der Gewerbsmäßigkeit des AGZ iSd § 1 Abs 5 GewO 1994 unterliegt dieser allerdings keinem der beiden genannten Kollektivverträge, weshalb sich die Frage stellt, nach welchen Kriterien sich die Höhe des Entgelts der überlassenen Arbeitskräfte im AGZ bemisst. Da auf den AGZ das AÜG vollumfänglich Anwendung findet, richtet sich die Entgeltfestsetzung nach § 10 AÜG. Daher soll nun im folgenden Teil schwerpunktmäßig die Anwendung des § 10 AÜG auf den AGZ erörtert werden. Neben allgemeinen Ausführungen soll anhand eines Beispiel-AGZ die rechtliche Auswirkung der langfristigen Überlassung im AGZ dargestellt werden. Abschließend werden noch mögliche Abgrenzungsprobleme in einem gewerblichen Vereins-AGZ, die sich aus der Anwendung einer der beiden Kollektivverträge für Arbeitskräfteüberlassung ergeben, thematisiert.

### **1 Entgeltansprüche nach dem AÜG**

Mangels Gewerbsmäßigkeit iSd § 1 Abs 5 GewO 1994 des AGZ finden kollektivvertragliche Regelungen, die Mindestansprüche hinsichtlich des Entgelts vorsehen, keine Anwendung. Da ein AGZ jedoch **nicht** vom Geltungsbereich des AÜG **ausgenommen** ist, richten sich die Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskraft nach **§ 10 AÜG** wonach „*[d]ie Arbeitskraft [...] Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt [hat], das mindestens einmal monatlich auszuzahlen und schriftlich abzurechnen ist. Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, denen der Überlasser unterworfen ist, bleiben unberührt. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen. Darüber hinaus 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.*“ Im Folgenden wird vor allem der Frage der Feststellung des angemessenen und ortsüblichen Entgelts im

Allgemeinen nachgegangen, wobei die daraus gewonnenen Erkenntnisse im Anschluss auf einen Beispiel-AGZ angewendet werden.

### 1.1 Die Feststellung des angemessenen, ortsüblichen Entgelts

Die überlassene Arbeitskraft hat für die Dauer der Beschäftigung zum Überlasser einen gesetzlichen Mindestanspruch (= Grundentgelt)<sup>415</sup> in Form eines angemessenen, ortsüblichen Entgelts, das mindestens einmal im Monat auszubezahlen und schriftlich abzurechnen<sup>416</sup> und auch für Stehzeiten der Arbeitskraft zu bezahlen ist.<sup>417</sup> Die Begriffe „angemessen“ und „ortsüblich“ stellen keinesfalls gegensätzliche oder konkurrierende Begriffe dar, sondern ergänzen einander.<sup>418</sup> Auch wenn gesetzliche Mindestlöhne in der österreichischen Arbeitsrechtsordnung unüblich sind, soll diese Regelung bezwecken, dass der überlassenen Arbeitskraft ein von den einzelnen Überlassungen unabhängiges Einkommensniveau gesichert wird. Das **einsatzunabhängige Grundentgelt** sichert daher den überlassenen Arbeitskräften, unvorhersehbaren Einkommensschwankungen nicht zu unterliegen.<sup>419</sup>

Der Entgeltbegriff<sup>420</sup> ist weit zu verstehen und umfasst neben dem laufenden Entgelt auch jedenfalls Zulagen, Zuschläge und Sonderzahlungen,<sup>421</sup> nicht jedoch Aufwandsentschädigungen.<sup>422</sup> Zur Feststellung des überlassungsunabhängigen Grundentgelts ist in erster Linie der auf den Überlasserbetrieb anzuwendende Kollektivvertrag<sup>423</sup> heranzuziehen. Nur, wenn ein solcher nicht besteht, ist das **angemessene und ortsübliche Entgelt**<sup>424</sup> maßgeblich.<sup>425</sup>

---

<sup>415</sup> Dieser Anspruch besteht auch für überlassene arbeitnehmerähnliche Personen.

<sup>416</sup> § 10 Abs 1 AÜG.

<sup>417</sup> § 10 Abs 2 Z 1 AÜG; Abbedingung des § 1155 ABGB bei Arbeitskräfteüberlassung ist unzulässig, OGH 14 Ob 224/86 Arb 10.603.

<sup>418</sup> Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> 192.

<sup>419</sup> Schratlbauer, Arbeitskräfteüberlassung 247.

<sup>420</sup> Zum unterschiedlichen Entgeltbegriff im Arbeitsrecht siehe Burgstaller/Schorn, Entgelt nicht gleich Entgelt – Der Entgeltbegriff im Arbeitsrecht – ein Abriss der verschiedenen einzelgesetzlichen Ansätze im Arbeitsrecht, ZAS 2013/18.

<sup>421</sup> RIS-Justiz RS0050706; „Vom Kollektivvertrag des Beschäftigterbetriebes sind vor allem die Bestimmungen über das Arbeitsentgelt anzuwenden, zu denen auch die Regelung der Sonderzahlung gehört.“

<sup>422</sup> RIS-Justiz RS0115393; „Der Entgeltbegriff des § 10 Abs 1 AÜG umfasst nicht jene Leistungen, welche Arbeitnehmer als Ersatz für einen im Interesse des Arbeitgebers getätigten Aufwand erhält (= Aufwandsentschädigungen)“ OGH 8 ObA 226/01w, DRdA 2002/4 307 (krit Schindler); Schindler geht von einem vom Entgeltfortzahlungsrecht abweichenden Begriff aus, der auch Aufwandsentschädigungen erfasst. Dies, weil bei überlassenen Arbeitskräften typischerweise (hohe) Reiseaufwendungen anfallen und die umfassende und zwingende gesetzliche Mindestentgeltregelung sinnlos wäre, könnten die Reisekosten vertraglich der überlassenen Arbeitskraft aufgebürdet werden.

<sup>423</sup> § 10 Abs 1 S 2 AÜG.

<sup>424</sup> § 10 Abs 1 S 1 AÜG.

<sup>425</sup> RIS-Justiz RS0050699.

Als Ausgangspunkt für weitere Überlegungen wird nun anhand der Rechtsprechung die Feststellung des angemessenen, ortsüblichen Entgelts erörtert. Anhand der daraus gewonnenen Erkenntnisse wird weiters die Berechnung des angemessenen, ortsüblichen Entgelts im AGZ dargestellt. Dabei wird in einem ersten Schritt das angemessene Entgelt eruiert und im zweiten Schritt festgestellt, welche Bezahlung der Ortsüblichkeit entspricht.

### 1.1.1 Feststellung des angemessenen Entgelts

Nach stRspr des OGH<sup>426</sup> muss gem § 10 Abs 1 S 1 und 2 AÜG schon vor der Überlassung<sup>427</sup> zwischen Überlasser und Arbeitskraft, unabhängig von der einzelnen Überlassung, der zu vereinbarenden Entgeltanspruch inhaltlich geregelt werden (= Grundentgelt). Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind möglichst sach einschlägige Kollektivverträge, bei der Ortsüblichkeit eine in der Region des Überlasserbetriebs übliche Überzahlungen des kollektivvertraglichen Mindestentgelts zu berücksichtigen.<sup>428</sup> Es ist dabei vom wahren Willen der Parteien über die in Aussicht genommene Arbeitsleistung, die die überlassene Arbeitskraft zu erbringen hat, auszugehen. Dabei ist zu berücksichtigen, inwieweit entsprechende Berufsausbildungen, Berufserfahrungen und Vorkenntnisse Bedeutung haben und ob Beschränkungen auf die Tätigkeit in bestimmten Branchen beabsichtigt sind.<sup>429</sup> Daher ist zur Bestimmung des Entgelts primär auf Kollektivverträge Bedacht zu nehmen, die speziell auf den **Typus der Arbeitsleistung** abstellen. Wenn diese nicht vorhanden oder nicht repräsentativ sind, wird auf jene Kollektivverträge zurückgegriffen, die diese Art der Dienstleistung nur indirekt erfassen. Das bedeutet zB, wenn die überlassene Arbeitskraft allgemein für Reinigungsarbeiten aufgenommen wird, primär auf den KollV für das Reinigungsgewerbe abzustellen ist und nur dann, wenn kein solcher bestehen würde, auf andere Kollektivverträge, die diese Tätigkeit ebenfalls (indirekt) erfassen.<sup>430</sup> Dabei ist jedoch eine grobe Einteilung der vereinbarten Tätigkeiten allein in die Kategorien „ungelernte Tätigkeiten“, „angelernte Tätigkeiten“ und „Facharbeiten“ laut OGH<sup>431</sup> abzulehnen. Es habe dabei zu bleiben, dass Anknüpfungspunkt des angemessenen Entgelts iSd § 10 Abs 1 Abs 1 AÜG die sach einschlägigen Kollektivverträge sind. Das ergibt sich aus der Maßgeblichkeit allfälliger Kollektivverträge des Arbeitskräfteüberlassers, aber auch aus dem Erfordernis des § 11 Abs 1 Z 4 AÜG aF, die voraussichtliche Arbeitsleistung zu vereinbaren. Es ist jeweils eine

---

<sup>426</sup> RIS-Justiz RS0113336.

<sup>427</sup> Gem § 11 Abs 1 Z 1 AÜG.

<sup>428</sup> RIS-Justiz RS0050786.

<sup>429</sup> OGH 21.2.2002, 8 ObA 15/02t.

<sup>430</sup> OGH 8 ObA 50/02i Arb 12.204.

<sup>431</sup> OGH 8 ObA 226/01w ecolex 2002/111, 273 (*Mazal*) = DRdA 2002/25, 307 (*Schindler*) = Arb 12.178.

berufsbezogene Beschreibung, wie etwa „Maurer“, „Schlosser“, „Tischler“, „Mechaniker“ und dergleichen vorzunehmen. Lediglich bezogen auf das zu der Berufsbezeichnung gegebene Berufsbild sei ein angemessenes Entgelt zu ermitteln.

Es ist demnach der Grundanspruch unter Heranziehung eines möglichst sacheinschlägigen Kollektivvertrags und einer ortsüblichen Überzahlung des kollektivvertraglichen Mindestentgelts in der als einheitlicher Arbeitsmarkt in Betracht kommenden Region zu ermitteln, wohingegen der in dieser Region üblicherweise bezahlte Lohn von Überlasserbetrieben unerheblich ist. Den Bedenken, dass die Ermittlung dieses Grundentgelts schwierig sein könnte, hält der OGH<sup>432</sup> entgegen, dass dem Gesetzgeber durchaus unterstellt werden könne, dass er durch die gesetzliche Regelung insb für die Arbeitgeber (Überlasser) einen Anreiz zum Abschluss von unmittelbar anzuwendenden Kollektivverträgen iSd Satzes 2 geben wollte. Kommen mehrere sacheinschlägige Kollektivverträge in Betracht, so ist darauf abzustellen, ob einer dieser Kollektivverträge **deutlich mehr Arbeitnehmer** mit dieser „Art der Arbeitsleistung“ erfasst als die anderen Kollektivverträge. Ist das nicht der Fall, so sei der **Durchschnitt** aus diesen kollektivvertraglichen Ansätzen zu bilden.<sup>433</sup>

Eine analoge Anwendung der Regelungen des § 9 ArbVG kommt dagegen **nicht in Betracht**. Es kann nicht von einer entsprechend klaren Gliederung, wie sie § 9 ArbVG für Betriebe oder Unternehmen voraussetzt, ausgegangen werden. Auch kann es nicht auf die Zufälligkeit geringfügiger Schwankungen auf dem einschlägigen Arbeitsmarkt ankommen, sodass dann iSd „Maßgeblichkeit“ gem § 9 Abs 3 ArbVG einmal der eine bzw dann der andere KollV heranzuziehen wäre. Daher ist nur dann auf einen einzigen KollV abzustellen, wenn dieser in seiner Bedeutung deutlich überwiegt, wobei bei mehreren Einstufungsmöglichkeiten in einem KollV sinngemäß vorzugehen ist.<sup>434</sup>

### 1.1.2 Feststellung der Ortsüblichkeit

Nach der Feststellung, welcher KollV heranzuziehen ist, muss als nächster Schritt berücksichtigt werden, welche Bezahlung für die in Frage kommende Tätigkeit ortsüblich ist. Dabei wird in Ergänzung des heranzuziehenden KollV die ortsübliche Überzahlung festgestellt.<sup>435</sup> Dazu ist in der als einheitlicher Arbeitsmarkt in Betracht kommenden Region

---

<sup>432</sup> OGH 27.3.2002, 9 ObA 50/02x.

<sup>433</sup> OGH 9 ObA 58/02y SZ 2002/40.

<sup>434</sup> OGH 8 ObA 226/01w ecolex 2002/11, 273 (*Mazal*) = DRdA 2002,25, 307 (*Schindler*) = Arb 12.178; *Krit* zur Ermittlung sacheinschlägiger Kollektivverträge *Schindler*, Der Entgeltanspruch bei Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2000/735, *Schrammel*, Zum „Grund“lohnanspruch überlassener Arbeitskräfte, ecolex 2001, 252.

<sup>435</sup> *Tomandl*, AÜG<sup>3</sup> 96.



festzustellen, wie jene Arbeitnehmer, die Tätigkeiten der „Art der Arbeitsleistung“ der überlassenen Arbeitskräfte verrichten, über den KollIV entlohnt werden. Dabei ist jedoch nicht nur ein Durchschnittswert zu ermitteln, sondern – unter Ausschaltung von extremen Abweichungen – die **Bandbreite** festzustellen, in der die Überzahlung erfolgt. Der untere Wert dieser Bandbreite bildet die Untergrenze des angemessenen Entgelts iSd § 10 Abs 1 S 1 AÜG. Verstößt das vereinbarte Entgelt gegen diese Untergrenze, so steht dem Arbeitnehmer die Möglichkeit offen, diese Vereinbarung gemäß § 879 ABGB anzufechten, wobei der Arbeitnehmer den Beweis erbringen muss, dass das festgelegte Entgelt außerhalb der Bandbreite liegt. Zur Vermeidung der Schwierigkeiten bei dieser Entgeltermittlung könnten beide Vertragsparteien bei der Einschätzung dieser Bandbreite regelmäßig nicht nur auf die eigenen Erfahrungen, sondern auch auf die Erfahrungen der gesetzlichen und freiwilligen kollektivvertragsfähigen Interessenvertretungen zurückgreifen.<sup>436</sup>

„Ortsüblichkeit“ kann sich nur auf den Standort des Überlasserbetriebs beziehen. Befinden sich am Standort allenfalls gar keine Betriebe, die zwischen Überlasser und Arbeitskraft vereinbarten Dienste in Anspruch nehmen, so ist nicht auf das in der Ortsgemeinde übliche Lohnniveau, sondern auf das Lohnniveau der betreffenden, als einheitlicher Arbeitsmarkt in Betracht kommenden Region abzustellen. Wenn aber ein in einer Region mit niedrigem Lohnniveau ansässiger Überlasserbetrieb Arbeitskräfte ausschließlich oder ganz überwiegend an Betriebe in einer bestimmten Region mit hohem Lohnniveau überlässt, könnte aus dem Gesichtspunkt einer Umgehung der in § 2 AÜG ausdrücklich normierten Ziele des Gesetzes ausnahmsweise auch **eine andere Anknüpfung** in Betracht kommen.<sup>437</sup> Die Festlegung, welcher Region ein Ort zugeordnet wird, behält sich der OGH selbst vor. Zur Ermittlung der Höhe des ortsüblichen Entgelts hält der OGH im ersten Schritt nach einem passenden KollIV Ausschau. Im zweiten Schritt werden in der Region üblicherweise Überzahlungen geprüft und im gegebenen Fall ergibt sich daraus der Ist-Lohn als ortsübliches Entgelt.<sup>438</sup> Es ist jedenfalls auf das ortsübliche Niveau in der Region des Überlasserbetriebs und nicht auf den konkreten Standort abzustellen.<sup>439</sup>

---

<sup>436</sup> OGH 9 ObA 58/02y SZ 2002/40.

<sup>437</sup> RIS-Justiz RS0050683.

<sup>438</sup> Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 95.

<sup>439</sup> OGH 8 ObA 112/02g Arb 12.256.

## 1.2 Exkurs: Festlegung der vorgesehenen Verwendung bzw der voraussichtlichen Tätigkeit

Unter dem Titel „Vertragliche Vereinbarungen“ regelt § 11 Abs 1 Z 1 bis 13 AÜG, dass der Überlasser eine Arbeitskraft an einen Dritten nur nach Abschluss einer ausdrücklichen Vereinbarung überlassen darf, die unabhängig von der einzelnen Überlassung gewisse Bedingungen zwingend festzulegen hat. In der Stammfassung des § 11 Abs 1 AÜG, welcher damals fünf Ziffern umfasste, sah Z 4 vor, dass die voraussichtliche Art der Arbeitsleistung festzulegen ist. Mit der AÜG-Novelle 2012<sup>440</sup> wurden die Mitteilungspflichten gegenüber der Arbeitskraft in einer Bestimmung zusammengefasst. Weiters sollte gewährleistet werden, dass die überlassene Arbeitskraft fair behandelt und über die für sie relevanten Umstände informiert wird. Durch die in § 11 AÜG erfolgte Zusammenfassung der Mitteilungspflichten kann die zusätzliche Anwendung des § 2 Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetz<sup>441</sup> (Dienstzettel) entfallen.<sup>442</sup> Ziel des § 11 AÜG ist es, durch detaillierte Informationen betreffend den Inhalt des überlassungsunabhängigen Grund-Arbeitsvertrags **Umgehungen des AÜG zu verhindern**. Vor allem soll die Verschiebung des wirtschaftlichen Risikos der Auslastung auf die überlassene Arbeitskraft verhindert werden.<sup>443</sup> § 11 Abs 1 Z 8 AÜG sieht vor, dass in der Grundvereinbarung die vorgesehene Verwendung und die voraussichtliche Art der Arbeitsleistung zwingend festzulegen ist. Art 2 Abs 2 der Nachweis-RL<sup>444</sup> sieht gem lit c als einen Teil der Mindestangaben der Unterrichtung (i) die dem Arbeitnehmer bei der Einstellung zugewiesene Amtsbezeichnung, sein Dienstgrad und Art oder Kategorie seiner Stelle oder (ii) kurze Charakterisierung oder Beschreibung der Arbeit vor. Jedenfalls kann eine bloße Bezeichnung der Tätigkeit nicht in allen Fällen als Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeit angesehen werden.<sup>445</sup> Sittenwidrig und daher unzulässig wäre eine Vereinbarung von „Arbeiten aller Art“. Dies würde dem Arbeitgeber eine unverhältnismäßige und unangemessene Weite der Anordnungsbefugnis geben. Zweck der Bestimmung ist es, die Arbeitskraft vor Weisungen zu schützen, die eine Überforderung oder eine Dequalifizierung bei bestimmten Überlassungen mit sich bringen könnten.<sup>446</sup>

---

<sup>440</sup> BGBl I 2012/98.

<sup>441</sup> Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz 1993/459.

<sup>442</sup> ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4.

<sup>443</sup> Schindler in ZellKomm<sup>3</sup> § 11 AÜG Rz 1.

<sup>444</sup> RL 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen ABI L 1991/288,32.

<sup>445</sup> EuGH C-253/96 bis C-258/96, *Kampelmann*, ECLI:EU:C:1997:585, Rn 44.

<sup>446</sup> *Schrottbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 131; *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG<sup>2</sup> 222.

### 1.3 Die Festlegung des Entgelts während der Überlassung (= Überlassungsentgelt)

Für die Ermittlung des Entgeltanspruchs während der Überlassung sind § 10 Abs 1 S 3 und 4 AÜG einschlägig. Im Folgenden wird nun ein grundlegender Überblick der beiden Bestimmungen gegeben. Der Schwerpunkt der Darstellung beschränkt sich jedoch auf die Ausführungen, die aufgrund der **Atypizität** der Arbeitskräfteüberlassung im AGZ für weitere Überlegungen bzw die Festsetzung des Überlassungsentgelts im AGZ notwendig erscheinen.

#### 1.3.1 § 10 Abs 1 S 3 AÜG

Gem § 10 Abs 1 S 3 AÜG ist bei der Beurteilung der Angemessenheit für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte Entgelt **Bedacht** zu nehmen. Ziel der Gesetzgebung ist es, dass dadurch sowohl die zunehmende Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte zu wesentlich schlechteren Bedingungen sowie die Verzerrung des Wettbewerbes zurückgedrängt und das Prinzip „Gleiche Löhne für gleichwertige Arbeit“ wenigstens annähernd verwirklicht wird.<sup>447</sup> Die Vermeidung der Beeinträchtigung der Lohn- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer im Beschäftigterbetrieb durch überlassene Arbeitskräfte, welche als Zielvorstellung in § 2 Abs 3 AÜG normiert ist, soll durch den 3. Satz des § 10 Abs 1 AÜG verfolgten Zweck in die Realität umgesetzt werden.<sup>448</sup> Daher ist für die Dauer der Überlassung auf das an Arbeitnehmer des Beschäftigterbetriebs für vergleichbare Arbeiten zu zahlende kollektivvertragliche Mindestentgelt Bedacht zu nehmen, wenn dieses höher als das Grundentgelt ist.<sup>449</sup> Der Ausdruck „Bedachtnahme“ ist als ein Anspruch der überlassenen Arbeitskraft auf das Mindestentgelt nach dem KollV des Beschäftigterbetriebs, **nicht aber auf die überkollektivvertraglichen Ist-Löhne** zu verstehen. Unabhängig davon ist der Anspruch, ob im Überlasserbetrieb grundsätzlich ein KollV besteht - allfällige höhere Grundansprüche bleiben dadurch unberührt.<sup>450</sup>

Durch die gesetzlich vorgesehene „Bedachtnahme“ auf kollektivvertragliche Mindestentgelte entsteht ein zwingender Anspruch auf diese. Durch die Formulierung wird letztlich darauf Rücksicht genommen, dass uU Entgeltregelungen des Beschäftigterkollektivvertrags nur sinngemäß und nicht ohne jede Modifikation für überlassene Arbeitskräfte angewendet werden können (insb bei Werk- oder freien Dienstvertrag).<sup>451</sup> Jährliche Ist-Lohn-Erhöhungen auf den

---

<sup>447</sup> ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 19.

<sup>448</sup> Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG<sup>2</sup> 196.

<sup>449</sup> RIS-Justiz RS0050789.

<sup>450</sup> OGH 9 ObA 188/00p ecolx 2001/24, 61 (Mazal) = DRdA 2001/32, 343 (Weiß).

<sup>451</sup> Schindler in ZellKomm<sup>3</sup> AÜG § 10 Rz 24 mwN.

überkollektivvertraglichen Lohn laut Beschäftigterkollektivvertrag fallen nicht in den Schutzbereich des § 10 Abs 1 Satz 3 AÜG. Eine Angleichung an die im Beschäftigerbetrieb gezahlten überkollektivvertraglichen Ist-Löhne für die Dauer der Überlassung ist nicht vorgesehen.<sup>452</sup> Abseits der Zeiten der Nichtüberlassung ist ein im Überlassungsbetrieb geltender KollV daher nur dann relevant, wenn jener des Beschäftigerbetriebs ein niedrigeres Entgeltniveau aufweist.<sup>453</sup> Für den Vergleich, ob das Grundentgelt oder das kollektivvertragliche Entgelt im Beschäftigerbetrieb höher ist, muss unter analoger Heranziehung der Grundsätze des § 3 Abs 2 ArbVG mittels **Gruppenvergleich** ermittelt werden.<sup>454</sup> Dabei ist ein Günstigkeitsvergleich<sup>455</sup> vorzunehmen und es sind die in einem Sachzusammenhang stehenden Regelungen einer Rechtsquelle jeweils dem entsprechenden Regelungskomplex der zu vergleichenden, anderen Rechtsquelle gegenüber zu stellen. Der Grundlohn sowie die Zulagen bzw Zuschläge stehen dabei nicht in einem Sachzusammenhang.<sup>456</sup> Überlassene Arbeitskräfte haben aber neben dem im Günstigkeitsvergleich festgestellten höheren Grundlohn nach dem KollV-AÜ zusätzlich Ansprüche auf Zulagen und Zuschläge des Beschäftigerbetriebs.<sup>457</sup> Die Grundlage dieser Regelung findet sich in Abschnitt VII des KollV-AÜ. Im AÜG wurde die Entscheidung getroffen sich für eine partielle Anwendung von Bestimmungen des Beschäftigterkollektivvertrags durch den Überlasser während des Zeitraums der Überlassung entschieden, sodass „*das Herausnehmen einzelner Detailregelungen aus dem Kollektivvertrag des Beschäftigerbetriebs und aus der Grundvereinbarung („Rosinentheorie“) nicht möglich ist.*“<sup>458</sup>

### 1.3.2 § 10 Abs 1 S 4 AÜG

Für die Ausnahmefälle, bei denen nicht sowohl Überlasser- als auch Beschäftigerbetrieb gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Entgeltvorschriften unterworfen sind, wird der Gleichstellungsanspruch auf betriebliche Entgeltregelungen ausgedehnt.<sup>459</sup> Da der AGZ, außer in der Rechtsform des Vereins, keinem KollV unterliegt, kommt für die Feststellung des

---

<sup>452</sup> OGH 8 ObA 18/14a RdW 2014/524, 476 (*Sabara*) = PVInfo 2014 H 7, 18 (*Rauch*) = ÖJZ EvBl 2014/110, 772 (*Rohrer*) = ARD 6402/12/2014v (*Sabara*) = Arb 13.146 = SZ 2014/26.

<sup>453</sup> OGH 9 ObA 81/01d Arb 12.105.

<sup>454</sup> *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG<sup>2</sup> 199; *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 249.

<sup>455</sup> Zur Anwendung des Günstigkeitsprinzips siehe OGH 9 ObA 305/92 DRdA 1993/46 378 (*Ritzberger-Moser*).

<sup>456</sup> *Schindler* in *ZellKomm*<sup>3</sup> AÜG § 10 Rz 9.

<sup>457</sup> OGH 9 ObA 157/14z DRdA-infas 2016/8, 12 (*Haslinger*).

<sup>458</sup> OGH 8 ObA 28/01b DRdA 2003/1, 25 (*Geppert*) = Arb 12.163.

<sup>459</sup> *Schrattbauer* in *Schrattbauer*, AÜG § 10 Rz 53.

Überlassungsentgelts im AGZ der Bestimmung des § 10 Abs 1 S 4 AÜG besondere Bedeutung zu.

### 1.3.2.1 Der Anwendungsbereich des § 10 Abs 1 S 4 AÜG

Für die Festsetzung des Überlassungsentgelts der überlassenen Arbeitskraft ist grundsätzlich auch auf die im Beschäftigertbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer mit vergleichbaren Tätigkeiten geltenden, **sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art** Bedacht zu nehmen. Ausgenommen vom Anwendungsbereich sind jedoch überlassene Arbeitskräfte, wenn der Überlasser einem KollV unterworfen ist und eine kollektivvertragliche, durch Verordnung festgelegte oder gesetzliche Regelung des Entgelts im Beschäftigertbetrieb vorliegt.

Zusammengefasst kann der Anspruch auf Entgelte aus „*sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ gem § 10 Abs 1 S 4 AÜG in folgende Fallgruppen unterteilt werden:<sup>460</sup>

- a) Kein Anspruch auf Entgelt aus den beim Beschäftigert maßgeblichen „sonstigen verbindlichen Regelungen“ besteht, wenn für das Dienstverhältnis der Arbeitskraft zum Überlasser ein KollV und auch für die Arbeitskräfte des Beschäftigert eine normative lohngestaltende Vorschrift<sup>461</sup> wirksam sind.
- b) Unterliegt hingegen das Dienstverhältnis zum Überlasser einem KollV, so besteht ein Anspruch auf Entgelte aus den beim Beschäftigert maßgeblichen „sonstigen verbindlichen Vorschriften allgemeiner Art“ dann, wenn für die Arbeitskräfte des Beschäftigert keine normative lohngestaltende Vorschrift wirksam ist.
- c) Auch besteht ein Anspruch auf Bezahlung der Entgelte aus den beim Beschäftigert maßgeblichen „sonstigen verbindlichen Vorschriften allgemeiner Art“, wenn zwar für die Arbeitskräfte des Beschäftigert eine normative lohngestaltende Vorschrift wirksam ist, das Dienstverhältnis zum Überlasser jedoch keinem KollV unterliegt.
- d) Schlussendlich besteht ein Anspruch auf Bezahlung der Entgelte aus den beim Beschäftigert maßgeblichen „verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“ auch dann,

---

<sup>460</sup> Mazal, AÜG-Novelle 2012, Keine Gleichstellung im Entgelt bei doppelter Tarifbindung, ecolex 2013, 100 (101 f).

<sup>461</sup> Wie bei Mazal, ecolex 2013, 100 wird für „kollektivvertragliche, durch Verordnung festgelegte oder gesetzliche Regelung des Entgelts“ die Wendung „normative lohngestaltende Vorschriften“ verwendet.

wenn weder im Betrieb des Beschäftigers eine normative lohngestaltende Vorschrift wirksam ist noch die überlassenen Arbeitskräfte keinem KollIV unterliegen.<sup>462</sup>

Daher lässt sich summarisch festhalten, dass für die Anwendung des § 10 Abs 1 Satz 4 AÜG ausreichend ist, dass nur einer der beiden, nämlich entweder der Überlasser oder der Beschäftiger, keinem KollIV unterliegt. Mit einer kollektivvertraglichen Abdeckungsquote von 98 Prozent<sup>463</sup> liegt Österreich im internationalen Spitzenfeld.<sup>464</sup> Dies führt in den meisten Fällen dazu, dass sowohl Überlasser als auch Beschäftiger einem KollIV unterliegen und daher die Anwendung des § 10 Abs 1 Satz 4 AÜG nur eine untergeordnete Rolle in der Entgeltfestsetzung einnimmt.

Im Hinblick auf einen AGZ, der außer in der Rechtsform des Vereins keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausübt und daher schlussendlich auch keinem KollIV unterworfen ist, kommt jedoch § 10 Abs 1 Satz 4 AÜG zur Entgeltfestsetzung eine essenzielle Bedeutung zu. Vor allem im Schrifttum herrscht diesbezüglich Uneinigkeit, was unter „verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“ zu verstehen ist, wobei im folgenden Abschnitt die unterschiedlichen Auslegungen dazu dargestellt werden und eine eigene Ansicht entwickelt wird.

### **1.3.2.2 Auslegungen der „verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“**

#### **1.3.2.2.1 Literaturmeinungen zur Auslegung „verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“**

Umstritten ist in der Literatur, ob auch unechte Betriebsvereinbarungen, Vertragsschablonen und betriebliche Übungen als sonstige im Beschäftigerbetrieb geltende verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art anzusehen sind oder nicht. Nach *W. Pöschl/Unterrieder*<sup>465</sup> sind nur echte Betriebsvereinbarungen (mit Verweis auf Systeme der Gewinnbeteiligung und leistungs- und erfolgsbezogene Prämien gemäß einer Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG) als verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art zu verstehen. Das ergebe sich schon aus dem Wortlaut, da mit einer verbindlichen Bestimmung allgemeiner Art, die im Beschäftigerbetrieb gilt, nur **allgemeine Rechtsakte** gemeint seien, nicht aber auf

---

<sup>462</sup> *Mazal*, AÜG-Novelle 2012, Keine Gleichstellung im Entgelt bei doppelter Tarifbindung, *ecolex* 2013, 100 (101 f).

<sup>463</sup> Derzeit gibt es in Österreich 859 gültige Kollektivverträge, wovon jährlich etwa 450 Kollektivverträge, circa 30 Heimarbeitsstarife, ein Heimarbeitsgesamtvertrag, eine behördliche Festsetzung der Lehrlingsentschädigung, fünf Satzungen und 30 Mindestlohntarife abgeschlossen, festgesetzt oder gesetzt werden (*KV System*, [http://www.kvsystem.at/servlet/ContentServer?pagename=KVS/Page/KVS\\_Index&n=KVS\\_4.2](http://www.kvsystem.at/servlet/ContentServer?pagename=KVS/Page/KVS_Index&n=KVS_4.2) abgefragt am 26.7.2021).

<sup>464</sup> *Fink/Rocha-Akis* in *Mosler/Pfeil* (Hrsg), Mindestlohn im Spannungsverhältnis zwischen Kollektivvertragsautonomie und staatlicher Sozialpolitik (2016) 130.

<sup>465</sup> *W.Pöschl/Unterrieder*, Novelle zum AÜG – Neue Pflichten für Beschäftiger und Überlasser, *ecolex* 2012, 999 (1000).

einzelvertraglicher Ebene wirkende – und daher eben nicht allgemein gültige – betriebliche Übungen oder Entgeltschemata. Da betriebliche Übungen gegenüber Neueintritten durch entsprechenden Vorbehalt ausgeschlossen werden können, ergebe sich daraus, dass es sich bei einer betrieblichen Übung nicht um eine verbindliche Bestimmung allgemeiner Art handle. Auch werden in der Definition des Art 3 Abs 1 lit f der Leiharbeits-RL „*wesentliche Arbeits- und Entgeltbedingungen*“ nur Gesetz, KollIV und dergleichen erwähnt.

*Schrank*<sup>466</sup> kommt zu dem Ergebnis, dass verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art iSd § 10 Abs 1 Satz 4 AÜG nur im Beschäftigterbetrieb anwendbare Satzungen (§ 18 ArbVG), Mindestlohntarife (§ 20 ArbVG) und echte, dh normative, Betriebsvereinbarungen (§ 29 ArbVG) darstellen. *Schrank*<sup>467</sup> kommt unter Betrachtung der Auslegungsregeln zu dem Ergebnis, dass nur die reduzierte Gleichstellung auf den normativen Bereich *de lege lata* richtig sein kann. Es hätte auch die Möglichkeit bestanden, die volle Gleichstellung im Ist-Entgelt-Bereich leicht und allgemein verständlich, durch eine einfache Änderung des § 10 Abs 1 Satz 3 AÜG<sup>468</sup> zu erreichen. Es bestand daher sprachlich kein Bedarf nach einer so komplex-abstrakten, die volle Gleichstellung gar nicht ansprechenden Umschreibung. Vor diesem Hintergrund lässt für *Schrank*<sup>469</sup> die Wendung „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“ keine andere als diese erweiternde Normenerfassung zu. Schon der Begriff „Bestimmung“ schließe jedenfalls Ungeschriebenes wie **bloße Betriebsübungen** aus. Das gilt nach *Schrank* genauso für nicht erkennbar Kundgemachtes wie **einzelvertragliche Vereinbarungen**. Zusätzlich steht, durch die Präzisierung auf Bestimmungen „allgemeiner Art“, einer Erfassung bloß vertraglicher Bestimmungen entgegen. Freier Betriebsvereinbarung mangelt es abgesehen davon, dass sie höchstens einzelvertragliche Wirksamkeit entfalte, zudem an der im Gesetz ausdrücklich geforderten Verbindlichkeit. Auch der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz kann diese Defizite nicht ausgleichen, da ihm ebenso der Rechtscharakter einer (kundgemachten) Bestimmung fehlt.

Ähnlich dazu schreibt auch *Burz*<sup>470</sup>, nachdem mit „verbindlichen Bestimmungen“ nur normative Regelungen erfasst sind, die **im Vorhinein** bestimmt werden und sich nicht etwa erst durch Übung oder konkludente Einzelvertragsergänzung ergeben. Auch

---

<sup>466</sup> *Schrank*, RdW 2013/38 (31 f).

<sup>467</sup> *Schrank*, RdW 2013/38 (32).

<sup>468</sup> Durch Streichung der Wortfolge „*kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte*“.

<sup>469</sup> *Schrank*, RdW 2013/38 (32).

<sup>470</sup> *Burz*, ecolex, 2012, 1093 (1094).

*Bruckmüller/Zehentmayer*<sup>471</sup> argumentieren im Hinblick auf die Ausführungen in der Literatur dafür, dass betriebliche Übungen „freie“ Betriebsvereinbarungen und Vertragsschablonen keine verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art sind.

*Schindler*<sup>472</sup> hingegen weist auf den Erwägungsgrund 14 und den Text des Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL hin, welcher unverändert an jener Formel festhält, die schon im Kommissionsvorschlag vom 28. November 2002 enthalten war. Leiharbeitnehmer sollen jene Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erhalten, die gelten würden, wenn sie von den entleihenden Unternehmen **unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz** eingestellt worden wären. Es sollen daher die fraglichen Voraussetzungen der Verbindlichkeit und Allgemeinheit in diesem Kontext nur dahingehend verstanden werden, dass sie die Ermittlung eben jener Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erleichtern und objektivieren sollen. Dabei geht es nicht um die schier unlösbare Frage, welche individuellen Vereinbarungen allenfalls im fiktiven Fall der Direkt-Einstellung ausgehandelt worden wären. Es gilt festzustellen, welche generellen Bestimmungen für vergleichbare Arbeitnehmer im **fraglichen Einstellungszeitpunkt** gegolten haben. Eine spätere, allenfalls mögliche Änderung dieser ist jedoch bedeutungslos. Maßgeblich ist ausdrücklich das fiktive Ergebnis einer Einstellung am Tag des Beginnes der Überlassung. Daher sind auch eine betriebliche Übung, Vertragsschablone oder eine Unternehmens- oder Konzernrichtlinie zu beachten. Jedenfalls erfasse eine betriebliche Übung auch neu eintretende Arbeitnehmer, sollte nichts anderes mit ihnen vereinbart werden, was auch für Vertragsschablonen und Richtlinien gelte, solange sie nicht generell aufgehoben sind, wären sie bei einer Direkt-Einstellung ver- bzw angewendet worden.

*Schörghofer*<sup>473</sup> schließt sich den Ausführungen *Schindlers* an und begründet dies mit der **Entstehungsgeschichte der Richtlinie** bzw der Begründung der Kommission zum zweiten Richtlinienentwurf. Danach dient die Anführung der betroffenen Rechtsquellen der wesentlichen Arbeitsbedingungen (also ua „sonstige Bestimmung allgemeiner Art“) bloß als „Präzisierung“. Es sollte keine wesentliche Einschränkung gegenüber dem ersten Entwurf bezweckt werden, der noch alle Rechtsquellen einbezogen hat.

---

<sup>471</sup> *Bruckmüller/Zehentmayer*, Was sind „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“? *ecolex* 2013, 679 (682).

<sup>472</sup> *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV<sup>4</sup> 41 f; *Schindler* in *ZellKomm*<sup>3</sup> AÜG § 10 Rz 29/1; *Schindler* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung 16 ff.

<sup>473</sup> *Schörghofer* *ZAS* 2012/61, 336 (341).



*Schlitzer*<sup>474</sup> spricht sich aufgrund des Normzwecks des Grundsatzes der Gleichbehandlung dafür aus, diese Bestimmung weit auszulegen, um überlassene Arbeitskräfte gegenüber Stammbeschäftigten bei betrieblichen Übungen nicht zu benachteiligen. Dies sei seiner Meinung nach auch iS einer **richtlinienkonformen Interpretation** zu berücksichtigen.

*Schrattbauer/Goricnik*<sup>475</sup> kommen ebenfalls zu dem Ergebnis, dass neben echten Betriebsvereinbarungen auch Vertragsschablonen und betriebliche Übungen mitumfasst sind. Argumentiert wird mit der Formulierung im AÜG, die eng an jener des Wortlautes der Leiharbeits-RL angelehnt ist, für deren Gleichbehandlungsanspruch als Vergleichsmaßstab die unmittelbare Einstellung im Beschäftigterbetrieb für den gleichen Arbeitsplatz heranzieht und daher jedenfalls für eine weite Auslegung spricht.

#### **1.3.2.2.2 Judikatur zur Auslegung der „verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art“**

2017 befasste sich der OGH<sup>476</sup> mit der Frage, ob auch unechte Betriebsvereinbarungen, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs beziehen, als verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art iSd § 10 Abs 3 AÜG anzusehen sind. Ausgangspunkt der Entscheidung war eine Arbeitszeitreduktion durch „Betriebsvereinbarung“ in einem Schichtbetrieb auf nur mehr 36 Stunden wöchentlich, bei vollem Lohnausgleich im Beschäftigterbetrieb. Der KollV-AÜ sieht im Abschnitt VI (Arbeitszeit) vor, dass die wöchentliche Arbeitszeit 38,5 Stunden beträgt, jedoch während der Überlassung für die überlassenen Arbeitskräfte, die im Beschäftigterbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigterbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art gelten, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit beziehen. Diese Formulierung entspricht jener Bestimmung des § 10 Abs 3 AÜG, die im Zuge der AÜG- Novelle 2012<sup>477</sup> eingefügt wurde. Im Hinblick auf die erfolgte Arbeitszeitverkürzung durch „Betriebsvereinbarung“ aus dem Jahr 1985 wurde seitens der Kläger im Verfahren eingeräumt, dass dauerhafte Arbeitszeitverkürzungen nicht durch echte Betriebsvereinbarungen realisiert werden können.

Nach ausführlicher Erörterung der unterschiedlichen Literaturmeinungen, ob auch unechte Betriebsvereinbarungen, Vertragsschablonen und betriebliche Übungen als sonstige im Beschäftigterbetrieb geltende verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art anzusehen sind,

---

<sup>474</sup> *Schlitzer*, DRdA, infas 2013, 9 (10 f).

<sup>475</sup> *Schrattbauer/Goricnik*, Wesentliche Änderungen durch die Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), wbl 2013, 121 (123).

<sup>476</sup> OGH 9 ObA 15/17x DRdA-infas 2017/193, 350 (*Schneller*) = wbl 2017/223, 706 (*Schrattbauer*) = DRdA 2018/23, 242 (*Schörghofer*) = ZAS 2018/31, 194 (*Schrank*) = PVInfo 2018 H 1, 17 (*Rauch*) = Arb 13.417.

<sup>477</sup> BGBl I 2012/98.

befand der erkennende Senat die Erwägungen *Schindlers* vor dem europarechtlichen Hintergrund für überzeugend und schloss sich dieser Ansicht an. Auch **unechte Betriebsvereinbarungen**, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs beziehen, sind danach als verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art iSd § 10 Abs 3 AÜG, folglich auch des Kollektivvertrags, anzusehen.

### 1.3.2.2.3 Eigene Ansicht und Zwischenergebnis für den AGZ

Auch wenn die Wortreihenfolge „*Bestimmungen verbindlicher allgemeiner Art*“ in Abs 1 und Abs 3 des § 10 AÜG textlich ident ist, so unterscheiden sich die beide Absätze dadurch, dass gem Abs 3 leg cit der überlassenen Arbeitskraft jedenfalls während der Überlassung die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigerbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich jedoch nur auf die Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs beziehen, gelten.<sup>478</sup> Hingegen ist der Anwendungsbereich des § 10 Abs 1 Abs 4 AÜG nur dann eröffnet, wenn entweder der Überlasser oder der Beschäftiger (bzw beide) keinem KollV unterworfen sind. Aufgrund der Entscheidung des OGH kann aber nun auch wegen der identen Formulierung für den § 10 Abs 1 S 4 AÜG festgehalten werden, dass als „Bestimmungen verbindlicher Art“ jedenfalls **auch unechte Betriebsvereinbarungen** zu verstehen sind. Grundsätzlich scheint die praktische Auswirkung hinsichtlich des § 10 Abs 1 S 4 AÜG aufgrund der hohen Kollektivvertragsabdeckung gering, doch im Hinblick auf den AGZ und in Ermangelung eines anzuwendenden Kollektivvertrags beim Überlasser kommt dieser Entscheidung eine nicht unerhebliche Bedeutung bei der Festsetzung des Überlassungsentgelts im AGZ zu.

*Bruckmüller*<sup>479</sup> sieht aber von der Entscheidung es OGH nur echte bzw auch unechte Betriebsvereinbarungen als „sonstige im Beschäftigerbetrieb geltende Bestimmungen allgemeiner Art“ erfasst da sich der OGH hinsichtlich betrieblicher Übungen, Vertragsschablonen oder Unternehmens- bzw Konzernrichtlinie nicht äußert. ME ist jedoch *Schrattbauer*<sup>480</sup> zuzustimmen, dass kein Grund ersichtlich ist, warum für diese Rechtsquellen die vom OGH angestellten Überlegungen nicht mitumfasst sein sollten.

---

<sup>478</sup> Ausführlich dazu *Schrattbauer in Reissner/Mair* (Hrsg), Innsbrucker Jahrbuch zum Arbeitsrecht und Sozialrecht 2018, Aktuelle Rechtsprobleme im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung 56 ff.

<sup>479</sup> *Bruckmüller*, Betriebsvereinbarungen in Beschäftigerbetrieben – Relevanz in der Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2017/510, 694 (695).

<sup>480</sup> *Schrattbauer in Reissner/Mair*, Innsbrucker Jahrbuch zum Arbeitsrecht und Sozialrecht 2018, Aktuelle Rechtsprobleme im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung 59.

### 1.3.2.3 Exkurs: (Keine) Unionsrechtswidrigkeit des § 10 Abs 1 Satz 4 AÜG

Im Schrifttum sieht ua *Schrattbauer* § 10 Abs 1 Satz 4 AÜG im Ergebnis als unionsrechtswidrig an. Bezweifelt wird eine richtlinienkonforme Umsetzung der Tariföffnungsklausel des Art 5 Abs 3 der Leiharbeits-RL. Nach dieser darf zwar vom Gleichstellungsanspruch des Art 5 Abs 1 der Leiharbeits-RL durch eine gesetzliche Einräumung der Befugnis der Sozialpartner durch KollV abgewichen werden, wenn der Gesamtschutz der überlassenen Arbeitskraft gewahrt bleibt. Allerdings hat die Gesetzgebung im AÜG die Abweichung vom Gleichstellungsanspruch schon auf gesetzlicher Ebene vorgenommen und entspricht daher nicht der Richtlinie.<sup>481</sup>

2014 ging der OGH<sup>482</sup> in einem *obiter dictum* auf die Umsetzung der Leiharbeits-RL und der dort beschriebenen Öffnungsklausel ein und hielt fest, dass diese Abweichklausel ganz allgemein gehalten sei und zu berücksichtigen ist, dass auch in dieser Hinsicht den Sozialpartnern ein großer Ermessenspielraum zukommt. Auch eine Missachtung des in der Richtlinie ebenfalls nur allgemein beschriebenen Gesamtschutzes ist nicht zu erkennen. Auch der Einwand, dass von der Abweichklausel vom Gesetzgeber und nicht wie in der Richtlinie vorgesehen von den Sozialpartnern Gebrauch gemacht wird, sei nicht berechtigt, da die Sozialpartner es in der Hand haben, die in der Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 AÜG vorgesehenen kollektivvertraglichen Instrumentarien zu schaffen oder eben nicht. Auch wenn es sich dabei „nur“ um ein *obiter dictum* handelt, welches keine gesicherte Rechtsprechung<sup>483</sup> bewirkt, ist mE *Schindler*<sup>484</sup> zuzustimmen, dass nicht daran zu zweifeln ist, dass das Höchstgericht an dieser Rechtsprechung festhalten wird. Im Ergebnis ist daher wohl von **keiner Unionsrechtswidrigkeit** des § 10 Abs 1 S 4 AÜG auszugehen.

## 2 Bemessung des Entgelts im AGZ

Im Folgenden soll nun anhand eines Beispiels detailliert erörtert werden, wie sich das Entgelt mangels Kollektivvertragsunterworfenheit des AGZ bemisst.

---

<sup>481</sup> *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 255 mwN, so auch *Mazal*, *ecolx* 2013, 100 (104) und *Schindler* in *Raschauer/Resch* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung 27, mit zusätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

<sup>482</sup> OGH 8 ObA 50/14g DRdA-*inf*as 2015/14, 15 (*Tinhof*) = wbl 2015/10, 38 (*Schrattbauer*) = DRdA 2015/32, 250 (*Felten*) = ZAS 2015/52, 315 (*Schörghofer*) = Arb 13.169.

<sup>483</sup> OGH 4 ObA 156/17w MR 2017, 278 (*Peschel/Walter*) = ZIIR 2018, 65 (*Thiele*) = ÖBl 2018/20, 75 (*Wiltschek*) = *ecolx* 2018/32, 54 (*Kucsko*).

<sup>484</sup> *Schindler* in *ZellKomm*<sup>3</sup> AÜG § 10 Rz 29.

## 2.1 Ausgangsfall: Beispiel-AGZ mit drei Unternehmen

In einem burgenländischen Ort mit 800 Einwohnern befinden sich eine Filiale eines Lebensmittelhändlers, eine kleine Konditorei und ein Gasthaus. Alle drei Unternehmen suchen für ein unterschiedliches Stundenausmaß einen Arbeitnehmer. Person X wohnt im Ort, verfügt über die von den drei Unternehmen gewünschten Qualifikationen und könnte daher drei Teilzeitbeschäftigungen eingehen. Person X hat aber den Wunsch nach einer Vollzeitanstellung und ist daher auch bereit, jeden Tag bis zu einer Kilometergrenze von 100 Kilometern in einen größeren Ort zu pendeln, wenn sich dadurch eine Vollzeitanstellung bieten würde. Da die drei Unternehmen nur schwer für ihren fragmentierten Personalbedarf Arbeitnehmer finden, haben sie sich dazu entschlossen, sich zu einem AGZ zusammenzuschließen und dadurch eine Vollzeitstelle zu schaffen.

Das Lebensmittelgeschäft L benötigt drei Tage (jeweils acht Stunden) die Woche (Montag bis Mittwoch), insgesamt für 24 Stunden, einen Arbeitnehmer für den Verkauf. Der Rahmenkollektivvertrag für Angestellte und Lehrlinge in Handelsbetrieben<sup>485</sup> sieht für Angestellte, die einfache Tätigkeiten im Verkauf (zB Betreuung von Regalen) ausführen, die Beschäftigungsgruppe B<sup>486</sup> vor. Gem der Gehaltstabelle liegt das Mindestgehalt für Personen der Beschäftigungsgruppe B im 1. Berufsjahr bei 1.686 Euro brutto.<sup>487</sup>

Die Konditorei K benötigt nur einmal die Woche (Donnerstag) einen Ladner<sup>488</sup> für acht Stunden. Der Lohnvertrag für Konditoren Burgenland<sup>489</sup> sieht in der Lohnkategorie 6.a für Ladner im 1. Berufsjahr einen Mindestlohn von 1.500 Euro brutto vor.

Das Gasthaus G benötigt schließlich ebenso nur einmal pro Woche für acht Stunden (Freitag) eine Hilfskraft im Service. Laut Lohn- und Gehaltsordnung für das Hotel- und Gastgewerbe

---

<sup>485</sup> Kollektivvertrag für Angestellte und Lehrlinge in Handelsbetrieben, Stand 1. Jänner 2021, <https://www.kollektivvertrag.at/kv/handelsangestellte-ang/handelsangestellte-rahmen/428309> (abgefragt am 26.7.2021)

<sup>486</sup> KollIV Handelsangestellte, Abschnitt 3 A 3.2.

<sup>487</sup> KollIV Handelsangestellte, Abschnitt 3 A 4.2.

<sup>488</sup> Ladner sind jene Arbeiter, die neben einfachen Arbeitsleistungen, wie Reinigungs- und Verpackungsarbeiten, Botengängen usw., nur zu solchen Arbeitsleistungen im Verkauf verwendet werden, die so einfacher Natur sind, dass für sie kein besonderes Fachwissen erforderlich ist und bei denen eine Beratung der Kunden im Sinne der Kunden-Gewinnung durch besonderes Verhalten nicht nötig ist. Die Ladner können auch als Kassiere verwendet werden, jedoch obliegt ihnen dann lediglich die Entgegennahme des Geldes, ohne dass sie mit der Verwaltung des Geldes, der Buchführung, der Verrechnung über den Wareneingang und der Abwicklung der Verpflichtungen befasst sind. Sie tragen keinerlei Verantwortung hinsichtlich des Kassenstandes sowie der Warenein- und Warenausgänge und disponieren in keiner Weise mit dem vereinnahmten Geld; § 19 Rahmenkollektivvertrag für Konditoren.

<sup>489</sup> Lohnvertrag Konditoren BGL 2021, <https://www.kollektivvertrag.at/kv/konditoren-bgl-arb/konditoren-bgl-lohn-gehhaltsordnung/458128?term=Konditoren> (abgefragt am 1. Juni 2021).

Burgenland<sup>490</sup> sind Hilfskräfte im Service in der Lohngruppe 5 mit einem Monatslohn bis zum 5. Dienstjahr mit 1.575 Euro brutto eingestuft.

## **2.2 Feststellung des Grundentgelts im Beispiel-AGZ**

Das Grundentgelt muss vor jeder Überlassung festgelegt werden und sichert der überlassenen Arbeitskraft einen Mindestanspruch für überlassungsfreie Zeiträume zu. Im Unterschied zwischen der Überlassung in einem AGZ und der „typischen“ Arbeitskräfteüberlassung besteht jedoch der Unterschied, dass es in einem AGZ zu keinen sogenannten Stehzeiten kommen soll. Weiters zeigt sich, wie im obigen Beispiel dargestellt, dass die überlassene Arbeitskraft von Anfang an über ihren Arbeitseinsatz in den unterschiedlichen Betrieben Bescheid weiß.

### **2.2.1 Feststellung des angemessenen Entgelts im AGZ**

Zur Feststellung der Höhe des angemessenen, ortsüblichen Entgelts ist als erster Schritt ein passender KollV ausfindig zu machen, wobei zur Beurteilung der Angemessenheit möglichst sach einschlägige Kollektivverträge heranzuziehen sind. Ausgangspunkt ist dabei der wahre Wille der Parteien über die in Aussicht genommene Arbeitsleistung.<sup>491</sup> Im Falle des Beispiel-AGZ handelt es sich dabei um schlichte Verkaufstätigkeiten im Kleinhandel, einfachste Verkaufstätigkeiten in einer Konditorei sowie Hilfstätigkeiten im Service in der Gastronomie, wobei für die Tätigkeit keine Einschränkung auf bestimmte Branchen vorgesehen ist. Weiters ist nun auf diese, speziell auf den Typus und die Art der Arbeitsleistung abstellende, Kollektivverträge Bedacht zu nehmen (typische Kollektivverträge).<sup>492</sup> Im Beispiel-AGZ wären der Kollektivvertrag für Handelsangestellte, der Kollektivvertrag für Konditoren und der Kollektivvertrag für Hotel- und Gastgewerbe die typischen Kollektivverträge, also drei Kollektivverträge.

Weiters ist, wenn mehrere Kollektivverträge bestehen, darauf abzustellen, ob einer dieser Kollektivverträge deutlich mehr Arbeitnehmer mit dieser „Art der Arbeitsleistung“ erfasst als die anderen Kollektivverträge, da dann dieser maßgeblich ist. Sollte dies nicht der Fall sein, so ist der Durchschnitt aus diesen kollektivvertraglichen Ansätzen zu bilden, wobei eine analoge Heranziehung der Regelungen des § 9 ArbVG nicht in Betracht kommt.<sup>493</sup> Wird die entwickelte Formel des OGH nun apodiktisch auf den Beispiel-AGZ angewendet, so lässt sich, wenn davon

---

<sup>490</sup> Nomenklatur Burgenland, gültig ab 1. April 2021, <https://www.kollektivvertrag.at/kv/hotel-gastgewerbe-bgl-arb> (abgefragt am 26.7.2021).

<sup>491</sup> Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 95.

<sup>492</sup> Tomandl, AÜG<sup>3</sup> 96 mwN.

<sup>493</sup> OGH 8 ObA 226/01w ecolx 2002/111, 273 (Mazal) = DRdA 2002/25, 307 (Schindler) = Arb 12.178; Krit zur Ermittlung sach einschlägiger Kollektivverträge Schindler, RdW 2000/735; Schrammel, ecolx 2001, 252.

ausgegangen wird, dass deutlich mehr Arbeitnehmer mit der „Art der Arbeitsleistung“ im Handel mit einfachen Verkaufstätigkeiten beschäftigt sind, erkennen, dass als angemessenes Entgelt das Mindestgehalt von 1.686 Euro brutto heranzuziehen ist. Gäbe es keinen deutlichen Unterschied der Anzahl der Arbeitnehmer bei mehreren in Frage kommenden Kollektivverträgen, muss auf den Durchschnittswert<sup>494</sup> abgestellt werden, der im Beispiel-AGZ 1.587 Euro brutto ergibt.

### **2.2.1.1 Berücksichtigungswürdige Unterschiede bei der Feststellung des angemessenen Entgelts zwischen AGZ und Arbeitskräfteüberlassung**

Grundsätzlich geht der OGH<sup>495</sup> davon aus, dass die „Art der Arbeitsleistung“ von der Vorstellung eines gewissen „Berufsbilds“ geprägt ist, da für die Beurteilung der wahre Wille der Parteien mit der Berücksichtigung entsprechender Berufsbildung, Berufserfahrung und Vorkenntnisse zu beurteilen ist. Der AGZ unterscheidet sich aber dadurch, dass es, wie der Beispiel-AGZ zeigt, auch möglich und gewünscht sein kann, eine Arbeitskraft in unterschiedlichste Berufe und Branchen zu überlassen. Auch ist es für die „typische“ Arbeitskräfteüberlassung üblich, dass die Überlassung von Arbeitskräften nicht parallel in mehrere Beschäftigbetriebe, wie beim AGZ, sondern **zeitlich nacheinander** stattfindet. ME zeigen sich daher mehrere Probleme bzw Schwachpunkte im Hinblick auf die Festsetzung des angemessenen Entgelts bei der Anwendung der entwickelten Formel des OGH im Hinblick auf den AGZ.

Wird bei mehreren anwendbaren, typischen Kollektivverträgen bei einem AGZ nur darauf abgestellt, von welchem KollIV deutlich mehr Arbeitnehmer mit dieser „Art der Arbeitsleistung“ erfasst sind, ergibt sich folgendes Problem: Es ist für einen AGZ denkbar, ein Unternehmen mit in den AGZ aufzunehmen, für das ein niedriger Kollektivvertrag sacheinschlägig wäre da deutlich mehr Arbeitnehmer von diesem erfasst sind. Auch wenn davon ausgegangen wird, dass die überlassene Arbeitskraft nur wenige Stunden in diesem AGZ-Mitgliedsbetrieb arbeitet, so würde dies dazu führen, dass dieser „niedrige“ KollIV heranzuziehen ist. Weiters scheint es nicht zielführend für einen AGZ, unter dem Blickwinkel der „Art der Beschäftigung“ eine sinnvolle Beschreibung bei unterschiedlichen Berufsgruppen festzulegen, welche als Grundlage für die Festlegung des Grundentgelts dient. Ähnlich stellt

---

<sup>494</sup> Im Folgenden wird für Berechnungen zwar das Mindestentgelt laut Kollektivvertrag herangezogen, doch zwecks besserer Nachvollziehbarkeit grundsätzlich die gesetzliche wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden gem § 3 AZG herangezogen. Etwaige kollektivvertragliche Verkürzungen der Arbeitszeit (zB Kollektivvertrag von Handelsangestellten 38,5 Stunden) bleiben dabei jedoch unberücksichtigt.

<sup>495</sup> OGH 8 ObA 226/01w ecolex 2002/11, 273 (*Mazal*) = DRdA 2002,25, 307 (*Schindler*) = Arb 12.178.

sich das Problem dar, wenn der Durchschnitt der sacheinschlägigen Kollektivverträge herangezogen wird. Auch hier kann wiederum durch einen AGZ-Mitgliedsbetrieb, der einem „niedrigen“ KollV unterliegt, und dadurch, dass in diesem Mitgliedsbetrieb nur Arbeitseinsätze von geringer Stundenanzahl geplant sind, das Ergebnis dahingehend verzerrt werden, dass bei einer Durchschnittsbetrachtung immer „Ausreißer“ nach oben, oder in diesem Fall nach unten, überdurchschnittlich widerspiegelt werden.

### **2.2.1.2 Fazit**

Es ist aber denkbar, dass bei einem AGZ auch andere Anknüpfungspunkte, wie oben dargestellt, in Betracht kommen kann. ME stellt diese Situation einen ähnlichen Fall dar, wie wenn Überlasser zur Vermeidung eines höheren Grundentgelts ihren Sitz in eine Region mit besonders niedrigem Lohnniveau wählen. Der OGH<sup>496</sup> geht hierbei aus dem Gesichtspunkt einer Umgehung der in § 2 AÜG ausdrücklich normierten Ziele des Gesetzes davon aus, dass ausnahmsweise auch ein anderer Anknüpfungspunkt in Frage kommen könnte.

Nun stellt sich die Frage, ob es aufgrund der Zielsetzung eines AGZ nicht denkbar ist, einen **adaptierten Weg der Bemessung des Grundentgelts** einzuschlagen, der unter Wahrung des Willens des Gesetzgebers und der dazu ergangenen Rechtsprechung für einen AGZ zu entwickeln ist. Zusammenfassend unterscheidet sich die Überlassung im AGZ zur „typischen“ Arbeitskräfteüberlassung dadurch, dass bei einem AGZ als Überlasser die Arbeitnehmer im Vorhinein wissen, in welche Betriebe sie langfristig überlassen werden. Hier zeigt sich schon ein gravierender Unterschied. Während bei Arbeitskräfteüberlassung außerhalb des AGZ die überlassenen Arbeitskräfte nicht wissen, in welchen Betrieben sie eingesetzt werden, aber der Gesetzgeber und die Rechtsprechung genau diesen Fall vor Augen hatten, ist es mE vertretbar, die Formel zur Bemessung des Grundentgelts zu modifizieren. Wie beim Beispiel-AGZ aufgezeigt, lassen sich aufgrund der „Art der Beschäftigung“ drei verschiedene Kollektivverträge ermitteln. Allerdings wird Anhand der Anzahl der Arbeitnehmer entschieden, welcher KollV zur Bemessung herangezogen werden kann.<sup>497</sup> Um die Bemessung auch unter dem Blickwinkel des § 2 AÜG und möglicher Umgehungen bei der Zusammensetzung eines AGZ zu verhindern, ist mE zur Bemessung des angemessenen Entgelts folgendermaßen vorzugehen:

---

<sup>496</sup> OGH 9 ObA 84/02x ARD 5354/8/2002.

<sup>497</sup> Zur Schwierigkeit der Feststellung der „Art der Beschäftigung“ siehe Teil D, Abschnitt 1.2.

Unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Parameter „Art der Arbeitsleistung“, „sacheinschlägige Kollektivverträge“, „wahrer Wille der Vertragsparteien“ und, bei einem AGZ, „im Vorhinein festgelegten Einsatzbereich“ bzw. „im Vorhinein festgelegte Arbeitsdauer“ ist mE eine **telelogische Reduktion** durchzuführen, um etwaige Umgehungsmöglichkeiten auszuschließen und auch in einem AGZ ein angemessenes Entgelt zu gewährleisten. Dabei müssen mE aufgrund der Eigenart des AGZ für die **klar abgrenzbaren Teilzeiteinsätze** im AGZ unter Heranziehung des für den jeweiligen Einsatzbereich und die jeweilige Einsatzzeit maßgeschneiderten KollV die einzelnen Mindestwochenentgelte **separat** berechnet werden, und nicht wie mit der Formel des OGH, bei der entweder auf einen sacheinschlägigen Kollektivvertrag, die Arbeitnehmerzahl bei mehreren Kollektivverträgen oder den Durchschnitt mehrerer Kollektivverträge Bedacht genommen wird.

Jedenfalls ist vom wahren Willen der Parteien über die in Aussicht genommene Art der Arbeitsleistung, die der Leiharbeitnehmer zu erbringen hat, auszugehen.<sup>498</sup> Der Wille der Vertragsparteien im AGZ spiegelt sich dahingehend wider, dass sowohl die Unternehmen, in welche der Arbeitnehmer überlassen werden soll, als auch die Dauer der Überlassung im Vorhinein festgelegt und vertraglich vereinbart werden. Daher würde eine Durchschnittsbetrachtung dahingehend dem nicht gerecht werden, da, wie beschrieben, unterschiedlich hohe kollektivvertragliche Mindestentgelte nicht die im **Vorhinein festgelegten Einsatzzeiten** berücksichtigen und die Bemessung des Grundentgelts durch Hinzunahme eines Kollektivvertrags gekoppelt mit nur geringer Einsatzzeit in diesem Mitgliedsbetrieb des AGZ zu Verzerrungen führt. Daher scheint es mE für einen AGZ methodisch argumentierbar, anhand der sacheinschlägigen Kollektivverträge und des vereinbarten Stundenausmaßes in den jeweiligen dem KollV unterliegenden AGZ-Mitgliedsbetrieben ein konkretes Grundentgelt zu berechnen.

### **2.2.1.3 Berechnung des angemessenen Entgelts im Beispiel-AGZ nach eigenen Überlegungen<sup>499</sup>**

Das Lebensmittelgeschäft benötigt für 24 Stunden pro Woche eine Hilfskraft. Bei einem Mindestgehalt von 1.686 Euro brutto ergibt sich ein Stundengehalt von 9,73 Euro. Im Ergebnis würde die Person X isoliert betrachtet für die Tätigkeit 233,52 Euro<sup>500</sup> pro Woche erhalten.

---

<sup>498</sup> OGH 21.2.2002, 8 ObA 15/02t.

<sup>499</sup> Unabhängig von einer kollektivvertraglichen Verkürzung der Normalarbeitszeit wurde zur Vereinfachung der Berechnung von einer 40-stündigen Normalarbeitszeit gem § 3 Abs 1 AZG ausgegangen.

<sup>500</sup> Berechnungsformel: monatliches Mindestentgelt/4,33 = wöchentliches Mindestentgelt/40 = Stundenlohn x vereinbarter wöchentlichen Normalarbeitszeit



In der Konditorei K, in der Person X für 8 Stunden benötigt wird, ergibt sich bei einem Mindestlohn von 1.500 Euro brutto ein Stundenlohn von 8,66 Euro. Hochgerechnet ergibt sich daher für diese Arbeitsleistung ein wöchentlicher Mindestlohn von 69,28 Euro.

Im Gasthaus G ergibt sich bei ebenfalls 8 Stunden Arbeitszeit und einem Mindestlohn von 1.575 Euro brutto ein Stundenlohn von 9,09 Euro. Das entspricht wiederum einem wöchentlichen Mindestlohn von 72,72 Euro für Person X.

Wird aus diesen drei Kollektivverträgen nun das gemeinsame wöchentliche Mindestentgelt berechnet, so beträgt das monatliche angemessene Grundentgelt 1.626 Euro<sup>501</sup>. Im Vergleich ergibt die Durchschnittsberechnung aus den drei angesprochenen Kollektivverträgen 1.587 Euro.

### **2.2.2 Feststellung der Ortsüblichkeit im AGZ**

Die Feststellung der Ortsüblichkeit kann den allgemeinen Ausführungen in Teil D, Abschnitt 1.1.2 entnommen werden. Bei der Berücksichtigung dessen, welche Bezahlung für die Tätigkeiten des Arbeitnehmers im AGZ ortsüblich ist, muss mE hier auf alle drei Kollektivverträge Rücksicht genommen werden. Findet daher in der Region, in der sich der Beispiel-AGZ befindet, in der Gastronomie eine überkollektivvertragliche Entlohnung statt, so ist dies bei der Berechnung zu Berücksichtigen.

### **2.2.3 Zwischenergebnis**

Zur Feststellung des Grundentgelts im AGZ kann aufgrund der Eigenart des AGZ die entwickelte Formel des OGH modifiziert werden. Bei einem AGZ ist für die Feststellung des Grundentgelts auf die im Vorhinein festgelegten Arbeitszeiten bei den Mitgliedsbetrieben Rücksicht zu nehmen und aus den Mindestentgelten der dort anwendbaren KollV im Verhältnis der Arbeitszeiten zueinander das Mindestentgelt zu berechnen. Es ist dabei nicht entweder auf den KollV abzustellen, mit dem deutlich mehr Arbeitnehmer mit der „Art der Arbeitsleistung“ beschäftigt sind, oder aus den sacheinschlägigen Kollektivverträgen einen Durchschnitt zu bilden.

## **2.3 Entgeltliche Rechtsfolgen der langfristigen Überlassung im AGZ**

### **2.3.1 Einleitung - Nachteile langfristig überlassener Arbeitskräfte**

Die Vielzahl der in Österreich als Überlassungskräfte tätigen Personen lassen sich mit der Abdeckung von Arbeitsspitzen allein nicht mehr erklären. Es kommt immer öfter dazu, dass

---

<sup>501</sup>  $(233,52 + 69,28 + 72,72) \times 4,33 = 1.626,00$ .

überlassene Arbeitskräfte ohne zeitliche Begrenzung sehr lange eingesetzt werden und auf diese Weise die Stammbesetzung reduziert wird.<sup>502</sup> Häufig erfolgen Überlassungen von höher qualifizierten Arbeitnehmern auf **unbestimmte Zeit** und nicht nur vorübergehend.<sup>503</sup> Eine Benachteiligung für überlassene Arbeitskräfte stellt die Beendigung der Überlassung und die damit oft in Verbindung stehende Beendigung des Arbeitsvertrags dar. Ein ständiges Risiko ist dabei die **abrupte Beendigung** der Überlassung für die überlassene Arbeitskraft. Grund dafür ist, dass die Trennungskosten für Beschäftiger geringer sind, da diese keine arbeitsrechtlichen Kündigungsfristen beachten müssen und sich dem Risiko von Anfechtungsverfahren nicht aussetzen. Durch die Beendigung der Überlassung wird aber nicht automatisch das Arbeitsverhältnis zum Überlasser beendet.<sup>504</sup> Laut *Klein*<sup>505</sup> sind trotz steigenden Anteils langer Überlassungen überlassene Arbeitskräfte von einer enorm hohen durchschnittlichen Arbeitslosigkeit betroffen, da *in praxi* durch den sanften Hinweis des Arbeitgebers, nicht auf die Einhaltung der Kündigungsfrist zu bestehen, um gegebenenfalls beim nächsten Auftrag wieder verständigt zu werden. Dadurch findet eine Verlagerung des Unternehmerrisikos der Arbeitskräfteüberlasser und Beschäftiger für die mangelnde Auslastung – zumindest für den Zeitraum der vermiedenen Kündigungsfrist – auf die Gemeinschaft der Beitragszahler zur Arbeitslosenversicherung und die auf die korrekte Beendigung verzichtenden Arbeitnehmer statt. So wird der Allgemeinheit aufgebürdet, was eigentlich über die Preise der Arbeitskräfteüberlassung und der Produkte der Beschäftigterbetriebe bzw Gewinnreduzierung finanziert werden sollte.

### 2.3.2 Problemstellung

Es ist unbestritten, dass jedenfalls der österreichische Gesetzgeber eine langfristige Arbeitskräfteüberlassung nicht verbieten wollte.<sup>506</sup> Schließlich wurde ein Entschließungsantrag, der die Regelungen zur Deckelung der Leiharbeiterquote pro Unternehmen und eine Begrenzung der Einsatzdauer von Leiharbeitern regeln sollte, abgelehnt.<sup>507</sup> Unterschiedlich wird jedoch die Frage beantwortet, wann eine langfristige Überlassung vorliegt und welche Rechtsfolgen sich schlussendlich daraus ergeben. Unter Beachtung dessen, dass in einem AGZ die überlassenen Arbeitskräfte im Vorhinein wissen, in welche Betriebe sie überlassen werden, der Beschäftiger als Mitgliedsbetrieb ein Teil des

---

<sup>502</sup> *Geppert*, Das Phänomen der Arbeitskräfteüberlassung, DRdA 2011, 507 (509).

<sup>503</sup> *Kühtheubl* in *Brodil*, Diener fremder Herren 18.

<sup>504</sup> *Schörghofer*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsverhältnis von Flexibilisierung und ArbeitnehmerInnenschutz, *juridikum* 2014, 91; *Schörghofer*, Grenzfälle 6.

<sup>505</sup> *Klein* in *Brodil*, Diener fremder Herren 66.

<sup>506</sup> Ausführlich dazu Teil D, Abschnitt 2.3.1.

<sup>507</sup> Eingbracht von den Grünen AB 1948 BlgNR 24. GP.

Rechtsgebildes AGZ und damit quasi Teil des Überlassers ist und dass die Überlassung vom Grundgedanken des AGZ her langfristig angelegt ist, kommt der Frage der Rechtsfolgen **langfristiger, atypischer Überlassung** ein erhebliches Gewicht zu. Daher soll im Folgenden zuerst die Rechtsprechung sowie die dazu ergangene Literatur zur langfristigen Überlassung dargestellt werden. In einem weiteren Schritt werden die dadurch gewonnen Erkenntnisse auf einen AGZ angewandt.

### **2.3.3 Forschungsstand zur langfristigen Arbeitskräfteüberlassung**

Kern dieses Abschnitts sind drei Entscheidungen des OGH mit dem Schwerpunkt auf langfristige, atypische Arbeitskräfteüberlassung. Im Speziellen soll dabei herausgearbeitet werden, was der OGH einerseits unter einer „**langfristigen**“ bzw andererseits unter einer „**atypischen Arbeitskräfteüberlassung**“ versteht. Weiters wird die dazu ergangene Kritik im Schrifttum näher beleuchtet.

#### **2.3.3.1 OGH-Entscheidung 1: Langfristige Überlassung an den ORF<sup>508</sup>**

##### **2.3.3.1.1 Sachverhalt - Entscheidungsgründe**

Im Ausgangsfall war eine Arbeitnehmerin während der gesamten rund **neunjährigen Dauer** ihres Arbeitsverhältnisses als Postbearbeiterin beim ORF tätig, dem sie von ihrem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen wurde. Die Klägerin beehrte nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Abfertigung nach dem Beschäftiger-KollV, also jenem des ORF. Der ORF-KollV sieht jedoch im Vergleich zum AngG hinsichtlich Abfertigungsansprüchen günstigere Bestimmungen vor. Fraglich war daher, ob der Entgeltbegriff des § 10 AÜG weit zu fassen sei und damit auch Abfertigungsansprüche mitumfasst sind.

Mit Verweis auf die Vorinstanzen vertritt der OGH die Auffassung, dass sich Entgeltregelungen des § 10 Abs 1 AÜG unmittelbar nur auf die periodischen, monatlich fällig werdenden Entgeltansprüche beziehen, sodass allein aus dem Wortlaut dieser Vorschrift eine allgemeine Regel abzuleiten sei und im Hinblick auf Abfertigungsansprüche mit den Arbeitnehmern des Beschäftigerbetriebs gleichgestellt zu werden, erfolglos bleiben muss. Allerdings geht der OGH weiters davon aus, dass mit dem AÜG gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung geregelt werden sollte, in deren Rahmen der Arbeitgeber typischerweise nicht die Absicht hat, den Arbeitnehmer im eigenen Betrieb zu beschäftigen, sondern ihn nur deshalb einstellt, um Dritten (den Beschäftigern) **kurzfristig** mit einer Arbeitskraft auszuhelfen. Es erscheint so **nicht** notwendigerweise geboten, die Regelungen des AÜG als **abschließend** zu betrachten, wenn

---

<sup>508</sup> OGH 9 ObA 113/03p ecollex 2004, 465 (*Risak*) = DRdA 2004/47, 553 (*Balla*) = SZ 2003/156 = Arb 12.386.

eine von der als typisch angesehenen erheblich abweichende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. „Je weiter sich die konkret zu beurteilende Arbeitskräfteüberlassung von jenem Typus entfernt, den der Gesetzgeber bei der gesetzlichen Regelung im Auge hatte, desto eher kann es sich im Einzelfall als sachgerecht erweisen, die Rechtsstellung des Arbeitnehmers jener der Dienstnehmer des Beschäftigers **anzunähern** [...].“<sup>509</sup> (Hervorhebung durch Verfasser)

Für den OGH lag insoweit eine „ganz außergewöhnliche Arbeitskräfteüberlassung“ vor, da die Arbeitnehmerin nicht nur mehr als neun Jahre beim ORF tätig war, sondern darüber hinaus während des gesamten Arbeitsverhältnisses zum Überlasser niemals eine andere Tätigkeit verrichtet wurde. Weiters führt der OGH aus, dass es in Einzelfällen durchaus vorkommen mag, „[...] dass im Rahmen eines Arbeitskräfteüberlassungsunternehmens einzelne Arbeitnehmer auch für ein oder zwei Jahre einem Beschäftiger überlassen werden, [jedoch] kann es nicht mehr als wirtschaftlich naheliegende Form der Rekrutierung von Arbeitskräften angesehen werden, für einen derart langen Zeitraum einen Mitarbeiter nicht unmittelbar anzustellen, sondern im Wege der Arbeitskräfteüberlassung in Anspruch zu nehmen. **Die ausschließliche Verwendung eines Arbeitnehmers bei einem einzigen Beschäftiger für einen sehr langen Zeitraum ist derart atypisch, dass eine abweichende Behandlung eines solchen Beschäftigungsverhältnisses durchaus in Betracht kommt.**“<sup>510</sup> Dem kann auch nicht entgegenhalten werden, „[...] dass damit eine Ungleichbehandlung von insgesamt gleich lang beschäftigten Arbeitnehmern verbunden wäre, sofern diese einmal eine Vielzahl von kurzen Beschäftigungszeiten, das andere Mal jedoch eine lange Beschäftigungsdauer bei einem einzigen Beschäftiger zurückgelegt haben. Die langjährige Dienstleistung bei einem einzigen Arbeitgeber (Beschäftiger) wird eben im Normalfall durch ein **reguläres Dienstverhältnis** und nicht im Wege der Arbeitskräfteüberlassung begründet. Auf derart lange Beschäftigungsverhältnisse zielen die Regelungen des AÜG nicht ab. Auch die Gefahr von Benachteiligungen durch die Konstruktion der Arbeitskräfteüberlassung ist gegenüber einem für derartige Fälle typischen regulären Beschäftigungsverhältnis besonders hoch, mag auch im Einzelfall eine Umgehungsabsicht nicht vorliegen oder zumindest nicht erweislich sein.“<sup>511</sup> (Hervorhebungen durch Verfasser)

---

<sup>509</sup> RIS-Justiz RS0118431 zuletzt OGH 29.05.2018, 8 ObA 13/18x.

<sup>510</sup> OGH 9 ObA 113/03p ecollex 2004, 465 (*Risak*) = DRdA 2004/47, 553 (*Balla*) = SZ 2003/156 = Arb 12.386.

<sup>511</sup> OGH 9 ObA 113/03p ecollex 2004, 465 (*Risak*) = DRdA 2004/47, 553 (*Balla*) = SZ 2003/156 = Arb 12.386.

### 2.3.3.1.2 Literatur

Die Entscheidung wurde im Schrifttum mehrfach kritisiert. *Pacic*<sup>512</sup> kommt zu dem Ergebnis, dass es dem OGH in seiner Entscheidung nicht gelingt, das Vorliegen einer behaupteten „Gesetzeslücke“ überzeugend zu begründen und darzulegen, warum der Gerichtshof sich als ermächtigt beachtet, diese Lücke zu schließen. Die Wortwahl des OGH – („[...] *desto eher kann sich im Einzelfall als sachgerecht erweisen* [...]“) spricht laut *Pacic* dafür, dass das Höchstgericht, ohne es offenzulegen, von einer Ermächtigung zur rechtspolitischen Eigenwertung über das Vorliegen eines atypischen Falles und die ihm dazu angemessenen erscheinenden Rechtsfolgen ausgegangen ist. Für *Pacic* wäre eine darauf aufbauende Entscheidungsbegründung lediglich dann schlüssig, aber auch nicht überzeugend, wenn der OGH dargelegt hätte, dass und welche pragmatischen Auslegungskriterien den Willen des Gesetzgebers bekunden und den OGH daher als Rechtsanwender zur Festlegung einer Atypizitätsgrenze und zur Angleichung der Rechtsstellung der überlassenen Arbeitskraft an die Rechtsstellung der Stammbesellschaft in den als atypisch erkannten Fällen zu „ermächtigen“.

*Schörghofer*<sup>513</sup> hebt hervor, dass der OGH anscheinend auf den Nachweis einer Umgehungsabsicht verzichtet und sich daher von seiner sonstigen Judikatur zum Umgehungsgeschäft entferne.

*Marhold*<sup>514</sup> sieht im AÜG eine **abschließende Regelung** der Arbeitskräfteüberlassung. Schon zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AÜG war das Phänomen der langfristigen Arbeitskräfteüberlassung bekannt. Weiters war bekannt, dass diese auch nicht mit dem Zweck eingesetzt wird, kurzfristige Beschäftigungsspitzen abzudecken, sondern auch das Ziel verfolgt, dauerhaft Arbeitsplätze auszulagern. Laut *Marhold* werden durch das AÜG all diese Phänomene erfasst, da schon im Vorblatt zur Regierungsvorlage darauf hingewiesen wird, dass mit dem AÜG ein umfassender Schutz überlassener Arbeitskräfte angestrebt wird. Aufgrund der umfassenden Vorbereitungen des Gesetzes und der sehr ins Detail gehenden Regelungen verbunden mit dem Anspruch, die Arbeitskräfteüberlassung umfassend vor Umgehungen zu sichern, ist es schwer vorstellbar, dass die Regelungen des AÜG nicht abschließend sein sollten.

Dass der Gesetzgeber bei der Erlassung des AÜG davon ausging, dass Arbeitskräfteüberlassung typischerweise den Zweck habe, rasch kurzfristige personelle Kapazitätsengpässe der

---

<sup>512</sup> *Pacic*, Methoden der Rechtsfindung im Arbeitsrecht (2012) 146 ff.

<sup>513</sup> *Schörghofer*, Grenzfälle 30 mwN.

<sup>514</sup> *Marhold*, Atypische Arbeitskräfteüberlassung?, ASoK 2008, 162 (162 f).

jeweiligen Beschäftiger abzudecken, geht für *Balla*<sup>515</sup> indirekt jedoch aus den Materialien hervor. Aus der strukturellen Zweigliederung des Entgelts (Grund- und Überlassungsentgelt) und auch aus der relativ detailliert gefassten Entgeltfortzahlungsregel für überlassungsfreie Zeiten lässt sich laut *Balla* rückschließen, dass der Gesetzgeber eher von kurzfristigen, wechselnden Arbeitseinsätzen der überlassenen Arbeitskraft bei verschiedenen Beschäftigern ausging.

Für *Risak*<sup>516</sup> hat der Lösungsweg des OGH den Nachteil, dass er zu keiner klaren, der **Rechtssicherheit** dienenden Abgrenzungen führt. Im Gegenteil werden weitere Fragen aufgeworfen, wie zB wann eine Arbeitskräfteüberlassung als derartig untypisch anzusehen ist, dass ein Abfertigungsüberlassungsanspruch nach dem Beschäftiger-KollV begründet werden kann. Im Ausgangsfall waren dies neun Jahre, wobei durch das Höchstgericht auch herangezogen wurde, dass die Arbeitnehmerin während ihres ganzen Dienstverhältnisses niemals eine andere Tätigkeit verrichtete und somit an keinen anderen Beschäftiger überlassen wurde. Auch stellt der OGH offenbar auf die ausschließliche Beschäftigung eines Arbeitnehmers bei einem einzigen Beschäftiger für einen sehr langen Zeitraum ab. Ob demnach bei einer nur dreijährigen Tätigkeit beim Beschäftiger (kein „sehr langer Zeitraum“) oder einem Beschäftigerwechsel während des Dienstverhältnisses (keine „ausschließliche Verwendung bei einem einzigen Beschäftiger“) keine Abfertigung nach dem Beschäftiger-KollV zusteht, kann jedenfalls nur die Rspr liefern. Für *Risak* wären diese Fragen relativ einfach damit gelöst, wenn die Abfertigung in den Entgeltbegriff des § 10 Abs 1 AÜG einbezogen und damit bei einer ununterbrochenen Tätigkeit im Beschäftigerbetrieb von abfertigungsbegründender Dauer (idR drei Jahre) und einer Beendigung des Dienstverhältnisses während der Überlassung eine Abfertigung nach dem Beschäftiger-KollV zugestanden würde.

### 2.3.3.1.3 Ergebnis

Die Kritik in der Literatur veranlasste den OGH jedoch **nicht** von seiner Rspr **abzuweichen**. 2018<sup>517</sup> hielt er unter Bezugnahme auf seine vorjudizierte Rspr fest, wenn eine Arbeitskräfteüberlassung dahin ausgerichtet ist, dass der Arbeitnehmer dem Beschäftigerbetrieb nicht bloß - wie für Arbeitskräfteüberlassungen typisch - vorübergehend, sondern für außergewöhnlich lange Zeit überlassen wird, so kann es sich im Einzelfall als sachgerecht erweisen, die Rechtsstellung des Arbeitnehmers jener des Arbeitnehmers des

---

<sup>515</sup> *Balla* zu OGH 9 ObA 113/03p, DRdA 2004/47 553 (556 f).

<sup>516</sup> *Risak*, AÜG: Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag ecolx 2004, 465 (468 ff).

<sup>517</sup> OGH 29.05.2018, 8 ObA 13/18x (unveröffentlicht).

Beschäftigers anzunähern.<sup>518</sup> Im Hinblick auf die langfristige Überlassung im AGZ ist daher festzuhalten, dass hier bzgl dem Überlassungsentgelt eine Annäherung an die Arbeitnehmer des Beschäftigers rechtlich geboten ist.<sup>519</sup>

### **2.3.3.2 OGH-Entscheidung 2: Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung<sup>520</sup>**

#### **2.3.3.2.1 Sachverhalt - Entscheidungsgründe**

Die B-GmbH überlies innerhalb eines Jahres 160 Arbeitnehmer, davon 24 Lehrlinge, an ihre Muttergesellschaft, wobei die überlassenen Arbeitskräfte nach einer gewissen Zeit ein Angebot, einen Arbeitsvertrag direkt mit der Muttergesellschaft der B-GmbH zu schließen, erhielten, wovon der Großteil auch Gebrauch machte. Zusätzlich bestand für die Übernahme der Lehrlinge eine Lehrlings-Betriebsvereinbarung, welche die Bedingungen für die Übernahme nach der Behaltefrist in die Muttergesellschaft regelte. Im Kern wurde begründet, dass das rechtliche Interesse an einer korrekten Vorgangsweise bei Arbeitskräfteüberlassung vom Betriebsrat des Beschäftigerbetriebs wahrzunehmen sei und dieser auch die Rechte der Stammebelegschaft zu schützen habe. Es werde durch die Anstellung bei der Tochtergesellschaft das Ziel verfolgt, systematisch das Dienstrecht und die dort herrschenden Lohn- und Arbeitsbedingungen zu umgehen. Gem § 879 ABGB sei diese zum Zwecke der Umgehung des bei der Beklagten anzuwendenden KollV und der abgeschlossenen Betriebsvereinbarung vorgenommene Vorgehensweise unwirksam, da diese den Wertungen des AÜG widerspreche. Weiters würden dadurch auch die Rechte der Stammebelegschaft gefährdet. Daher müssten die von der B-GmbH aufgenommenen Arbeitnehmer von Beginn der Überlassung an in einem Arbeitsverhältnis zur Muttergesellschaft stehen. Es lässt sich aber laut OGH *„Eine generelle Unzulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung aus keiner gesetzlichen Vorschrift ableiten. Aus § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG ergibt sich, dass jedenfalls eine zwischen dem Betriebsrat des Beschäftigerbetriebes und dem Betriebsinhaber zu schließende Betriebsvereinbarung erzwingbar ist, deren Zweck darin begründet ist, neben [...] mehrfach erwähnten Rechten der Stammebelegschaft auch die Rechte der überlassenen Arbeitnehmer zu schützen. Aus dem AÜG und aus § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG lässt sich somit ableiten, dass der Gesetzgeber nicht von einer Rechtswidrigkeit der Arbeitskräfteüberlassung ausgeht, sondern lediglich ein Instrumentarium zur Verfügung stellt, um den Schutz der Stammebelegschaft und den Schutz der überlassenen Arbeitnehmer zu gewährleisten. Die Nichtausnützung dieses Instrumentariums führt nicht zum*

---

<sup>518</sup> Vgl auch RIS-Justiz RS0118431.

<sup>519</sup> Zu den Auswirkungen der Entscheidung auf den AGZ siehe Teil D, Abschnitt 2.3.4.1.1.

<sup>520</sup> OGH 8 ObA 108/06z RdW 2008/556, 592 (Körber-Risak) = ZAS 2008/10, 77 (Gerlach) = Arb 12.674 = HS 38.573 = HS 38.629.

*Ergebnis, dass die Arbeitskräfteüberlassung per se rechtswidrig wäre.*<sup>521</sup> (Hervorhebung durch den Verfasser)

Regelungsinhalt können ua die Bestimmung einer Höchstquote von „Leiharbeitnehmern“ im Verhältnis zur Stammebelegschaft, die Einschränkung der „Leiharbeitnehmer“ auf gewisse Betriebsabteilungen oder Arbeitsplätze, ein Kündigungsverzicht in Bezug auf Stammarbeitnehmer während der Einsatzdauer von „Leiharbeitnehmern“ und die Festlegung eines Kontrahierungsgebots, sofern Leiharbeitnehmer“ über eine gewisse Dauer hinaus im Beschäftigerbetrieb eingesetzt werden und Interesse an einer Daueranstellung bekunden, sein. Schließlich können dazu auch die Absicherung der wechselseitig auferlegten Pflichten durch Festlegung einer Konventionalstrafe zählen, da „Grundsätze“ prinzipiell nicht einklagbar sind.<sup>522</sup>

#### **2.3.3.2.2 Literatur**

*Gerlach*<sup>523</sup> kommt zusammenfassend zum Ergebnis, dass Kontrahierungsgebote für überlassene Arbeitskräfte die Interessen der Stammebelegschaft gefährden, wobei Quotenregelungen mit den Interessen der Stammebelegschaft nichts zu tun haben und systemfremde Mitbestimmungsrechte der Belegschaft begründen. Der OGH hätte trotzdem beides als Regelungsinhalte für eine Betriebsvereinbarung über Arbeitskräfteüberlassung bejaht, sich aber mit den damit ergebenden Problemen nicht auseinandergesetzt.

*Körber-Risak*<sup>524</sup> kommt entgegen dem OGH zu dem Schluss, dass Höchstquoten und Befristungen für Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften sowie Verpflichtungen zum Abschluss von Arbeitskräften mit langfristig überlassenen Arbeitskräften in einer Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG weder wirksam, regel- noch erzwingbar sind. Derart massive Eingriffe in die Privatautonomie werden weder durch das ArbVG noch durch das AÜG gerechtfertigt bzw gefordert.

Im Hinblick auf langfristige, atypische Beschäftigung hält auch hier der OGH an seiner Rechtsprechung fest und wiederholt unter Bezugnahme auf seine frühere Entscheidung<sup>525</sup>, dass das AÜG dann nicht abschließend die Rechtsstellung der überlassenen Arbeitskräfte regle,

---

<sup>521</sup> RIS-Justiz RS0122110.

<sup>522</sup> OGH 8 ObA 108/06z RdW 2008/556, 592 (*Körber-Risak*) = ZAS 2008/10, 77 (*Gerlach*) = Arb 12.674 = HS 38.573 = HS 38.629.

<sup>523</sup> *Gerlach* zu OGH 8 ObA 108/06z, ZAS 2008/10 77 (81).

<sup>524</sup> *Körber-Risak*, Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung, Erzwingbare Quoten und Kontrahierungszwänge?, RdW 2008/556 592 (596).

<sup>525</sup> OGH 9 ObA 113/03p ecollex 2004, 465 (*Risak*) = DRdA 2004/47, 553 (*Balla*) = SZ 2003/156 = Arb 12.386.



wenn eine von der für typisch angesehenen erheblich abweichende Arbeitskräfteüberlassung vorliege. Je weiter sich die konkret zu beurteilende Arbeitskräfteüberlassung von jenem Typus entferne, den der Gesetzgeber bei der gesetzlichen Regelung im Auge gehabt hätte, desto eher könne es im Einzelfall sachgerecht erscheinen, die Rechtsstellung des Arbeitnehmers jenen Arbeitnehmern im Beschäftigetrieb anzunähern. Laut *Körber-Risak* wurde jedoch schon in der Literatur<sup>526</sup> überzeugend dargestellt, dass lang dauernde Überlassungen nicht „atypisch“, sondern vom AÜG **abschließend** geregelt seien. Für *Körber-Risak* ergibt sich aus der eben dargestellten Entscheidung, dass der OGH von seiner früheren Ansicht, nach der das AÜG die lang dauernde Überlassung nicht abschließend regle, abgewichen sei und sieht die Begrenzung der Überlassung nur in der Kompetenz der Betriebsvereinbarungsparteien. Als Argument wird dabei auf folgenden Absatz der Entscheidung verwiesen: „[...] lässt sich somit ableiten, dass der Gesetzgeber nicht von einer Rechtswidrigkeit der Arbeitskräfteüberlassung ausgeht, sondern lediglich ein Instrumentarium zur Verfügung stellt, um den Schutz der Stammebelegschaft und den Schutz der überlassenen Arbeitskraft zu gewährleisten.“<sup>527</sup>

#### 2.3.3.2.3 Eigene Ansicht

Dass der OGH von seiner früheren Ansicht abgehen wollte, lässt sich mE aus dieser Entscheidung nicht ableiten. Der OGH hielt hierbei lediglich fest, dass sich eine generelle Unzulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung aus keiner gesetzlichen Vorschrift ableiten lässt. Von der Aussage der grundsätzlichen Gesetzmäßigkeit der Arbeitskräfteüberlassung darauf zu schließen, dass der OGH davon abweicht, dass er bei einer Atypizität die Regelungen des AÜG als nicht abschließend betrachte, ergeben sich jedoch mE **keine Anhaltspunkte in der Entscheidung**. Schließlich entschied der OGH 2018 wiederum, dass es für die Arbeitskräfteüberlassung typisch ist, dass Arbeitskräfte nur beschäftigt würden, um kurzfristig auszuhelfen. Sollte dies nicht der Fall sein, scheint es nicht notwendigerweise geboten, das AÜG abschließend anzusehen.<sup>528</sup>

---

<sup>526</sup> Mit Verweis auf *Risak*, *ecolex* 2004, 465; *Marhold*, *ASoK* 2008, 162 ff.

<sup>527</sup> OGH 8 ObA 108/06z RdW 2008/556, 592 (*Körber-Risak*) = ZAS 2008/10, 77 (*Gerlach*) = Arb 12.674 = HS 38.573 = HS 38.629.

<sup>528</sup> Ris-Justiz RS0118431 zuletzt OGH 29.05.2018, 8 ObA 13/18x.

### 2.3.3.3 OGH-Entscheidung 3: Langfristige, grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung<sup>529</sup>

#### 2.3.3.3.1 Sachverhalt - Entscheidungsgründe

Gegenstand dieser Entscheidung war die ausschließliche Überlassung einer Arbeitskraft eines Personalvermittlungsunternehmens mit Sitz im Fürstentum Liechtenstein nach Österreich. Die in Vorarlberg wohnhafte Klägerin wurde einerseits fünf Jahre in ein Unternehmen in Nüziders sowie andererseits ein Jahr in ein Unternehmen in Bludenz überlassen. Dem Arbeitsverhältnis lag ein Arbeitsvertrag zugrunde, dessen § 17 lautet: „*Gerichtsstand und anzuwendendes Recht [...] der Vertrag unterliegt liechtensteiner Recht. Dieser basiert auf dem Arbeitsvertragsrecht nach § 1173 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch des Fürstentums Liechtenstein.*“

Nachdem die Klägerin gekündigt wurde, beehrte sie die Abfertigung (alt) im Ausmaß von drei Monaten nach österreichischem Recht. Begründet wurde diese Forderung damit, dass die Klägerin während der gesamten Dauer ihres Arbeitsverhältnisses ausschließlich an österreichische Betriebe zur Arbeitsleistung als Produktionshelferin verliehen wurde und auch, wenn der Arbeitsvertrag die Anwendung liechtensteinischen Rechts enthalte, könnten zwingende Bestimmungen des österreichischen Arbeitsrechts, insb das Recht auf Abfertigung, umgangen werden.

Zusammenfassend kam der OGH zum Ergebnis, dass kein Abfertigungsanspruch bei einer Überlassung einer Arbeitnehmerin von Liechtenstein nach Salzburg besteht. Hinsichtlich langfristiger, atypischer Arbeitskräfteüberlassung stellte der OGH unter Bezugnahme auf die Entscheidung bzgl neunjähriger Überlassung an den ORF fest, dass sich die Entgeltregelung des § 10 Abs 1 AÜG unmittelbar nur auf die periodisch, in der Regel monatlich fällig werdenden Entgeltansprüche bezieht, und allein aus dem Wortlaut dieser Vorschrift keine allgemeine Regel abzuleiten ist, nach der der Arbeitnehmer auch im Hinblick auf Abfertigungsansprüche mit Arbeitnehmern des Beschäftigungsbetriebs gleichgestellt werden muss. Weiters liegen im Vergleich zur ORF-Entscheidung **zwei unterschiedliche Sachverhalte** vor, da bei der besagten ORF-Entscheidung während neun Jahren der Beschäftigung nur **ein Beschäftigerbetrieb** bestand und daher auch die Umgehung der sonst im Beschäftigerbetrieb bestehenden Vorteile für Arbeitnehmer auf der Hand lagen. Hier lag jedoch eine Umgehung nicht vor. *Vielmehr war die Klägerin, wenn auch über fünf Jahre beim Erstbeschäftiger, bei zwei Beschäftigerbetrieben tätig, sodass die „Atypizität“* „[...] nicht

---

<sup>529</sup> OGH 9 ObA 158/07m DRdA 2010/42, 417 (Wagnest) = ZAS 2011/6, 35 (Niksova) = Arb 12.784 = HS 39.363 = HS 39.363 = HS 39.454 = HS 39.460.

*ohne weiteres angenommen werden kann. War daher die Klägerin nicht von vornherein ausschließlich für Beschäftigungen in Österreich vorgesehen, kann schon aus diesem Grunde nicht gesagt werden, dass der Sitz des Überlasserbetriebs in Liechtenstein zu dem Zweck gewählt wurde, um dadurch den Abfertigungsanspruch zu umgehen, der aus einem Arbeitsvertrag mit einem österreichischen Überlasserbetrieb entstanden wäre. Die [zur ORF-Entscheidung] vorgenommene Analogie ist daher auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.“<sup>530</sup> (Hervorhebung durch Verfasser)*

#### **2.3.3.3.2 Literatur**

Hinsichtlich der Überlassungsdauer hätte der OGH nach *Wagnest*<sup>531</sup> auch bei einer kürzeren Überlassungsdauer als neun Jahre, wie im vorliegenden Fall von sieben Jahren, von einer atypischen Überlassung ausgehen können. Dabei verweist er auf *Balla*<sup>532</sup>, der bei einer Überlassungszeit von drei Jahren ein Gleichstellungserfordernis, jedenfalls bei der Abfertigung, gegeben sieht.

#### **2.3.3.3.3 Ergebnis**

Aufgrund dieser Entscheidung lässt sich festhalten, dass der OGH bei seiner Beurteilung der „Atypizität“ der Arbeitskräfteüberlassung nicht nur auf die Dauer der Überlassung abstellt, sondern für die Beurteilung auch die Anzahl der Beschäftiger berücksichtigt. Aus der Argumentation des OGH *„Vielmehr war die Klägerin, wenn auch über fünf Jahre beim Erstbeschäftigten, bei zwei Beschäftigterbetrieben tätig, sodass die „Atypizität“ [...], nicht ohne weiteres angenommen werden [...]“*, kann mE der Schluss gezogen werden, dass eine Überlassungsdauer von fünf Jahren nur zu einem Beschäftigten eine atypische Überlassung darstellen würde. Erst durch das Argument des zweiten Beschäftigterbetriebs kommt der OGH zu dem Ergebnis, dass eine „Atypizität“ nicht ohne weiteres angenommen werden kann.

#### **2.3.3.4 Zwischenergebnis**

Anhand der drei dargestellten OGH-Entscheidungen lässt sich festhalten, dass das Höchstgericht für die Beurteilung der „Atypizität“ der Arbeitskräfteüberlassung folgende Parameter zugrunde legt:

- Einerseits stellt der OGH auf die **Dauer der Überlassung** und

---

<sup>530</sup> OGH 9 ObA 158/07m DRdA 2010/42, 417 (*Wagnest*) = ZAS 2011/6, 35 (*Niksova*) = Arb 12.784 = HS 39.363 = HS 39.363 = HS 39.454 = HS 39.460.

<sup>531</sup> *Wagnest* zu OGH 9 ObA 158/07m DRdA 2010/42, 417 (421).

<sup>532</sup> OGH 9 ObA 113/03p DRdA 2004/47, 553 (*Balla*).

- andererseits auf **die Anzahl der Beschäftigbetriebe**, in die der Arbeitnehmer überlassen wird, ab.
- Zusätzlich wertet der OGH auch die **Intention der Überlassung**. Besteht durch die Konstruktion der Arbeitskräfteüberlassung die Gefahr der Benachteiligung gegenüber regulären Arbeitsverhältnissen, so sieht der OGH eine Annäherung der Rechtsstellung von überlassenen Arbeitskräften an jene der Stammebelegschaft als sachgerecht, da ein Nachweis einer Umgehungsabsicht meist nicht zu erbringen sein wird (§ 8 Abs 2 AÜG).<sup>533</sup>

Daher lässt sich festhalten, dass es sich bei der Feststellung der „Atypizität“ der Arbeitskräfteüberlassung um ein bewegliches System handelt, wonach die Dauer, die Intention der Überlassung und die Anzahl der Beschäftigbetriebe in einer Gesamtschau zu beurteilen sind.

Aufgrund der Entscheidungen lassen sich also keine generellen Schlüsse hinsichtlich der konkreten Beurteilung atypischer Arbeitskräfteüberlassung schließen. Unbestritten scheint jedenfalls, dass eine neunjährige Überlassung an einen Beschäftigten als langfristige, atypische Arbeitskräfteüberlassung anzusehen ist. Hinsichtlich der Dauer in Bezug auf die „Atypizität“ ist aber mE zusätzlich § 10 Abs 1a AÜG zu berücksichtigen. Nach diesem werden Arbeitnehmer, die für mehr als vier Jahre an einen Beschäftigten, der seinen Arbeitnehmern eine Leistungszusage iSd § 2 BPG<sup>534</sup> erteilt hat, überlassen, so gilt der Beschäftigte nach Ablauf des vierten Jahres ab diesem Zeitpunkt für die Dauer der Überlassung als Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskraft iSd BPG, sofern nicht eine gleichwertige Vereinbarung des Überlassers für die überlassenen Arbeitskräfte besteht.

Dieser Regelung liegt offenbar eine atypisch lange Überlassungsdauer iSd Gesetzgebung zugrunde, womit implizit eine Anerkennung von Langzeitüberlassungen und damit deren Zulässigkeit zu erkennen ist<sup>535</sup> und dass der Gesetzgeber bei langfristigen Überlassungen von einem gesteigerten Gleichstellungsinteresse der überlassenen Arbeitskraft und bzw oder der Stammebelegschaft ausgeht.<sup>536</sup> Qua Größenschluss ergibt sich für *Schindler*<sup>537</sup>, dass umso mehr betriebliche Regelungen zu Kernentgelten, wie insb innerbetriebliche Lohnschemata, Prämien usw, nach vierjähriger Überlassungsdauer **uneingeschränkt**, unabhängig einer doppelten

<sup>533</sup> OGH 9 ObA 113/03p ecolex 2004, 465 (*Risak*) = DRdA 2004/47, 553 (*Balla*) = SZ 2003/156 = Arb 12.386.

<sup>534</sup> Betriebspensionengesetz 1990/282.

<sup>535</sup> *Schindler* in ZellKomm<sup>3</sup> AÜG § 10 Rz 31/4.

<sup>536</sup> *Schörghofer*, Grenzfälle 32.

<sup>537</sup> *Schindler* in ZellKomm<sup>3</sup> AÜG § 10 Rz 31/4.

Kollektivvertragsbindung, anzuwenden sind. § 10 Abs 1a AÜG stellt nach *Schindler* die speziellere Norm im Verhältnis zu § 10 Abs 1 S 4 AÜG bezogen auf die Folgen einer atypisch langen Überlassungsdauer dar. Konsequenterweise muss für *Schindler*<sup>538</sup> die Rechtsfolge nicht nur im Bereich der Entgeltregelungen greifen. Auch sind alle sonstigen Regelungen, die für die Stammebelegschaft gelten, ebenso anzuwenden wie insb das Rahmenrecht des Beschäftigter-KollV sowie entsprechende betriebliche Regelungen.

Weiters stellt sich die Frage, was aber der OGH in stRspr konkret darunter versteht, dass das AÜG bei atypischer Arbeitskräfteüberlassung als nicht abschließend anzusehen ist und dass, je weiter sich die Arbeitskräfteüberlassung von jenem Typus entfernt, den der Gesetzgeber vor Augen gehabt hatte, es sich im Einzelfall als sachgerecht erweisen kann, die Rechtsstellung des Arbeitnehmers an jene der Arbeitnehmer des Beschäftigers anzunähern. Daher wird hinsichtlich des AGZ nun im Folgenden geprüft, ob eine langfristige, atypische Arbeitskräfteüberlassung im AGZ vorliegt. Wird dies bejaht, muss in einem weiteren Schritt erörtert werden, inwieweit eine Annäherung der AGZ-Beschäftigten im Vergleich zur Stammebelegschaft der Mitgliedsbetriebe des AGZ vorgenommen werden muss.

#### **2.3.4 Langfristige, atypische Überlassung im AGZ**

Die Überlassung durch einen AGZ schein *prima facie* ein Paradebeispiel atypischer Arbeitskräfteüberlassung darzustellen. Bevor nun eine genauere Prüfung der Atypizität im AZG durchgeführt wird, werden nochmals überblicksmäßig die Kernelemente des AGZ sowie der Unterschied zur „typischen“ Arbeitskräfteüberlassung dargestellt.

Ein AGZ wird grundsätzlich von einer Gruppe verschiedener Unternehmen gemeinschaftlich gegründet, wobei der AGZ als formeller Arbeitgeber den Arbeitseinsatz der Arbeitnehmer zwischen den teilnehmenden Unternehmen koordiniert.<sup>539</sup> Die Personalplanung und -koordination wird dabei vom AGZ übernommen, der die Dienste der Arbeitskräfte den beteiligten Unternehmen in Rechnung stellt, wobei die einzelnen Unternehmen für die Arbeitsorganisation in den jeweiligen Betrieben zuständig sind. Der Arbeitskräfteüberlassung ähnlich sind die Arbeitnehmer in verschiedenen Betrieben tätig, wissen aber bereits bei ihrer Anstellung, in welchen Unternehmen sie eingesetzt werden, und kehren in regelmäßigen Abständen in die immer gleichen Betriebe zurück. Weiters ist der AGZ nicht darauf orientiert, aus der Koordination der Arbeitskräfte Gewinne zu erwirtschaften, sondern durch die

---

<sup>538</sup> *Schindler* in ZellKomm<sup>3</sup> AÜG § 10 Rz 31/4.

<sup>539</sup> *Mandl*, Die Nutzung neuer Beschäftigungsformen für das Unternehmenswachstum, Wirtschaftspolitische Blätter 2015 Nr. 3, 592.

gemeinschaftliche Verantwortung der Betriebe die Auslastung der Arbeitnehmer zu gewährleisten.<sup>540</sup> Bei einem AGZ handelt es sich daher nicht um einen Personalpool, auf den bei Bedarf von den Betrieben zurückgegriffen werden kann, sondern es wird vielmehr der Bedarf der einzelnen Betriebe an Saison- und Teilzeitstellen in der Regel zu langfristigen Vollzeit Arbeitsplätzen kombiniert.<sup>541</sup> Diese Beschäftigungsform trägt zur Arbeitsplatzstabilität bei, da Vollzeitstellen geschaffen werden. Selbst wenn Arbeitnehmer in unterschiedlichen Firmen arbeiten, können sie Arbeitsbedingungen leichter ausverhandeln, da sie nur einen Arbeitgeber haben und die Arbeitnehmer eines AGZ im Hinblick auf Arbeitsbedingungen und Sozialversicherungsschutz genauso behandelt werden, wie jene Arbeitnehmer der Kernbelegschaft des jeweiligen Unternehmens.<sup>542</sup>

#### **2.3.4.1 Untersuchung der einzelnen Parameter der Atypizität**

Im Folgenden werden nun die vom OGH als relevant angesehenen Parameter „**Dauer der Überlassung**“ und „**Anzahl der Beschäftigbetriebe**“ unter dem Blickwinkel der Intention der Überlassung (= Umgehungsabsicht) im AGZ dargestellt. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse werden schlussendlich für die Beurteilung, ob eine atypische, langfristige Überlassung im AGZ vorliegt, herangezogen. In einem letzten Schritt werden die Ergebnisse dahingehend analysiert, ob, und wenn ja, wie weit die Rechtstellung der überlassenen Arbeitskräfte an jene Arbeitnehmer der Mitgliedsbetriebe angenähert werden kann bzw muss.

##### **2.3.4.1.1 Dauer der Überlassung im AGZ**

Das Kernelement des AGZ ist, dass durch die Überlassung langfristige Vollzeit Arbeitsplätze geschaffen werden sollen und eben nicht, wie bei der typischen Arbeitskräfteüberlassung, Arbeitskräfte nur kurzfristig in ihnen im Vorhinein unbekannteten Betrieben aushelfen. Der OGH beschäftigte sich mit unterschiedlich langen Überlassungszeiten, woraus sich jedoch keine generelle Regel ableiten lässt. Jedenfalls entschied der OGH die einzelnen Sachverhalte *ex post* und hatte daher die Möglichkeit, sich im Einzelfall die unterschiedlichen Gegebenheiten der Arbeitskräfteüberlassung im Detail anzusehen und im Nachhinein zu beurteilen. In Bezug auf den AGZ stellt sich aber nun *ex ante* die Frage, inwiefern eine Gleichstellung der überlassenen Arbeitnehmer im AGZ mit den Beschäftigten der Mitgliedbetriebe des AGZ stattzufinden hat und vor allem ab wann.

---

<sup>540</sup> Mandl, Neue Beschäftigungsformen in Europa, Wirtschaft und Gesellschaft 2015 Bd 41 Nr 4, 521.

<sup>541</sup> Wölfing/Hartmann, Arbeitsgeberzusammenschlüsse in Frankreich 5.

<sup>542</sup> Eurofound, Overview of new forms of employment 2018 update 4.

Als Anhaltspunkt bzw Stichtag könnte iSd § 10 Abs 1a AÜG die Dauer von vier Jahren herangezogen werden. Unter Berücksichtigung der Überlassungsdauer entschied sich der Gesetzgeber hinsichtlich einer Betriebspensionszusage iSd BPG, dass der Beschäftigte für die Dauer der mehr als vierjährigen Überlassung *ex lege* zum Arbeitgeber iSd BPG wird.<sup>543</sup> Grundsätzlich scheint es nun naheliegend, auch im Hinblick auf den AGZ erst nach vier Jahren eine Annäherung der überlassenen Arbeitskraft an jene Beschäftigte der Mitgliedsbetriebe des AGZ vorzunehmen. Hierzu muss aber festgehalten werden, dass betriebliche Pensionszusagen grundsätzlich von einer Wartefrist abhängig sind und eine starre Grenze im Hinblick auf die Gleichstellung von Ansprüchen der überlassenen Arbeitskraft im AGZ mit jenen Beschäftigten der Mitgliedsbetriebe die Gefahr einer Umgehung in sich birgt. *Resch*<sup>544</sup> sieht als Folge des § 10 Abs 1a AÜG, dass dadurch entweder die Etablierung gleichwertiger Systeme betrieblicher Altersvorsorge beim Überlasser oder die Vermeidung von sozialpolitisch ohnehin nicht erwünschter Langezeitüberlassung entsteht. Auch wenn der Gesetzgeber damit Langzeitüberlassungen eindämmen wollte, so ist es bei einem AGZ doch erstrebenswert, dass die Arbeitnehmer langfristig überlassen werden.

Wird nun ein Blick auf das temporäre Element geworfen und die Überlassung durch einen AGZ mit der Situation verglichen, dass die überlassene Arbeitskraft ohne Zwischenschaltung eines AGZ bei diesem Mitgliedsbetrieb eine Teilzeitbeschäftigung ausüben würde, so lässt sich festhalten, dass hierbei kein Unterschied erkennbar ist. Das Tätigkeitsfeld sowie das Stundenausmaß der Teilzeitbeschäftigung werden durch die Zwischenschaltung eines AGZ nicht verändert. Wird zusätzlich davon ausgegangen, dass der AGZ unbefristete Arbeitsplätze schaffen will, also langfristig und auf Dauer, so ergibt sich mE kein Unterschied mehr zwischen der überlassenen Arbeitskraft im AGZ sowie den Arbeitnehmern der Mitgliedsbetriebe eines AGZ. Die **geplante Dauer der Überlassung** im AGZ spricht jedenfalls dafür, dass es sich dabei um eine langfristige, atypische Arbeitskräfteüberlassung handelt. Fraglich ist jedoch, ab welchem Zeitpunkt nun eine Annäherung der Rechtsstellung stattfinden muss. Als Intention der Überlassung des AGZ ist jedenfalls der Wunsch der Mitgliedsbetriebe, ihren fragmentierten Personalaufwand zu bündeln und kooperativ Vollzeitarbeitsplätze zu schaffen. Auch wenn hier nicht von einer Umgehungsabsicht betreffend Ansprüche der überlassenen Arbeitskraft im AGZ ausgegangen werden kann, so birgt der AGZ jedoch die Gefahr, dass überlassene Arbeitnehmer im AGZ bei den Ist-Löhnen schlechter gestellt werden als die Arbeitnehmer der

---

<sup>543</sup> ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4; *Tomandl*, AÜG<sup>3</sup> 103.

<sup>544</sup> *Resch* in *Raschauer/Resch*, Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung 114.

AGZ-Mitgliedsbetriebe. Da der OGH aber keine konkrete Umgehungsabsicht fordert, sondern mE auch schon die Möglichkeit als ausreichend ansieht, muss auch die schlichte Option einer Umgehung in die Beurteilung einfließen.

Da die Überlassung im AGZ einem unbefristeten Arbeitsverhältnis gleichkommt, da diese nicht nur zur Abdeckung von Arbeitsspitzen abgeschlossen wird kann auch *ex ante* schon angenommen werden, dass es sich um eine **langfristige Arbeitskräfteüberlassung** handelt. Konsequenterweise muss mE daher auch schon von Beginn des Arbeitsverhältnisses zum AGZ eine Annäherung der Rechtsstellung stattfinden.

#### **2.3.4.1.2 Mehrere Beschäftigte im AGZ**

Als zweites Element zur Beurteilung der Atypizität der Arbeitskräfteüberlassung neben der Länge der Überlassung blickt der OGH auf die Anzahl der Beschäftigter, an die die Arbeitskraft überlassen wurde. Aus den Entscheidungen des OGH lässt sich ableiten, dass es im Ergebnis auf das Zusammenspiel beider Elemente ankommt und dadurch der „Grad“ der Atypizität festgestellt werden kann. Der OGH ging bei einer Überlassung an zwei Beschäftigter, wovon die überlassene Arbeitskraft dabei fünf Jahre an den Erstbeschäftigter tätig war, von keiner atypischen Arbeitskräfteüberlassung aus. Wird davon ausgegangen, dass durch einen AGZ eine Arbeitskraft an mehrere Mitgliedsbetriebe als Beschäftigter überlassen wird, so liegt der Schluss aufgrund mehrerer Beschäftigter nahe, dass dadurch die Atypizität der Arbeitskräfteüberlassung im AGZ zu verneinen ist. Grundlegender Unterschied ist aber, dass im AGZ die Arbeitskraft zwar an mehrere Beschäftigter überlassen wird, dass aber im Gegensatz zur „typischen“ Arbeitskräfteüberlassung die Überlassungen nicht hintereinander an unterschiedliche Betriebe stattfinden, sondern sozusagen gleichzeitig an einen im Vorhinein definierten Kreis an Betriebe oft auch **parallel** stattfindet. Wesen ist auch, dass die Überlassung nicht an wechselnde im Vorhinein unbekannte Beschäftigter erfolgt, sondern die Arbeitnehmer für einen sehr eingeschränkten Beschäftigterkreis aufgenommen werden. Auch dass sich die künftigen Beschäftigterbetriebe in einer Rechtsform zusammenschließen, ist der „typischen“ Arbeitskräfteüberlassung fremd. Daher lässt dies mE keinen anderen Schluss zu, als dass auch mehrere Beschäftigter im AGZ die Atypizität der Arbeitskräfteüberlassung nicht ausschließen. Im Gegenteil wird durch den Zusammenschluss und die „parallele“ Überlassung an mehrere Mitgliedsbetriebe die Atypizität der Arbeitskräfteüberlassung herbeigeführt.



#### 2.3.4.2 Schlussfolgerungen

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Arbeitskräfteüberlassung im AGZ ein **Paradebeispiel langfristiger, atypischer Arbeitskräfteüberlassung** darstellt. Die langfristige Überlassung im AGZ ergibt sich nicht erst im Zuge der Überlassung selbst, sondern ist vielmehr der Grund für den Zusammenschluss der Mitgliedsbetriebe zu einem AGZ und von vornherein geplant. Neben der langfristigen Überlassung ist diese auch in Bezug auf die Anzahl der Beschäftigterbetriebe, atypisch. Die Mitgliedsbetriebe schließen sich selbst zu einem Überlassungsunternehmen, also dem AGZ, zusammen, wobei die Arbeitnehmer des AGZ auch nur an den in sich geschlossenen Beschäftigterkreis überlassen werden – ein Modell, das sich **grundlegend** von der „typischen“ Arbeitskräfteüberlassung unterscheidet.

Daher muss für einen AGZ iSd stRSpr des OGH<sup>545</sup> die Rechtstellung der Arbeitnehmer in diesem jener der Arbeitnehmer der Mitglieds- und Beschäftigterbetriebe angenähert werden. Da der OGH davon ausgeht, dass je weiter sich die Arbeitskräfteüberlassung von jenem Typus unterscheidet, den der Gesetzgeber vor Augen hatte, desto eher kann eine Annäherung stattfinden. Wird dieser Gedanke weitergeführt, so lässt sich erkennen, dass, wenn sich die zu beurteilende Arbeitskräfteüberlassung sehr stark von jener, die der Gesetzgeber vor Augen hatte, unterscheidet, eine **völlige Gleichstellung** der überlassenen Arbeitskraft mit den Arbeitnehmern des Beschäftigterbetriebs stattfinden muss. Der AGZ stellt aufgrund seiner langfristigen, nicht auf die Abdeckung von Leistungsspitzen ausgelegten Grundgedanken ein Pendant zur „typischen“ Arbeitskräfteüberlassung dar. Aus diesem Grund ist mE die Rechtsstellung der Arbeitnehmer des AGZ jener der Arbeitnehmer des Beschäftigterbetriebs dahingehend anzunähern, dass eine völlige Gleichstellung der überlassenen Arbeitskräfte des AGZ sowie der Stammbesellschaft der Mitgliedsbetriebe des AGZ erfolgen muss.

Das hat weitreichende Konsequenzen, auf die nun näher einzugehen ist. Grundsätzlich ist für die Dauer der Überlassung auf das an Arbeitnehmer des Beschäftigterbetriebs für vergleichbare Arbeiten zu zahlende kollektivvertragliche Mindestentgelt, sofern dieses höher als das Grundentgelt ist, Bedacht zu nehmen.<sup>546</sup> Der Ausdruck „Bedachtnahme“ ist iS eines Anspruchs der überlassenen Arbeitskraft auf die Mindestentgelte nach dem KollV des Beschäftigterbetriebs jedoch, jedenfalls bei typischer Arbeitskräfteüberlassung nicht aber auf die überkollektivvertraglichen Ist-Löhne zu verstehen.<sup>547</sup> Jährliche Ist-Lohn-Erhöhungen auf den

---

<sup>545</sup> OGH 9 ObA 113/03p ecolx 2004, 465 (*Risak*) = DRdA 2004/47, 553 (*Balla*) = SZ 2003/156 = Arb 12.386.

<sup>546</sup> RIS-Justiz RS0050789.

<sup>547</sup> RIS-Justiz RS0050789 (T2).

überkollektivvertraglichen Lohn laut Beschäftiger-KollV fallen nicht in den Schutzbereich des § 10 Abs 1 Satz 3 AÜG.<sup>548</sup> Der klare Wortlaut des § 10 Abs 1 Satz 3 AÜG „kollektivvertragliches Entgelt“ sowie die Erläuterung lassen eine Auslegung, diese Bestimmung sehe für die Dauer der Beschäftigung eine Angleichung an die im Beschäftigerbetrieb gezahlten überkollektivvertraglichen Ist-Löhne vor, nicht zu.<sup>549</sup> Der Ausschluss von überkollektivvertraglichen Ist-Löhnen ist mE aber nur bei der typischen Arbeitskräfteüberlassung, die der Gesetzgeber vor Augen hatte, anwendbar, jedoch nicht bei der langfristigen, atypischen Arbeitskräfteüberlassung. Daher ist für die Dauer der Überlassung der Arbeitskräfte des AGZ in einem Mitgliedsbetrieb, welche sich sehr stark von der typischen Arbeitskräfteüberlassung unterscheidet, eine Angleichung an die im Mitgliedsbetrieb **gezahlten überkollektivvertraglichen Ist-Löhne** vorzunehmen.

Im Ergebnis ist daher für die Dauer der Überlassung im AGZ auf das zu zahlende kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen. In Zusammenhang mit der Atypizität der Arbeitskräfteüberlassung im AGZ und die dadurch vorzunehmende Annäherung bzw Angleichung der überlassenen Arbeitskraft an die Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebs ist bei einer Überlassungstätigkeit im AGZ mE inhaltlich auf den gesamten KollV Bedacht zu nehmen, dem der Beschäftiger unterliegt. Das bedeutet schlussendlich, dass auch etwaige Ist-Löhne, aber auch im AGZ-Mitgliedsbetrieb geltende (freie) Betriebsvereinbarungen, bei der Festsetzung des Überlassungsentgelt zu berücksichtigen sind. Im Endergebnis ist daher festzuhalten, dass bei einem AGZ aufgrund **teleologischer Interpretation** der Rechtsprechung des OGH<sup>550</sup> eine **vollständige Angleichung** der Rechtsstellung der überlassenen Arbeitskräfte an die Stammebelegschaft der Mitgliedsbetriebe vorzunehmen ist.

### **3 Anzuwendender Kollektivvertrag für gewerbsmäßige AGZ**

Ein AGZ in Vereinsform ist als gewerbsmäßig iSd Gewerbeordnung anzusehen. Daher kommen für die Überlassung von Arbeitskräften als einziges Betätigungsfeld des AGZ zwei anwendbare Kollektivverträge<sup>551</sup> in Betracht.

---

<sup>548</sup> RIS-Justiz RS0050789 (T8).

<sup>549</sup> RIS-Justiz RS0050688.

<sup>550</sup> OGH 9 ObA 113/03p ecolex 2004, 465 (*Risak*) = DRdA 2004/47, 553 (*Balla*) = SZ 2003/156 = Arb 12.386..

<sup>551</sup> Grundsätzlich dazu *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassener-KV<sup>4</sup>; *Rothe*, Arbeiter- und Angestellten-KV Arbeitskräfteüberlassung 2017<sup>3</sup>.

### 3.1 Problemstellung

Neben grundlegenden Ausführungen zur Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs des Ang-KollV und des KollV-AÜ soll nun erörtert werden, welcher der beiden Kollektivverträge für die gewerbsmäßige Überlassung im AGZ Anwendung findet. Zusätzlich soll dargestellt werden, welche Auswirkungen sich auf die Anwendung des Kollektivvertrags durch den Wegfall bzw die Hinzunahme eines neuen Mitgliedbetriebs und einer möglichen Änderung der Qualifikation des Arbeitnehmers als Arbeiter bzw Angestellter ergeben.

### 3.2 Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs Ang-KollV – KollV-AÜ

Der Geltungsbereich des KollV-AÜ erstreckt sich räumlich auf das Gebiet der Republik Österreich und gilt persönlich für alle Arbeiter und fachlich für sämtliche dem Fachverband der gewerblichen Dienstleister, Bundesgruppe Personaldienstleister, angehörenden Unternehmen des Berufszweiges der Arbeitskräfteüberlasser.<sup>552</sup> Hingegen umfasst der Geltungsbereich des Ang-KollV räumlich zwar auch das Gebiet der Republik Österreich, gilt aber persönlich nur für alle dem **Angestelltengesetz** unterliegenden Arbeitnehmern.<sup>553</sup> Bezüglich der fachlichen Geltung verweist der KollV auf alle Betriebe, die einem der vertragsabschließenden Arbeitgeberverbände angehören. Dabei handelt es sich um 17 Bundesinnungen<sup>554</sup> und drei<sup>555</sup> Fachverbände.<sup>556</sup> Wird nun ein Blick auf den fachlichen Geltungsbereich beider Kollektivverträge geworfen, zeigt sich, dass der KollV-AÜ speziell auf überlassene Arbeiter zugeschnitten ist. Im Gegensatz dazu finden sich im Ang-KollV nur vereinzelt Regelungen<sup>557</sup>, die speziell für überlassene Angestellte gelten; er ist aber **nicht wie sein Pendant**, der KollV-AÜ, konkret auf die arbeitsrechtlichen Gegebenheiten der Arbeitskräfteüberlassung ausgerichtet.<sup>558</sup> Angestellte iSd § 1 AngG sind Personen, die im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes vorwiegend zur Leistung kaufmännischer (Handlungsgehilfen), oder höherer, nicht

---

<sup>552</sup> Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung (2021), II 1 bis 3.

<sup>553</sup> § 2 Abs 1 lit c Ang-KollV.

<sup>554</sup> Bundesinnungen: Bauhilfsgewerbe; Berufsfotografen; Chemischen Gewerbe und der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger; Dachdecker, Glaser und Spengler, Friseur; Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur; der Gärtner und Floristen; Gesundheitsberufe; Hafner, Platten- und Fliesenleger und Keramik; Holzbau; Fahrzeugtechnik; Kunsthandwerke; Lebensmittelgewerbe; Maler und Tapezierer, Mode und Bekleidungstechnik, Rauchfangkehrer und der Bestatter, Tischler und Holzgestalter.

<sup>555</sup> Fachverbände: gewerbliche Dienstleister; Personenberatung und Personenbetreuung; persönliche Dienstleister.

<sup>556</sup> Kollektivvertrag für Angestellte im Gewerbe und Handwerk und in der Dienstleistung (2021), § 2 Abs 1 Z a bis c.

<sup>557</sup> § 4 Abs 3: Normalarbeitszeit von 38,5 Stunden, § 4 Abs 10: Zulassung eines Durchrechnungszeitraumes, § 5 Abs 6 und Abs 12 Teilungsfaktor bei Überstundenvergütung sowie allgemein zu Überstunden, § 10 Abs 7 Regelungen zu Dienstreisen.

<sup>558</sup> *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 55.

kaufmännischer Dienste, oder zu Kanzleiarbeiten angestellt sind.<sup>559</sup> Der Arbeiterbegriff umfasst als Restbegriff hingegen jene Arbeitnehmer, die keine Angestelltentätigkeiten verrichten.<sup>560</sup>

Aufgrund der Verschiedenheit der beiden Kollektivverträge kommt der Frage, welcher KollV für überlassene Arbeitskräfte nun zur Anwendung gelangt, eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Gem § 11 AÜG muss zwischen Überlasser und überlassener Arbeitskraft ein Grund-Arbeitsvertrag geschlossen werden, der einsatzunabhängig eine Reihe von zwingenden Regelungen enthalten muss.<sup>561</sup> Ua sind im Grund-Arbeitsvertrag die vorgesehene Verwendung bzw die voraussichtliche Art der Arbeitsleistung,<sup>562</sup> aber auch die Bezeichnung der auf das Vertragsverhältnis allenfalls anzuwendenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festzulegen.<sup>563</sup> Daraus kann aber noch keine normative Geltung des Kollektivvertrags abgeleitet werden. Welcher KollV tatsächlich zur Anwendung kommt, hängt zuerst von der vereinbarten und in weiterer Folge von der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit der überlassenen Arbeitskraft ab.<sup>564</sup>

### 3.3 Arbeiter oder Angestellte im AGZ

Im AGZ werden die Tätigkeiten und die Anzahl der Arbeitszeit in den jeweiligen Mitgliedsbetrieben im Vorhinein festgelegt. Allerdings können sich bei der Beurteilung, ob die überlassene Arbeitskraft als Arbeiter oder Angestellter zu qualifizieren ist, mehrere Konstellationen ergeben, die sich wie folgt darstellen:

#### 3.3.1 Überwiegende Angestelltentätigkeiten

Im Beispiel-AGZ werden 24 Stunden Angestellten- und 16 Stunden Arbeitertätigkeiten verrichtet. Gem § 1 AngG wird bei Mischttätigkeiten darauf abgestellt, ob der Arbeitnehmer „vorwiegend“ zur Leistung kaufmännischer oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten angestellt ist. Daher ist grundsätzlich das Verhältnis zwischen der Zeit, in der Angestelltentätigkeiten verrichtet werden, und jener Zeit, in der eine solche Tätigkeit nicht geleistet wird, wesentlich.<sup>565</sup> Im vorliegenden Beispiel ist daher aufgrund der **vorwiegenden**

---

<sup>559</sup> Zur Abgrenzung der einzelnen Tatbestände *Drs* in ZellKomm<sup>3</sup> § 1 AngG Rz 17 ff; *Löschnigg* in *Löschnigg* (Hrsg), Angestelltengesetz Band 1<sup>10</sup> (2016) § 1 Rz 95 ff, *Schrammel* in *Mahrold/Burgstaller/Preyer*, Angestelltengesetz § 1 Rz 43 ff (Stand 1.6.2005, rdb.at).

<sup>560</sup> *Brodil/Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>10</sup> Rz 71.

<sup>561</sup> *Schindler* in ZellKomm<sup>3</sup> AÜG § 11 Rz 2.

<sup>562</sup> § 11 Abs 1 Z 8 AÜG.

<sup>563</sup> § 11 Abs 1 Z 12 AÜG.

<sup>564</sup> *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 57.

<sup>565</sup> *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG<sup>10</sup> § 1 Rz 123.

**Angestellentätigkeiten** im Ausmaß von 24 Stunden gem § 10 Abs 1 S 2 AÜG zur Feststellung des Grund(gehalts)anspruchs der Ang-KollV heranzuziehen, wenn der AGZ gewerbsmäßig tätig wird (Verein).

### 3.3.2 Überwiegende Arbeitertätigkeiten

Stellt sich die Situation im obigen Beispiel-AGZ umgekehrt dar (24 Stunden Arbeiter- und 16 Stunden Angestellentätigkeit), so ist grundsätzlich der KollV-AÜ mangels vorwiegenden Angestellentätigkeiten einschlägig. Haben jedoch die Angestellentätigkeiten für den Arbeitgeber die ausschlaggebende Bedeutung, kommt es nicht auf das zeitliche Überwiegen an.<sup>566</sup> *Schrattbauer*<sup>567</sup> leitet daraus für die Arbeitskräfteüberlassung ab, dass, wenn das hauptsächliche Interesse des Überlassers auf Überlassungen zu Angestellentätigkeiten ausgelegt ist (zB Kundenwünsche), die überlassene Arbeitskraft auch als Angestellter zu betrachten ist, auch wenn anfänglich Einsätze zu Arbeitertätigkeiten überwiegen sollten. ME wird in einem AGZ aber grundsätzlich auf das quantitative Tätigkeitsmerkmal abzustellen sein, da die Tätigkeiten für jeden einzelnen Mitgliedsbetrieb im Vorhinein in einem bestimmten zeitlichen Ausmaß festgelegt werden und der AGZ einen in sich geschlossenen Beschäftigterkreis aufweist. Ob ein überwiegendes Interesse des AGZ an einer Überlassung zu Angestellentätigkeiten besteht, kann mE bei einem AGZ **kein taugliches Kriterium** darstellen. Für den AGZ ist es ausschlaggebend, dass durch die Mitgliedsbetriebe ein Vollzeit Arbeitsplatz durch Zusammenschluss von Mitgliedsbetrieben und deren Personalbedarf entsteht, ob es sich dabei um Angestellten- oder Arbeitertätigkeiten handelt, die die überlassenen Arbeitskräfte des AGZ in den Mitgliedsbetrieben ausüben, ist für den AGZ bzw seine Gründung nicht relevant und kann daher mE unberücksichtigt bleiben.

### 3.3.3 Wechsel der Tätigkeiten

Kommt es nun aber zu einem Austausch eines Mitgliedsbetriebs im AGZ und verschiebt sich somit das zeitliche Verhältnis von einer vorwiegenden Angestellentätigkeiten hin zu Arbeitertätigkeiten, stellt sich die Frage, ob bzw wann es zu einem Kollektivvertragswechsel kommen kann. Neben dem Abschluss eines einsatzunabhängigen Grund-Arbeitsvertrags ist der Überlasser verpflichtet, der Arbeitskraft gem § 12 Abs 1 AÜG vor jeder Beschäftigung in einem anderen Betrieb die für die Überlassung wesentlichen Umstände mitzuteilen, wie ua die Art der zu verrichtenden Tätigkeit und die voraussichtliche Dauer der Überlassung. Durch einen AGZ liegen aufgrund paralleler Überlassungen des AGZ an seine Mitgliedsbetriebe **auch mehrere**

---

<sup>566</sup> RIS-Justiz RS0028025 zuletzt OGH 21.10.2020, 9 ObA 85/20w.

<sup>567</sup> *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 58.

**Überlassungsmittelungen** für die einzelnen Mitgliedsbetriebe vor. Daher muss auch hier bei einem Austausch eines Mitgliedsbetriebs, unter Berücksichtigung aller Überlassungsmittelungen, beurteilt werden, ob schlussendlich auch bei einem Austausch unter Betrachtung sämtlicher Überlassungen in die Mitgliedsbetriebe die Angestelltentätigkeiten zeitlich überwiegen oder nicht. Daher ist bei einem Austausch eines Mitgliedsbetriebs eine neuerliche Beurteilung der gesamten in den Mitgliedsbetrieben erbrachten Tätigkeiten vorzunehmen. Kommt es dadurch zu einer Verschiebung von vormals vorwiegend Angestelltentätigkeiten hin zu Arbeitertätigkeiten, so hat dies mE nur zur Folge, dass damit auch ein Kollektivvertragswechsel erfolgen muss.

## Teil E – Der AGZ als Gesellschaft bürgerlichen Rechts

In diesem Teil sollen mehrere grundlegende Fragen der Gründung eines AGZ als GesbR behandelt werden. Als Vorfrage soll in einem ersten Schritt geklärt werden, ob ein AGZ grundsätzlich in der Rechtsform einer GesbR gegründet werden kann und bejahendenfalls, ob es sich dabei um eine Innen- oder Außengesellschaft handelt. Darauf aufbauend wird aufgrund des Schwerpunkts der Arbeit die Arbeitgeberfunktion in der GesbR erörtert und die sich daraus ergebenden rechtlichen Rahmenbedingungen bzw Rechtsfolgen eines AGZ als GesbR bei Abschluss und Beendigung eines Arbeitsverhältnisses dargestellt.

### 1 Die Gründung eines AGZ als GesbR

Das 27. Hauptstück des ABGB (§§ 1175 – 1216e) enthält die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Begriffsbildung und die Grundcharakteristika der Gesellschaft bürgerlichen Rechts normieren. Durch das GesbR-Reformgesetz<sup>568</sup> wurden die Regelungen der GesbR wesentlich ausgebaut und einer neuen Gliederung unterworfen.<sup>569</sup> Die Regelungen der Reform traten mit 1. Jänner 2015 in Kraft, wobei gem § 1503 Abs 5 Z 1 ABGB für Sachverhalte, die sich vor diesem Zeitpunkt ereignet haben, die bisher geltenden Bestimmungen des 27. Hauptstückes des zweiten Teils weiter anzuwenden sind. Aus den ErläutRV<sup>570</sup> geht hervor, dass die GesbR eine Personengesellschaft ist, die systematisch zwischen den eingetragenen Personengesellschaften des UGB und der schlichten Miteigentumseigenschaft steht.

§ 1175 Abs 1 ABGB sieht vor, dass, wenn sich **zwei oder mehrere Personen** durch einen Vertrag zusammenschließen, um durch eine **bestimmte Tätigkeit einen gemeinsamen Zweck** zu verfolgen, diese eine Gesellschaft bilden. Sofern sie **keine andere Gesellschaftsform** wählen, bilden sie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinn des 27. Hauptstückes. Weiters ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts **nicht rechtsfähig** (Abs 2) und kann jeden **erlaubten Zweck** verfolgen und jede erlaubte **Tätigkeit** zum Gegenstand haben (Abs 3).

Im Folgenden soll nun der Grundfrage nachgegangen werden, ob der AGZ die Tatbestandsmerkmale des § 1175 ABGB erfüllt und somit als GesbR gegründet werden kann. Dabei werden zuerst die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dargelegt und in einem weiteren Schritt auf den AGZ angewendet.

---

<sup>568</sup> BGBl I 2014/83.

<sup>569</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1175 Rz 1 (Stand 1.6.2019, rdb.at).

<sup>570</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 4.

## 1.1 Gesellschaftsvertrag und Personenmehrheit

Die Gründung einer GesbR stellt lediglich auf den Abschluss des Gesellschaftsvertrags ab, wobei, anders als sonst, grundsätzlich im österreichischen Gesellschaftsrecht ist, es keiner Registrierung der GesbR bedarf. Grund dafür ist, dass die GesbR als „Auffangbecken“ dienen soll und es unnötig wäre, für die Gründung einer GesbR Hemmnisse aufzustellen. Wird aber, wie es der Gesetzgeber auch vorsieht, nur auf den Vertragsabschluss abgestellt, werden auch jene regelungsbedürftigen Fälle erfasst, in welchen den Gesellschaftern gesellschaftsrechtliche Spezialerfordernisse uU gar nicht bekannt sind, aber mit Bindungswillen eine gemeinsame Zweckverfolgung vereinbart wurde. Dies führt auch dazu, dass Regelungslücken vermieden werden können.<sup>571</sup> Die GesbR entsteht daher durch einen zwei- oder mehrseitigen (multilateralen) Vertrag und gründet sich zeitlebens auf dieses Vertragsverhältnis.<sup>572</sup> Der Gesellschaftsvertrag, als **mehrseitiges Rechtsgeschäft**, setzt die **übereinstimmenden Willenserklärungen** aller Vertragspartner voraus.<sup>573</sup> Als multilaterales Rechtsgeschäft kommt der Vertrag nur durch Zustimmung aller am Vertragsabschluss beteiligten Personen zustande, wobei die Willenserklärungen nicht dem einzelnen Vertragspartner gegenüber abgegeben werden, sondern sich an die Gesamtheit der Vertragsteilnehmer richten.<sup>574</sup> Formfreiheit gilt für den Abschluss, Änderung und Auflösung des Gesellschaftsvertrags; diese können daher schriftlich, mündlich, ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Zur Auslegung des Gesellschaftsvertrags ist § 914 ABGB einschlägig.<sup>575</sup>

Nach § 1175 Abs 1 ABGB erfordert eine GesbR den vertraglichen Zusammenschluss „*zweier oder mehrerer Personen*“. Eine Ein-Personen-GesbR ist rechtlich nicht möglich.<sup>576</sup> Besteht eine GesbR nur aus zwei Gesellschaftern und ein Gesellschafter wird ausgeschlossen, wird dadurch die Gesellschaft beendet.<sup>577</sup> Es müssen daher während des gesamten Bestehens der GesbR mindestens zwei Personen als Zurechnungsobjekte für schuld- und sachenrechtliche Beziehungen in Erscheinung treten.<sup>578</sup>

Als Gesellschafter kommen natürliche und juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts sowie Gesamthandschaften wie OG und KG in Betracht. Mangels Rechtsfähigkeit

---

<sup>571</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1175 Rz 59.

<sup>572</sup> Schurr in Schwimann/Neumayr (Hrsg); ABGB Taschenkommentar<sup>4</sup> (2020) § 1175 Rz 6.

<sup>573</sup> Warty in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1175 Rz 7 mwN (Stand 15.1. 2021).

<sup>574</sup> Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar – GesbR - §§ 1175 bis 1216e ABGB<sup>3</sup> (2016) § 1175 (Teil 1) Rz 31 mwN.

<sup>575</sup> Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>6</sup> (2020) § 1175 Rz 4 mwN.

<sup>576</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 6.

<sup>577</sup> OGH 5 Ob 560/90 SZ 63/44.

<sup>578</sup> Schurr in Schwimann/Neumayr, ABGB<sup>4</sup> § 1175 Rz 6.



können hingegen eine GesbR selbst, stille Gesellschaften und Erbgemeinschaften nicht Gesellschafter sein, Privatstiftungen nur innerhalb der Grenzen des § 1 Abs 2 PSG.<sup>579</sup>

## 1.2 Gemeinsamer erlaubter Zweck

Zentrale Bedeutung für die Gründung einer GesbR wird dem Tatbestandsmerkmal des „gemeinsamen Zwecks“ beigemessen (*affectio societatis*). Wird ein Zusammenschluss ohne Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks durchgeführt, so liegt keine GesbR vor.<sup>580</sup> Seit Reform der GesbR 2014<sup>581</sup> ist es unbestritten, dass neben erlaubten erwerbswirtschaftlichen Zwecken auch ideelle Zwecke durch die GesbR verfolgt werden können.<sup>582</sup> Für das Vorliegen einer GesbR ist die Erwartung, einen Gewinn zu erzielen, **nicht von Belang**.<sup>583</sup> Die GesbR kann unternehmerischen Tätigkeiten (gewerblichen wie freiberuflichen Tätigkeiten) gewidmet sein und mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, verbunden sein oder auch nicht. Weiters kann sich die GesbR auf die bloße Verwaltung gemeinsamen Vermögens beschränken, aber ebenso soziale, religiöse, karitative, mildtätige, wissenschaftliche oder sonstige **ideelle Ziele** verfolgen.<sup>584</sup> Jedenfalls sind an dem gemeinschaftlich verfolgten Zweck keine allzu strengen Maßstäbe zu legen.<sup>585</sup>

Gem § 1175 Abs 3 ABGB kann die GesbR jeden erlaubten Zweck verfolgen und jede erlaubte Tätigkeit zum Gegenstand haben. Der Zweck der Gesellschaft darf nicht rechtswidrig, daher weder gesetz- noch sittenwidrig sein da bereits § 879 ABGB hier eine Grenze zieht. Nach stRspr macht jedoch die Nichteinhaltung gewerberechtlicher Vorschriften die GesbR nicht ungültig.<sup>586</sup>

## 1.3 Der AGZ als GesbR

In Hinblick auf die Gründung einer AGZ-GesbR lassen sich anhand der obigen Ausführungen keine rechtlichen Hindernisse eruieren. In Ermangelung von derartigen Gesellschaftsverträgen wie auch diesbezüglicher einschlägiger Literatur und Judikatur soll nun anhand der in der Entscheidung des LVwG OÖ<sup>587</sup> bzgl Gründung eines AGZ abgedruckten Vereinsstatuten

---

<sup>579</sup> Statt vieler Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1175 Rz 32 mwN.

<sup>580</sup> Warty in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1175 Rz 25 mwN.

<sup>581</sup> § 1175 ABGB aF sprach vom „gemeinschaftlichen Erwerbe“ wonach ein Teil der Lehre davon ausging, dass eine GesbR nur Erwerbszwecken dienen kann.

<sup>582</sup> Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1175 Rz 47 mwN; Jabornegg/Resch/Slezak in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Paxiskommentar<sup>4</sup> (2014) § 1175 Rz 31.

<sup>583</sup> RIS-Justiz RS0022137.

<sup>584</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 8.

<sup>585</sup> Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1175 Rz 46 mwN.

<sup>586</sup> Warty in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1175 Rz 26; Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1175 Rz 48.

<sup>587</sup> LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa; zur Entscheidung im Detail siehe Teil C, Abschnitt 2.2.4.4.1.2.

geprüft werden, ob hier auch eine Gründung des AGZ als GesbR möglich gewesen wäre. Pkt 2 des Vereinsstatutes, das den Zweck des Vereines beschreibt, sieht vor, dass *„Der AGZ H, dessen Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet ist, bezweckt ausschließlich und unmittelbar die Bündelung von Fach- und Arbeitskräftebedarfen, die Überlassung von Personal an seine Mitgliedsbetriebe, die Aus- und Weiterbildung von Arbeitskräften sowie die gedeihliche Zusammenarbeit im kooperativen Personalmanagement, sofern dieses über das Stammpersonal hinausgeht“*. Der geforderte Zusammenschluss zweier oder mehrerer natürlicher bzw juristischer Personen wäre hier jedenfalls geben. Auch ein gemeinsamer Zweck liegt hierbei vor, da sich die Mitgliedsbetriebe zu einer **gedeihlichen Zusammenarbeit im kooperativen Personalmanagement** bekennen und eine gemeinsame Bündelung von Fach- und Arbeitskräften anstreben. Nicht ausschlaggebend ist, dass hier **keine Gewinnerzielungsabsicht** vorliegt. Dass hierbei auch eine erlaubte Tätigkeit vorliegt, ist unstrittig. Daher kann abschließend festgehalten werden, dass ein AGZ grundsätzlich in Form einer GesbR gegründet werden kann.

## 2 Der AGZ als Innen- oder Außengesellschaft

### 2.1 Fragestellung

Im Folgenden soll nun geklärt werden, ob iSd § 1176 ABGB eine AGZ-GesbR als Innen- oder Außengesellschaft zu qualifizieren ist. Die Unterscheidung ist dahingehend von Bedeutung, dass sich ua für Rechtsverhältnisse zu Dritten, also Arbeitnehmern, unterschiedliche Rechtsfolgen anhand der Differenzierung zwischen Innen- oder Außengesellschaft ergeben.<sup>588</sup>

### 2.2 Abgrenzung zwischen Innen- und Außengesellschaft

§ 1176 Abs 1 ABGB sieht vor, dass Gesellschafter die Gesellschaft auf ihr Verhältnis untereinander beschränken (= Innengesellschaft) oder gemeinschaftlich im Rechtsverkehr auftreten (= Außengesellschaft) können. Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens oder führen die Gesellschafter einen gemeinsamen Gesellschaftsnamen, so wird vermutet, dass die Gesellschafter eine Außengesellschaft vereinbaren wollten. Die ErläutRV<sup>589</sup> führen dazu aus, dass die GesbR aufgrund des Umstandes, dass ihr jede Rechtsfähigkeit fehlt, insofern stets eine Innengesellschaft ist, als dass die Gesellschaftsbeziehungen nur die Gesellschafter untereinander betreffen. Nach außen tritt nicht die Gesellschaft als solche auf, sondern nur die Gesellschafter, wobei es laufend vorkommt, dass die Gesellschafter auch nach

---

<sup>588</sup> Dazu siehe Teil E, Abschnitt 4.4.1.

<sup>589</sup> ErläutRV 270 B1gNR 25. GP 8.

außen hin, wenn auch *ad personam*, doch gemeinschaftlich unter Hinweis auf ihre GesbR im Rechts- und Geschäftsverkehr in Erscheinung treten. Auch hierbei schließen alle Gesellschafter in solidarischer Verbundenheit Rechtsgeschäfte mit Dritten ab. Es kann daher nur in diesem Sinn davon gesprochen werden, dass die GesbR auch Außengesellschaft sein kann.

Ob eine GesbR ausschließlich Innengesellschaft oder auch Außengesellschaft ist, hängt vom **gemeinsamen Vertragswillen** der Gesellschafter ab. Die Unterscheidung ist hinsichtlich der Außenbeziehungen der GesbR gegenüber Dritten dahingehend relevant, das es im Innenverhältnis darum geht, ob nach dem Willen der Gesellschaft ein gemeinsamer Auftritt (in gesellschaftlicher Verbundenheit) nach außen hin stattfinden soll. Liegt dieser Wille nicht vor, so handelt ein Gesellschafter, der trotzdem derart handelt, gesellschaftswidrig. Im Außenverhältnis ist hingegen fraglich, ob ein für alle Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit als GesbR auftretender Gesellschafter dazu nach den im Innenverhältnis getroffenen Vereinbarungen auch berechtigt ist. Ist das nicht der Fall, haftet nur der handelnde Gesellschafter nach den Regeln der Haftung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht, sollte keine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vorliegen.<sup>590</sup>

Daher lässt sich festhalten, dass eine Innengesellschaft vorliegt, wenn die Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis auf ihre Beziehungen untereinander beschränken wollen und kein Auftreten nach außen erfolgt. Hingegen liegt eine Außengesellschaft vor, wenn die Gesellschafter gemeinschaftlich auch im Rechtsverkehr auftreten und das Verhältnis auch nach außen sichtbar wird.<sup>591</sup> Die Formulierung „*gemeinschaftlich im Rechtsverkehr auftreten*“<sup>592</sup> deutet zwar in die Richtung, dass es auf den tatsächlichen Auftritt ankommt, jedoch nicht auf einen gesellschaftsvertraglich gebildeten Willen der Gesellschafter, wobei das Regelungsgefüge wie auch die Gesetzesmaterialien für die Maßgeblichkeit des Gesellschaftswillens sprechen. Ausschlaggebend ist, dass die Gesellschafter gesellschaftsvertraglich übereinkommen, dass sie in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit im Rechtsverkehr auftreten sollen.<sup>593</sup> Es kommt aber lediglich auf den im Gesellschaftsvertrag **gemeinten Willen der Gesellschafter** an, ob sie eine Innen- oder eben eine Außengesellschaft errichten wollen. Es kann auch eine ausschließliche Innengesellschaft nicht durch einen

---

<sup>590</sup> ErläutRV 270 B1gNR 25. GP 9.

<sup>591</sup> Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1176 Rz 2 f.

<sup>592</sup> § 1176 Abs 1 S 1 ABGB.

<sup>593</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1176 Rz 11.

Gesellschafter und durch seinen Auftritt gegenüber einem Dritten zur Außengesellschaft werden.<sup>594</sup>

Weiters findet sich in § 1176 Abs 1 S 2 ABGB die widerlegliche Vermutung, dass, wenn der gemeinsame Betrieb eines Unternehmens vereinbart, oder ein gemeinsamer Gesellschaftsname (§ 1177 ABGB) geführt wird, die Gesellschafter eine Außengesellschaft vereinbaren wollten. Darunter sind zwei Umstände, die einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung bedürfen, zu verstehen. Der Gesetzgeber geht in beiden Konstellationen davon aus, dass die gesellschaftliche Verbundenheit der Gesellschafter im Rechtsverkehr erkennbar wird, was auch die Auslegungsregel in S 2 rechtfertigt. Soweit nicht eindeutig Gegenteiliges vereinbart wird, werden auch die einzelnen Gesellschafter diesen Eindruck haben.<sup>595</sup>

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass zum Schutz des Rechtsverkehrs § 1176 Abs 2 ABGB vorsieht, dass ein vertraglicher Ausschluss einer Außengesellschaft in den Fällen, in denen das Gesetz das Vorliegen einer Außengesellschaft vermutet (gemeinsamer Betrieb eines Unternehmens bzw Führung eines gemeinsamen Gesellschaftsnamens), einem Dritten nur entgegen gehalten werden kann, wenn dieser wusste oder hätte wissen müssen, dass es sich um eine Innengesellschaft handelt, wobei hierbei dem Dritten bereits leichte Fahrlässigkeit schadet.<sup>596</sup>

### 2.3 Der AGZ als Außengesellschaft

Um hier wiederum eine gewisse Praxisnähe herzustellen, soll nun anhand der abgedruckten Vereinsstatuten des AGZ in der Entscheidung des LVwG OÖ<sup>597</sup> festgestellt werden, ob es sich bei einem AGZ als GesbR grundsätzlich um eine Innen- oder Außengesellschaft handelt. Eine Außengesellschaft liegt demnach vor, wenn die Gesellschafter gemeinschaftlich auch im Rechtsverkehr auftreten und insofern das Verhältnis nach außen sichtbar wird. Grundsätzlich kommt mE für den AGZ **nur eine Außengesellschaft** in Frage, da es die Aufgabe des AGZ ist, Personal für die Mitgliedsbetriebe zu rekrutieren und damit die Gesellschafter gemeinsam den Arbeitnehmern gegenüberzutreten.

Anhand der Entscheidung des LVwG OÖ ergibt sich mE aus einigen Punkten des Vereinsstatutes, dass es sich dabei um eine Außengesellschaft handelt, sollten sich diese

---

<sup>594</sup> Told in Bergmann/Ratka, Handbuch Personengesellschaften (2016) 2/58.

<sup>595</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1176 Rz 16; Torggler, Grenzverschiebungen im Gesellschaftsrecht: Zum Anwendungsbereich der „GesbR neu“, wbl 2016, 742 (746).

<sup>596</sup> Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1176 Rz 6 mwN.

<sup>597</sup> LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa.

Regelungen in einem Gesellschaftsvertrag einer GesbR wiederfinden. So findet sich unter Punkt 3.1.1 ua, dass der AGZ operativ die Mitglieder bei der Suche nach Fach- und Arbeitskräften unterstützt. Weiters sieht Punkt 3.1.6 Öffentlichkeitsarbeit sowie die optionale Herausgabe von Broschüren und Informationsmaterialien vor. Zusätzlich wird eine Zusammenarbeit mit dem Arbeitsmarktservice, der Wirtschaftskammer und anderen entsprechenden Organisationen und Institutionen zur Erreichung des Vereinszwecks angeführt. Finden sich derartige Bestimmungen in einem GesbR-Gesellschaftsvertrag, ist mE klar ersichtlich, dass die Gesellschafter **am Rechtsverkehr teilnehmen** wollen (Suche bzw Anstellung von Arbeitnehmern) und dies auch für **Dritte sichtbar** sein soll (= Öffentlichkeitsarbeit) und daher ein AGZ als GesbR eine Außengesellschaft darstellt.

### 3 Die Feststellung des Arbeitgebers in der GesbR

#### 3.1 Grundlegendes zum Arbeitgeberbegriff

Der Arbeitgeberbegriff entspricht dem Arbeitsvertragsverständnis, nach dem Arbeitgeber ist, wer von einem anderen Dienste in persönlicher Abhängigkeit fordern darf.<sup>598</sup> Der Arbeitgeber als Pendant zum Arbeitnehmer ist im Arbeitsrecht, anders als zB im ASVG, **nicht gesetzlich definiert**. Bei der Lösung eines konkreten Falls ist gemäß der für Verträge geltenden Vertrauenstheorie<sup>599</sup> zu prüfen, ob der Arbeitnehmer aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers objektiv gesehen darauf vertrauen durfte, dass der Erklärende im eigenen Namen als Arbeitgeber bzw als Vertreter für einen bestimmten Arbeitgeber aufgetreten ist. Nehmen mehrere Personen (auch juristische Personen) Arbeitgeberfunktionen wahr, ist aus der Wahrnehmung von Einzelpflichten nach den Grundsätzen eines beweglichen Systems auf die mögliche Arbeitgeberstellung iSd Arbeitsvertragsrechts zu schließen.<sup>600</sup> Der Arbeitgeber ist also der Vertragspartner des Arbeitnehmers beim Arbeitsvertrag und damit derjenige, der vom anderen Arbeit in persönlicher Abhängigkeit einfordern kann.<sup>601</sup> Darauf, ob dem Arbeitgeber auch der Betrieb oder das Unternehmen gehört, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, kommt es nicht an.<sup>602</sup> Von wem das Gehalt des Arbeitnehmers bezahlt wurde, ebenso wie der Umstand, auf welchem Briefpapier das Kündigungsschreiben verfasst wurde, ist nur von untergeordneter

---

<sup>598</sup> *Krejci in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1151 Rz 143.

<sup>599</sup> Siehe ausführlich zur Vertrauenstheorie Teil E, Abschnitt 3.4.1.

<sup>600</sup> RIS-Justiz RS0014455; zur multi-funktionalen Definition des Arbeitgebers siehe *Prassl*, The concept of the employer (2015) 155 ff; *Prassl*, Die Suche nach dem Arbeitgeber im englischen Recht, EuZA 2013, 472.

<sup>601</sup> OGH 9 ObA 43/09b DRdA 2011/24, 270 (*Mayr*) = Arb 12.818.

<sup>602</sup> OGH 9 ObA 180/93 DRdA 1994/37, 402 (*Kürner*) = ecolex 1994, 244 = Arb 11.124 = ARD 4533/27/94.

Bedeutung, weil vorwiegend die Umstände des Abschlusses des Arbeitsvertrags ausschlaggebend sind.<sup>603</sup>

**Juristischen Personen** sind selbst allein Arbeitgeber und nicht etwa ein Organmitglied (wie zB der Vorstand). Hingegen kann eine Vorgründungsgesellschaft<sup>604</sup> noch nicht Arbeitgeber sein.<sup>605</sup> Auf die Vorgründungsgesellschaft ist das GmbHG nicht anzuwenden, und daher ist die Handelndenhaftung nach § 2 Abs 1 ausgeschlossen.<sup>606</sup> Eine Vorgründungsgesellschaft, die sich auf einen formungültigen Gründungsvertrag stützt und die kein Vollhandelsgewerbe betreibt, ist als GesbR zu beurteilen. Ihre Gesellschafter müssen nicht zwingend mit den Gesellschaftern der zukünftigen GmbH ident sein; als Gesellschafter kommen auch juristische Personen in Betracht. Nimmt diese GesbR als Außengesellschaft am Rechtsverkehr teil indem sie mit Dritten Rechtsgeschäfte im Namen der zu gründenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung abschließt, haften ihre Gesellschafter für die eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich, unbeschränkt und solidarisch.<sup>607</sup>

Die Vorgesellschaft hingegen ist die werdende Gesellschaft mbH im Zeitraum zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrags und Eintragung im Firmenbuch. Sie stellt als Gründergemeinschaft eine Gesellschaft *sui generis* dar, auf die das GmbH-Recht grundsätzlich anzuwenden ist.<sup>608</sup> Bei Abschluss eines Arbeitsvertrages für die Vorgesellschaft einer GmbH tendiert der OGH<sup>609</sup> zur Auffassung, dass nicht die Vorgesellschaft, sondern die für sie Handelnden Arbeitgeber sind, solange nicht die eintragende GmbH das Arbeitsverhältnis übernimmt.<sup>610</sup> *Krejci*<sup>611</sup> weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Handelnden idR nicht im eigenen, sondern im Namen der Gesellschaft kontrahieren wollen. Ist vor konstitutiver Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch bereits vom Vorliegen einer rechtsfähigen Vorgesellschaft auszugehen, so ist nach *Krejci* diese Arbeitgeber und nicht ein Handelnder. Besteht jedoch keine rechtsfähige Vorgesellschaft, so sind die Handelnden lediglich dann Arbeitnehmer, wenn sie im eigenen Namen den Arbeitsvertrag abgeschlossen haben. Sonst liegt

---

<sup>603</sup> OLG Wien 10 Ra 179/04y = ARD 5612/3/2005; Anm. Zurückweisung der außerordentlichen Revision, OGH 6.10.2005, 8 ObA 66/05x.

<sup>604</sup> „Als Vorgründungsgesellschaft wir jener Zeitraum zwischen der „Verabredung“ der Gesellschafter, zukünftig eine Gesellschaft zu gründen, und dem tatsächlichen Abschluss des Gesellschaftsvertrags verstanden“ *Fuchs/Winkler* (Hrsg), Die GmbH: Recht und Steuern (2010) § 2 Rz 4.

<sup>605</sup> *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 14.

<sup>606</sup> *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesellschaftsR<sup>2</sup> 4/81 mwN.

<sup>607</sup> RIS-Justiz RS0109826.

<sup>608</sup> RIS-Justiz RS0111555.

<sup>609</sup> OGH 8 ObS 162/98a DRdA 1999/37 (*Geist*) = RdW 1999, 727 (*Fantur/Kreil*) = RWZ 1999, 74 (*Wenger*) = SVSlg 46.855 = Arb 11.995.

<sup>610</sup> *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 14.

<sup>611</sup> *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1151 Rz 148.

kein Arbeitsvertrag vor und die Handelnden haften gegenüber dem Arbeitnehmer aus *culpa in contrahendo* bzw nach den Regeln der gesellschaftsrechtlichen Handelndenhaftung.

Bei **Personengesellschaften** des Handelsrechts sind nicht die persönlich haftenden Gesellschafter Arbeitgeber der Arbeitnehmer der Gesellschaft. Die Pflicht der Gesellschafter zur Zahlung des Entgelts stützt sich dabei nicht auf den Arbeitsvertrag, sondern auf die gesetzliche Haftungsbestimmung des § 128 UGB. Daher sind die Personengesellschaften des Handelsrechts die Arbeitgeber.<sup>612</sup>

### 3.2 Keine Rechtsfähigkeit der GesbR

Gem § 1175 Abs 2 ABGB ist die GesbR nicht rechtsfähig.<sup>613</sup> Schon vor der Reform der GesbR ging die hL<sup>614</sup> und die stRspr<sup>615</sup> davon aus, dass die GesbR nicht rechtsfähig ist.<sup>616</sup> Die GesbR ist auch keine juristische Person und im Zivilprozess nicht parteifähig, sodass Parteien des Rechtsstreites die Gesellschafter als Einzelpersonen sind.<sup>617</sup> Zurechnungssubjekte für alle Rechte und Pflichten sind bei der GesbR vielmehr die Gesellschafter, die auch Vertragspartner des Dritten sind.<sup>618</sup>

Eine GesbR kann zwar gem § 1177 ABGB unter eigenem Namen auftreten, ist aber weder insolvenz- noch wechselfähig.<sup>619</sup> Der Gesellschaftsname ist die Bezeichnung, die die Gesellschafter für ihre Tätigkeit gewählt haben. Dabei sieht das Gesetz drei Kriterien vor, die beim Auftreten unter gemeinsamem Namen erfüllt werden müssen: einen Hinweis auf das Bestehen einer solchen Gesellschaft, eine entsprechende Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft des Namens sowie das Verbot der Irreführung.<sup>620</sup> Die GesbR kann auch selbst nicht Eigentümer von Vermögen sein und deshalb auch nicht als Eigentümer von Grundstücken ins Grundbuch oder auch ins Firmenbuch eingetragen werden.<sup>621</sup>

---

<sup>612</sup> RIS-Justiz RS0104998.

<sup>613</sup> Und auch nicht teilrechtsfähig vgl *Told* in *Bergmann/Ratka*, Personengesellschaften 2/33; hingegen besitzt die GesbR als Außengesellschaft Rechtsfähigkeit BGH 29.01.2001 II ZR 331/00; Zum Theorienverständnis des BGH siehe *Maaß*, die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Deutschland – Ein Vorbild für Österreich?, wbl 2002, 149; rechtsvergleichend dazu *Cohen/Rechberger*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Rechtsvergleich, GES 2011, 155

<sup>614</sup> Statt vieler *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2011) 24 ff.

<sup>615</sup> RIS-Justiz RS0022184.

<sup>616</sup> Dazu siehe auch ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 7.

<sup>617</sup> RIS-Justiz RS0113444.

<sup>618</sup> OGH 22.2.2000, 1 Ob 266/99w.

<sup>619</sup> *Riedler* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> § 1175 ABGB Rz 5 mwN.

<sup>620</sup> *Warto* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,03</sup> § 1177 Rz 3 mwN.

<sup>621</sup> *Artmann* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1175 ABGB Rz 16 mwN.

### 3.3 Kurzübersicht: Auswirkungen der mangelnden Rechtsfähigkeit auf Arbeitsverhältnisse

Eine GesbR kann mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht selbst Arbeitgeber sein. Als Arbeitgeber können nur **einzelne Gesellschafter** auftreten, die im **eigenen Namen Arbeitgeberfunktionen** ausüben. Jedenfalls bleibt auch in der GesbR grundsätzlich derjenige Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer zur Verfügung stellt, um ihn zum gemeinsamen Nutzen einzusetzen.<sup>622</sup> Auch die Rechtsansicht, dass eine GesbR zwar nicht Arbeitgeber, aber dennoch Beschäftiger im Zuge der Arbeitskräfteüberlassung von Arbeitnehmern sein könne, findet in der Rechtsordnung keine Deckung. In diesem Begriffszusammenhang sind die Eigenschaften „Arbeitgeber“ und „Beschäftiger“ ident.<sup>623</sup>

Einer GesbR kommt nach dem Zivilrecht, das insofern zufolge § 9 AVG und § 357 Abs 1 ASVG mangels Sonderregelung im ASVG auch für diesen Rechtsbereich gilt, keine Rechtspersönlichkeit zu. Eine GesbR kann daher nicht als Zurechnungssubjekt der Rechte und Pflichten des sozialversicherungsrechtlichen Arbeitgebers qualifiziert werden. Als Arbeitgeber sind gem § 35 Abs 1 ASVG als Arbeitgeber **ausschließlich die Gesellschafter** einer GesbR zu qualifizieren.<sup>624</sup> Treffen die für die Arbeitgeberqualifikation entscheidenden Umstände in Bezug auf ein und dasselbe Beschäftigungsverhältnis auf mehrere Personen zu, so ist jeder von ihnen Arbeitgeber mit den dem sozialversicherungsrechtlichen Arbeitgeber nach dem ASVG auferlegten Verpflichtungen und eingeräumten Berechtigungen.<sup>625</sup> Daher sind alle Gesellschafter einer GsbR Arbeitgeber, da ihr auch im Sozialversicherungsrecht keine Rechtspersönlichkeit zukommt.<sup>626</sup> Bei einer GesbR kommt – soweit keine Innengesellschaft vorliegt – allen Gesellschaftern die Arbeitgeberbereiensehaft gem § 35 ASVG zu.<sup>627</sup>

ISd § 47 Abs 2 EstG 1988 kann nur derjenige Arbeitgeber sein, demgegenüber das Dienstverhältnis besteht. **Dies kann jedoch auch eine GesbR sein**, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft diesem Zusammenschluss von Personen schuldet.<sup>628</sup>

Hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzgesetzes sind **alle Gesellschafter** Adressaten der Strafbestimmungen des ASchG und demnach auch zur Einhaltung verpflichtet.<sup>629</sup> Auch für die

---

<sup>622</sup> OGH 9 ObA 180/93 Arb 11.124; RIS-Justiz RS0021295; RIS-Justiz RS0022132.

<sup>623</sup> VwGH 12.1.1999, 98/09/0231.

<sup>624</sup> VwGH 30.6.1988, 86/08/0204; VwGH 20.04.2005, 2001/08/0074.

<sup>625</sup> VwGH 94/08/0074 SVSlg 42.148.

<sup>626</sup> VwGH 97/08/0444 SVSlg 47.958; VwGH 30.4.2002, 97/08/0465.

<sup>627</sup> VwGH 2007/08/0296 PVInfo 2008 H 9, 27 (*Taferner*) = SWK 2008, T 155 (*Grünberger*).

<sup>628</sup> VwGH 2013/15/0158, 2013/15/0160 ARD 6399/13/2014 (*Sadlo*); mit Verweis auf VwGH 25.5.1988, 87/13/0231.

<sup>629</sup> VwGH 10.1.1995, 93/18/0230.



Bestimmungen des AuslBG ist jeder Gesellschafter der GesbR **verwaltungsstrafrechtlich** verantwortlich<sup>630</sup>

### **3.4 Der Arbeitgeber iSd Vertrauens Theorie**

#### **3.4.1 Grundlegendes zur Vertrauens Theorie**

Abs 1 des § 863 ABGB enthält allgemeine Regeln über die Willenserklärung, welche in Zusammenschau insb mit §§ 870 ff ABGB die Stütze der das ABGB beherrschenden sog „Vertrauens Theorie“ bilden. § 863 ABGB gilt ua für alle privatrechtliche Erklärungen, wobei in Abs 2 eine Auslegungsregel hinzutritt, die auf der gleichen Maxime beruht und in Zusammenhalt mit § 914 ABGB die Übung des redlichen Verkehrs als eine Richtlinie der Interpretation bezeichnet.<sup>631</sup>

Im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs im Allgemeinen und besonders im Interesse des jeweiligen Erklärungsempfängers ist für die Ermittlung der normativen Bedeutung von Willenserklärungen grundsätzlich weder entscheidend, welche normative Bedeutung dieser Erklärung vom Erklärenden zugemessen<sup>632</sup> wurde, noch welche normative Bedeutung dieser Erklärung bei einer ausschließlich objektiven Beurteilung der verwendeten Worte bzw Erklärungszeichen beigemessen werden kann.<sup>633</sup> Es kommt iSd Vertrauens Theorie alleine darauf an, auf welche normative Bedeutung der konkrete Erklärungsempfänger redlicherweise **vertrauen durfte und vertraut hat.**<sup>634</sup>

Es lässt sich daher festhalten, dass sich die Bedeutung der Willenserklärung iSd Vertrauens Theorie nach ihrem objektiven Sinn unter Berücksichtigung der im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche bestimmt, sofern der Erklärungsempfänger auf die objektive Erklärungsbedeutung berechtigterweise vertraute, insb wenn er den wahren Willen des Erklärenden nicht erkannte. Es kommt somit weder darauf an, was der Erklärende wirklich beabsichtigt hatte, noch darauf, wie der andere Teil die Erklärung subjektiv verstanden hat, sondern lediglich darauf, welche Schlüsse der Adressat als redlicher Erklärungsempfänger, nach „Treu und Glauben“, unter Berücksichtigung aller Umstände abzuleiten berechtigt war. Umstände, die nur dem Erklärenden bekannt sein konnten, haben dabei aber außer Betracht zu bleiben.<sup>635</sup>

---

<sup>630</sup> VwGH 24.1.2008, 2007/09/338.

<sup>631</sup> Rummel in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 863 ABGB Rz 1.

<sup>632</sup> So aber die sog „Willenstheorie“.

<sup>633</sup> So aber die sog „Erklärungstheorie“.

<sup>634</sup> Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> §§ 897–916 Vertragsrecht (2011), § 914 Rz 130 mwN.

<sup>635</sup> Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 863 Rz 1 f mwN.

### 3.4.2 Der Arbeitgeber in einer AGZ-GesBR anhand der Vertrauens Theorie

Festzuhalten ist, dass eine rechtliche Beurteilung der Arbeitgeberfunktion nur unter Abwägung aller im Einzelfall relevanten Umstände stattfinden kann. Bezugnehmend auf einen AGZ bedeutet das, dass es auf das Verhalten des Gesellschafters iSd Vertrauens Theorie ankommt. Entscheidend ist der maßgebliche Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und ob der Arbeitnehmer aus Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers objektiv darauf vertrauen durfte, dass der Gesellschafter im eigenen Namen als Arbeitgeber oder als Vertreter der Gesellschaft aufgetreten ist. Zur Beurteilung der Arbeitsvertragsparteien kommen hierfür zwei Anknüpfungspunkte in Betracht: der **Arbeitsvertrag** und der **Dienstzettel**. Der Arbeitsvertrag ist gem § 863 ABGB an keine Form gebunden und kann daher auch konkludent erfolgen. Der Abschluss eines Arbeitsvertrags ist nur ausnahmsweise an die Schriftform<sup>636</sup> (Lehrverträge) gebunden, wobei eine Verletzung der Schriftform aber nicht zur Nichtigkeit führt.<sup>637</sup> Das Formgebot einer schriftlichen Bescheinigung<sup>638</sup> bzw schriftlichen Ausfertigung<sup>639</sup> des Arbeitsvertrags stellt keine Wirksamkeitsvoraussetzung dar, sondern ist als Ordnungsvorschrift zu qualifizieren, da nur das Festhalten des Vertragsinhalts erreicht werden soll.<sup>640</sup> Der Dienstzettel<sup>641</sup> soll hingegen zum Arbeitsvertrag, der die gegenseitigen Verpflichtungswillen der Arbeitsvertragsparteien zum Ausdruck bringt, eine Dokumentation der vereinbarten Rechte und Pflichten, bezwecken.<sup>642</sup> Gem § 2 Abs 1 AVRAG hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unverzüglich nach Beginn des Arbeitsverhältnisses eine schriftliche Aufzeigung über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag (= Dienstzettel) auszuhändigen. Abs 2 Z 1 leg cit sieht hierzu vor, dass der Dienstzettel den Namen und die Anschrift des Arbeitgebers zu enthalten hat.<sup>643</sup>

Kommt es nun aufgrund der Vertrauens Theorie dazu, dass der Gesellschafter als Arbeitgeber zu qualifizieren ist, so führt dies **unabhängig von der gesellschaftlichen Verbundenheit** der Mitglieder eines AGZ dazu, dass nur dieser Gesellschafter Arbeitgeber wird. Wird der Arbeitnehmer dann in den anderen Mitgliedsbetrieben eingesetzt, so handelt es sich dabei um

---

<sup>636</sup> Zum Schriftformgebot siehe *Risak*, Schriftformgebote im Arbeitsrecht, ZAS 2013/10 52.

<sup>637</sup> zB § 12 Abs 1 iVm § 12 Abs 7 BAG.

<sup>638</sup> § 2 Abs 1 JournG.

<sup>639</sup> § 4 VBG.

<sup>640</sup> *Obereder* in *Kozak* (Hrsg), ABGB und Arbeitsrecht (2019) §§ 861-864a Rz 15; *Rebhahn* in *Zellkomm*<sup>3</sup> §§ 861-864a Rz 22.

<sup>641</sup> Der Dienstvertrag als deklaratorisches Schriftstück ist dem konstitutiv das Arbeitsverhältnis begründenden Arbeitsvertrag gegenüberzustellen; OGH 9 ObA 250/99a eolex 2000/190, 443 (*Mazal*).

<sup>642</sup> *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Maier*, AVRAG<sup>3</sup> § 2 Rz 15 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

<sup>643</sup> Zum Widerspruch zwischen Vereinbarung und Dienstzettel siehe *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Maier*, AVRAG<sup>3</sup> § 2 Rz 41.

**Arbeitskräfteüberlassung**, wobei der Gesellschafter als alleiniger Überlasser zu qualifizieren ist. Im Ergebnis führt dies mE dazu, dass nicht die AGZ-GesbR den Arbeitnehmer beschäftigt, sondern lediglich der Mitgliedsbetrieb des einzelnen Gesellschafters, der den Arbeitnehmer in die weiteren Mitgliedsbetriebe des AGZ überlässt.

### 3.5 Mehrere Arbeitgeber in einer AGZ-GesbR

Tritt nun aber ein Gesellschafter des AGZ gegenüber dem Arbeitnehmer im Namen der GesbR auf und ist dies auch für den Arbeitnehmer zu erkennen, so wird nicht der Gesellschafter, aber auch mangels Rechtsfähigkeit nicht die GesbR, sondern werden die jeweiligen Gesellschafter der GesbR Arbeitgeber. Auch wenn die Gesellschafter einer GesbR die Intention verfolgen, einen AGZ zu gründen, so stellt sich jedoch rechtlich eine andere Situation dar. Aufgrund der mangelnden Rechtsfähigkeit schließen in der GesbR mehrere Arbeitgeber lediglich ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer ab. Im Endeffekt wird daher aus dem AGZ eine **Mehrzahl von Arbeitgebern, die ein einziges Arbeitsverhältnis** abschließen. Wegen der gesellschaftsrechtlichen Verbindung der Mitgliedsbetriebe und der damit einhergehenden Geschäftsführungsbefugnis<sup>644</sup> der Gesellschafter in der GesbR entstehen keine parallelen, koordinierten Teilzeitbeschäftigungen, sondern es ergibt sich lediglich ein einziges Arbeitsverhältnis. Daher liegt in einer AGZ-GesbR keine Überlassung vor. Daraus resultiert, dass weder einer der beiden Arbeitskräfteüberlasser-KollIV, noch das AÜG zur Anwendung gelangt. Auch wenn die Vereinbarung eines Arbeitnehmers im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses bei mehr als einem Arbeitgeber in der Praxis zwar die Ausnahme bildet, ist eine solche Vereinbarung nach Rechtsprechung und Lehre **nicht unzulässig**.<sup>645</sup>

## 4 Arbeitsrechtliche Auswirkungen mehrerer Arbeitgeber in einer AGZ-GesbR

Im Weiteren sollen nun die Auswirkungen mehrerer Arbeitgeber in der GesbR auf das Individualarbeitsverhältnis erörtert werden. Diese Darstellungen sollen unter dem Gesichtspunkt des Abschlusses und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der gesetzlichen Bestimmungen der GesbR erörtert werden. § 1181 ABGB normiert die Dispositivität für die das Innenverhältnis der GesbR regelnden Bestimmungen, soweit ihnen

---

<sup>644</sup> Dazu siehe Teil E, Abschnitt 4.3.

<sup>645</sup> OGH 9 ObA 18/11d = infas 2012, A 25 = Arb 13.028 mit Verweis auf OGH 9 ObA 257/98d Arb 11.782 sowie *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1151 ABGB Rz 144; *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 14; *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>13</sup> (2017) 4/051; *Kreil*, *Arbeitsverhältnisse im Konzern: Probleme des Individualarbeitsrechts in verbundenen Unternehmen* (1996) 75 f.

nicht ausdrücklich zwingender Charakter zuerkannt wird.<sup>646</sup> Für die weiteren Ausführungen wird angenommen, dass die Gesellschafter des AGZ keine Regelungen im Innenverhältnis in Bezug auf den Abschluss bzw die Beendigung von Arbeitsverhältnissen getroffen haben.

#### 4.1 Die Geschäftsführung der GesbR

Der 2. Abschnitt des 27. Hauptstückes (§§ 1181 bis 1196 ABGB) regelt die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander. Den ErläutRV<sup>647</sup> zur GesbR-Reform ist zu entnehmen, dass im Laufe der Zeit durch die Lehre und Rechtsprechung eine gewisse Annäherung der GesbR an die damalige OHG stattfand. Daher war insb für den Bereich des Innenrechts eine Harmonisierung des neuen GesbR-Rechts mit dem Recht des UGB sinnvoll. Der 2. Abschnitt findet daher in weiten Teilen sein Vorbild in den §§ 108 bis 122 UGB, wobei umgekehrt zur Wahrung des Gleichklangs einige verbesserte Formulierungen auch in das OG-Recht übernommen wurden. Wo die fehlende Rechtspersönlichkeit der GesbR Unterschiede zum Recht der OG verlangt, werden auch abweichende Formulierungen im Gesetzestext verwendet.

§ 1189 Abs 1 ABGB legt für die GesbR fest, dass zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft **alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet** sind. Dadurch wird die Geschäftsführungsbefugnis allen Gesellschaftern zugeordnet aber noch keine Präzisierung im Hinblick auf die Einzel- oder Gesamtgeschäftsführungsbefugnis<sup>648</sup> vorgenommen. Daher ist eine Bestellung von Geschäftsführern rechtlich **nicht notwendig**.<sup>649</sup> Es wird die Geschäftsführung dem Innenverhältnis zugewiesen und betrifft das „*rechtliche Dürfen*“. Davon ist jedoch die Vertretung im Außenverhältnis,<sup>650</sup> das „*rechtlichen Können*“, zu trennen.<sup>651</sup>

Der Begriff Geschäftsführung ist weit zu verstehen. Umfasst sind alle Handlungen rechtlicher und faktischer Art, die der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks dienen. Mitumfasst sind dabei Rechtsgeschäfte ebenso wie tatsächliche Verrichtungen. Nicht dazu zählen aber ausschließlich der privaten Interessenverfolgung des geschäftsführungsbefugten Gesellschafters zuzuordnende Handlungen.<sup>652</sup> Zur Geschäftsführung zählen unterschiedliche Bereiche wie zB die Organisation und Planung der Tätigkeit der Gesellschaft, aber auch Entscheidungen, welche gewöhnlichen oder außergewöhnlichen Geschäfte<sup>653</sup> für die Gesellschaft vorgenommen werden

---

<sup>646</sup> Fritz/Klement in Fritz/Klement (Hrsg.), Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>2</sup> (2017) 76.

<sup>647</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 11 f.

<sup>648</sup> Dazu § 1190 ABGB.

<sup>649</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1189 Rz 3.

<sup>650</sup> Regelungen der Rechtsverhältnisse zu Dritten finden sich in den §§ 1197 f ABGB.

<sup>651</sup> Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 1189 Rz 6 mwN.

<sup>652</sup> Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 1189 ABGB Rz 4 mwN.

<sup>653</sup> Zur Differenzierung und den daraus resultierenden Rechtsfolgen siehe Teil E, Abschnitt 4.2.

sollen.<sup>654</sup> Nicht nur Rechtsgeschäfte zählen zur Geschäftsführung sondern auch tatsächliche Verrichtungen. Zur Geschäftsführung zählen daher auch die **Anstellung und Kündigung von Personal** ebenso wie die Unterweisung und Beaufsichtigung von Arbeitnehmern.<sup>655</sup> Von der Geschäftsführung sind jedoch sog „Grundlagengeschäfte“ abzugrenzen. Dabei handelt es sich einerseits um formelle Gesellschaftsvertragsänderungen, und andererseits um Geschäfte, die sich zwar grundsätzlich als Geschäftsführungsmaßnahme darstellen, in materieller Hinsicht aber auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrags hinauslaufen und damit die Grundlage der Gesellschaft ebenso tangieren. Der Gesellschaftsvertrag als „Verfassung“ der Gesellschaft stellt die Grenze der Geschäftsführung dar. Eine Änderung des Gesellschaftsvertrags ist den Gesellschaftern unabhängig von deren Geschäftsführungsbefugnis vorbehalten, wobei grundsätzlich dazu nur die Gesellschaftergesamtheit befugt ist.<sup>656</sup>

Mit § 1189 Abs 2 ABGB schaffte der Gesetzgeber eine Auslegungsregel sodass der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung einem einzelnen Gesellschafter bzw mehreren Gesellschaftern übertragen kann. Dies führt dazu, dass dadurch die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.<sup>657</sup> Während § 1189 Abs 3 ABGB den Sorgfaltsmaßstab für die geschäftsführenden Gesellschafter regelt, trifft Abs 4 S 1 leg cit die Regelung, dass die Führung der Geschäfte im Zweifelsfall nicht einem Dritten übertragen werden darf.<sup>658</sup> Daher ist die Geschäftsführung von den Gesellschaftern grundsätzlich persönlich wahrzunehmen, wobei bei entsprechender Regelung durch die Gesellschafter die Übertragung an Dritte allerdings zulässig<sup>659</sup> ist.<sup>660</sup>

Für den AGZ bedeutet das, dass der Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zur Geschäftsführung der GesbR zu zählen ist und daher alle Gesellschafter, mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung, dazu berechtigt und verpflichtet sind.

## 4.2 Umfang der Geschäftsführungsbefugnis

§ 1191 ABGB<sup>661</sup> sieht vor, dass sich die Befugnis zur Geschäftsführung auf alle Handlungen erstreckt, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb der Gesellschaft mit sich bringt (Abs 1), wobei

---

<sup>654</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1189 Rz 16.

<sup>655</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1189 Rz 21; Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1189 Rz 4; OGH 5 Ob 249/68 SZ 41/162.

<sup>656</sup> Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1189 Rz 7 mwN.

<sup>657</sup> Schurr in Schwimann/Neumayr, ABGB<sup>4</sup> § 1189 Rz 2.

<sup>658</sup> Schurr in Schwimann/Neumayr, ABGB<sup>4</sup> § 1189 Rz 3 f.

<sup>659</sup> § 1189 Abs 4 S 2 ABGB.

<sup>660</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1189 ABGB Rz 26.

<sup>661</sup> § 1191 ABGB entspricht mit geringen Modifikationen § 116 UGB (ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 14).

zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen (außergewöhnliche Geschäfte), grundsätzlich ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter erforderlich ist (Abs 2).

Zur Abgrenzung zwischen **gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften** ist auf die konkreten Verhältnisse der jeweiligen Gesellschaft abzustellen. Das kann dazu führen, dass das gleiche Geschäft bei einer GesbR dem gewöhnlichen, bei einer anderen dem außergewöhnlichen Geschäftsbereich zuzuordnen ist. Aber auch Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb im betreffenden Betrieb mit sich bringt, auch wenn diese nicht alltäglich, aber doch von Zeit zu Zeit zu erwarten sind, zählen zu den gewöhnlichen Geschäften. Erfasst wird demnach die laufende routinemäßige Geschäftstätigkeit. Im Gegenzug haben außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen Ausnahmecharakter und kommen in der betreffenden Gesellschaft nach Art und Umfang nicht häufig vor. Außergewöhnliche Geschäfte sind für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung.<sup>662</sup>

Zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb eines Unternehmens zählt beispielsweise der Abschluss und die Auflösung von Dienstverhältnissen.<sup>663</sup> Nach *Torggler/Kucsko*<sup>664</sup> kann dies allerdings nicht unbesehen verallgemeinert werden. Demnach ist die Kündigung der gesamten Belegschaft eine außergewöhnliche Maßnahme, ebenso wie die Einstellung oder Entlassung eines für den Betrieb entscheidenden Arbeitnehmers. Auch *Schauer*<sup>665</sup> differenziert beim Abschluss von Arbeitsverträgen nach dem Umfang der Gesellschaft. Beschäftigt die Gesellschaft dutzende oder hunderte Arbeitnehmer, so wird auch der Abschluss oder eben die Beendigung eines einzelnen Arbeitsverhältnisses zu den gewöhnlichen Geschäften gehören. SE stellt aber die Einstellung des ersten Arbeitnehmers eines Start-up-Unternehmens, in dem die Arbeit bislang von den beiden Gesellschaftern geleistet wurde, ein außergewöhnliches Geschäft dar. Es ist insb bei derartigen Verträgen auf die wirtschaftliche Tragweite abzustellen, etwa auf das Volumen eines Einzelauftrags oder langfristige Bindung bei Dauerschuldverhältnissen.<sup>666</sup> *Jabornegg/Artmann*<sup>667</sup> sehen hingegen jeglichen Abschluss und jegliche Auflösung von Arbeitsverhältnissen, wenn es sich dabei nicht um Massenkündigungen handelt, als gewöhnliche Geschäfte eines Betriebs.

---

<sup>662</sup> *Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1191 Rz 5 mwN.

<sup>663</sup> OGH 27.10.1959, 4 Ob 96/59.

<sup>664</sup> *Torggler/Kucsko in Straube*, HGB 1. Band<sup>3</sup> (2003) § 116 Rz 4.

<sup>665</sup> *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, GesellschaftsR<sup>2</sup> 2/465.

<sup>666</sup> *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), UGB I<sup>4</sup> § 116 Rz 22 (Stand 1.9.2016, rdb.at).

<sup>667</sup> *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB<sup>2</sup> Band 1 (2010) § 114 Rz 5.

Grundsätzlich ist der gemeinsame Gesellschaftszweck eines AGZ ua die Bündelung von Fachkräften sowie sollen weiters durch den Zusammenschluss Vollzeit Arbeitsplätze geschaffen werden. Daher ist schon aus dem Gesellschaftszweck des AGZ erkennbar, dass zu den laufenden und routinemäßigen Geschäftstätigkeiten der Abschluss von Arbeitsverträgen zählt, und es sich daher um **gewöhnliche Geschäfte** der GesbR handelt. Auch wenn man der Auffassung folgt, dass der erstmalige Abschluss eines Arbeitsvertrags uU ein außergewöhnliches Geschäft darstellt, so ist aber mE der klar definierte Gesellschaftszweck eines AGZ so stark ausgeprägt, dass auch ein erstmaliger Abschluss eines Arbeitsvertrags im AGZ durch den Gesellschaftszweck überlagert wird und somit eben auch in diesem Fall kein außergewöhnliches Geschäft vorliegt. Daher sind in einer AGZ-GesbR die Beendigung und der Abschluss von Arbeitsverträgen zur gewöhnlichen Geschäftsführung zu zählen, wozu jeder einzelne Gesellschafter befugt ist. Werden Abschluss und Beendigung von Dienstverhältnissen zu den gewöhnlichen Geschäften gezählt, müssen mE *argumentum a maiori ad minus* grundsätzlich alle das Arbeitsverhältnis betreffende Entscheidungen bzw Weisungen im AGZ den gewöhnlichen Geschäften zugeordnet werden und daher von der Einzelgeschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter erfasst sein.

### **4.3 Geschäftsführung durch mehrere Gesellschafter, Widerspruchsrecht**

Steht die Geschäftsführung nach § 1190 Abs 1 ABGB<sup>668</sup> allen oder mehreren Gesellschaftern zu, so ist im Rahmen der gewöhnlichen Geschäfte jeder von ihnen allein zu handeln berechtigt. Widerspricht jedoch ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so muss diese unterbleiben. Nach dem **Prinzip der Einzelgeschäftsführung** ist demnach jeder zur Geschäftsführung berufene Gesellschafter berechtigt die Geschäftsführung alleine und selbstverantwortlich auszuüben, soweit kein anderer geschäftsführender Gesellschafter widerspricht. Das Widerspruchsrecht ist damit die individuelle Mitwirkungsmöglichkeit der weiteren geschäftsführenden Gesellschafter im Rahmen der Einzelgeschäftsführungsbefugnis und bildet daher dazu ein Gegengewicht.<sup>669</sup>

#### **4.3.1 Grundlegendes zum Widerspruchsrecht**

§ 1190 Abs 1 HS 2 ABGB sieht vor, dass die Vornahme eine Handlung zu unterbleiben hat, wenn ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung widerspricht, und stellt damit die Einzelgeschäftsführung unter eine Bedingung.<sup>670</sup> Daraus

---

<sup>668</sup> Entspricht 115 UGB.

<sup>669</sup> Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1190 Rz 3.

<sup>670</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1190 Rz 12.

ergibt sich, dass das Widerspruchsrecht funktional der Geschäftsführung zugeordnet ist und nur den geschäftsführenden Gesellschaftern zuseht. Ein von der Geschäftsführung generell oder im Rahmen einer Ressortverteilung ausgeschlossener Gesellschafter ist nicht zum Widerspruch (in ressortfremden Angelegenheiten) berechtigt.<sup>671</sup> Das Widerspruchsrecht bezieht sich auf jene Maßnahmen, welche in den Bereich der gewöhnlichen Geschäftsführung fallen. Die Erhebung eines pauschalen Widerspruchs ist unwirksam, da ein solcher Widerspruch dem Entzug der Geschäftsführungsmöglichkeit gleichkäme. Der Widerspruch muss sich folglich auf eine konkrete Maßnahme beziehen. Der Widerspruch an sich ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit Zugang beim Adressaten wirksam wird, wobei auch ein konkludenter Widerspruch möglich ist<sup>672</sup>

#### **4.3.2 Informationspflicht gegenüber den Gesellschaftern**

Damit der Widerspruchsberechtigte überhaupt vom Widerspruchsrecht Gebrauch machen kann bedarf es über ausreichende Informationen über die Geschäftsführungsmaßnahme. Dadurch entsteht ein gewisses Spannungsverhältnis zur Einzelgeschäftsführung wonach die Mitgeschäftsführer gerade nicht über jede einzelne Handlung informiert sind und deren rasche Durchführungsmöglichkeit würde durch den mit der umfassenden Informationserteilung verbundenen Aufwand konterkariert.<sup>673</sup> Es ist im Einzelfall aufgrund einer Beurteilung der näheren Umstände zu entscheiden, ob eine Information geboten ist, wobei abstrakt grundsätzlich von einer Informationspflicht ausgegangen werden kann, wenn aufgrund der Bedeutung des Geschäfts ein Interesse der Mitgesellschafter anzunehmen ist. Ist mit einem Widerspruch zu rechnen, so ist weiters eine Informationspflicht anzunehmen. Das Interesse einer raschen und flexiblen Geschäftsführung ist zudem mit dem Informationsinteresse abzuwägen, wobei nicht dringliche Maßnahmen tendenziell für eine Informationserfordernis sprechen. Steht jedoch der Information Gefahr im Verzug entgegen, so besteht auch keine Informationspflicht.<sup>674</sup> Wird die Informationspflicht durch einen Gesellschafter verletzt, verliert der Gesellschafter zwar nicht die gegenständliche Geschäftsführungsbefugnis, doch

---

<sup>671</sup> Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1190 Rz 6.

<sup>672</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1190 Rz 13 f mwN; Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1190 Rz 8.

<sup>673</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1190 Rz 16 mwN; Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1190 ABGB Rz 12 mwN.

<sup>674</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1190 Rz 16 mwN; Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1190 ABGB Rz 12 mwN.



kann der Pflichtverstoß einerseits zur Rückgängigmachung der Geschäftsführung und andererseits zum Schadenersatz gegenüber der Gesellschaft verpflichtet.<sup>675</sup>

Im Hinblick auf die Einzelgeschäftsführungsbefugnis bzgl eines Arbeitsverhältnisses im AGZ ergibt sich daraus, dass bei einem Abschluss bzw jedenfalls bei einer Kündigung eine Informationspflicht gegenüber den Gesellschaftern besteht. Diese Informationspflicht ergibt sich aus der **objektiven Bedeutung** der Einstellung bzw Kündigung des Arbeitnehmers, da der Arbeitnehmer auch in den Betrieben der anderen Gesellschafter eingesetzt werden soll und daher ein Interesse der Mitgesellschafter besteht. Auch wird ein Abschluss bzw eine Kündigung eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich kein rasches Handeln (Bewerbungsgespräche, Kündigungsfristen) voraussetzen und auch schon daher für eine Informationspflicht sprechen.

Differenzierter könnte sich jedoch die Entlassung eines Arbeitnehmers hinsichtlich der Informationspflicht darstellen. Steht nämlich Gefahr im Verzug der Information entgegen, so besteht keine Informationspflicht. Der Unverzüglichkeitsgrundsatz<sup>676</sup>, wonach die vorzeitige Auflösung unverzüglich, sprich ohne schuldhaftes Verzögerung vorgenommen werden muss, da andernfalls das Entlassungsrecht untergeht,<sup>677</sup> könnte einen Fall von Gefahr im Verzug innerhalb der GesbR darstellen. Blickt man auf die Rechtsprechung, so scheint mE der Unverzüglichkeitsgrundsatz jedoch einer Informationspflicht **nicht entgegen zu stehen**. Denn ob eine Entlassung rechtzeitig oder verspätet vorgenommen wurde, lässt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falls richtig beurteilen. Die Unterlassung der sofortigen Geltendmachung eines Entlassungsgrundes führt dann nicht zur Verwirklichung des Entlassungsrechts, wenn das Zögern in der Sachlage begründet war (Einhaltung des Dienstweges).<sup>678</sup> Der Grundsatz der Unverzüglichkeit ist ua nach den Erfordernissen des Wirtschaftslebens und den Betriebsverhältnissen, insb der Organisationsform des Unternehmens, zu beurteilen, ohne dass es dabei hinsichtlich der Kenntniserlangung vom Entlassungsgrund und der rechtzeitigen Vornahme der Entlassung zu einer Begünstigung von Unternehmen mit komplizierter Organisationsform kommen darf.<sup>679</sup> Besteht keinerlei Notwendigkeit einer hierarchischen Befassung von Vorgesetzten, so ist eine Entlassung erst drei Arbeitstage nach Kenntnis aller relevanten Fakten verspätet.<sup>680</sup> Daher wird auch bei einer

---

<sup>675</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1190 Rz 16 mwN; Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1190 ABGB Rz 12 mwN.

<sup>676</sup> RIS-Justiz RS0031799.

<sup>677</sup> Kuderna, Das Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 13, 24

<sup>678</sup> OGH 9 ObA 212/94 Arb 11.343.

<sup>679</sup> RIS-Justiz RS0031789.

<sup>680</sup> OGH 7.11.2002, 8 ObA 212/02p.

Entlassung innerhalb einer GesbR **keine Gefahr im Verzug** vorliegen und daher auch bei einer Entlassung von einer Informationspflicht vor deren Ausspruch auszugehen sein.

### 4.3.3 Folgen des Widerspruchs

Wird ein Widerspruch erhoben, so muss laut den ErläutRV<sup>681</sup> die Geschäftsführungsmaßnahme, sofern sie erst geplant ist, unterbleiben, oder wenn sie bereits gesetzt wurde, rückgängig gemacht werden. Bei rein faktischen Maßnahmen ist dies im Allgemeinen möglich. Besteht die Geschäftsführungsmaßnahme hingegen im Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten - der Gesellschafter im eigenen Namen und als Vertreter der anderen Gesellschafter auftritt – ist die **Zustimmung des Dritten erforderlich**. Da sich die Wirksamkeit des Widerspruchs grundsätzlich nicht auf das Außenverhältnis erstreckt, bleiben bereits mit Dritten geschlossene Verträge wirksam.<sup>682</sup> Zudem ist nach hM ein pflichtwidriger Widerspruch unwirksam.<sup>683</sup> Als pflichtwidrig ist ein Widerspruch anzusehen, wenn er sachlich nicht gerechtfertigt ist und der Gesellschafter bei seiner Erhebung die ihm obliegende gesellschaftliche Sorgfaltspflicht verletzt, bzw durch Vernachlässigung der Interessen der Gesellschaft und Voranstellung seiner eigenen Interessen gegen die gesellschaftliche Treuepflicht verstößt. Pflichtwidrig ist ein Widerspruch insb dann, wenn die Maßnahme im Gesellschaftsinteresse offensichtlich erforderlich ist.<sup>684</sup>

Widerspricht ein Gesellschafter der AGZ-GesbR dem Abschluss eines Arbeitsvertrags so hat der Abschluss zu unterbleiben. Wurde aber erst nach Abschluss des Arbeitsvertrags ein Widerspruch erhoben, so kann der Abschluss des Arbeitsvertrags nur dann rückgängig gemacht werden, wenn der Arbeitnehmer dem zustimmt. Jedoch bleibt das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufrecht, da sich das Widerspruchsrecht nur auf das Innenverhältnis der Gesellschafter bezieht. Auch wenn der Widerspruch dem Arbeitnehmer mitgeteilt wurde, entsteht dadurch keine Außenwirkung, da damit das Risiko der Beurteilung der Wirksamkeit des Widerspruchs dem Arbeitnehmer übertragen würde, was mit vertretungsrechtlichem Vertrauensschutz unvereinbar wäre.<sup>685</sup>

Die Zustimmung des Dritten, scheint mE jedoch im Arbeitsverhältnis nicht uneingeschränkt anwendbar. Wurde mit einem Arbeitnehmer der AGZ-GesbR ein Arbeitsverhältnis auf Probe<sup>686</sup>

---

<sup>681</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 14.

<sup>682</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1190 Rz 24 mwN.

<sup>683</sup> Statt vieler Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1190 Rz 21 mwN.

<sup>684</sup> OGH 3 Ob 175/01h SZ 2002/119.

<sup>685</sup> Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup> § 115 Rz 34 mwN.

<sup>686</sup> § 1158 ABGB bzw § 19 AngG.

eingegangen so kann dies innerhalb einer Höchstdauer von einem Monat von jedem Vertragsteil gelöst werden. Dabei handelt es sich bei der Lösungsmöglichkeit eines Probendienstverhältnisses um eine **Auflösungsmöglichkeit besonderer Art**, die einer Kündigung, Entlassung oder einem Austritt nicht gleichzuhalten ist. Wesensmerkmal des Dienstverhältnisses auf Probe ist, dass es von jedem Vertragsteil jederzeit ohne Einhaltung von Fristen und Terminen ohne Vorliegen von Gründen gelöst werden kann.<sup>687</sup> Aufgrund der jederzeitigen freien Lösbarkeit des Dienstverhältnisses auf Probe sowie der Qualifikation als Auflösungsmöglichkeit eigener Art kann hier mE der Grundsatz der Zustimmung des Dritten, im angesprochenen Fall des Arbeitnehmers, unterbleiben. Es bedarf daher in diesem eingeschränkten Fall auch bei Widerspruch eines Gesellschafters **keiner Zustimmung des Arbeitnehmers bei Auflösung innerhalb des Probendienstverhältnisses**. Erhebt hingegen ein Gesellschafters Widerspruch gegen zB die Kündigung eines Arbeitnehmers der AGZ-GesbR so kann die Kündigung nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers widerrufen werden. Abseits der Rechtsfolgen des Widerspruches gegenüber Dritten gem § 1190 ABGB kann eine Kündigung grundsätzlich nicht einseitig widerrufen<sup>688</sup> werden und Bedarf unabhängig gesellschaftsrechtlicher Regelungen der Zustimmung des Arbeitnehmers.

Im Innenverhältnis kann das pflichtwidrige Handeln entgegen eines wirksamen Widerspruchs eine Schadenersatzpflicht begründen sowie einen wichtigen Grund iSd §§ 1193<sup>689</sup>, 1198<sup>690</sup>, 1210<sup>691</sup> und 1213<sup>692</sup> ABGB darstellen.<sup>693</sup>

#### **4.4 Rechtsverhältnisse zu Dritten**

In den §§ 1197 – 1200 ABGB finden sich die Bestimmungen der GesbR betreffend Rechtsverhältnisse zu Dritten. Hierbei werden Regelungen zur Vertretung der Gesellschaft, der Entziehung der Vertretungsmacht, der Haftung der Gesellschaft und zu Einwendungen der Gesellschafter normiert, worauf sogleich im Hinblick auf den AGZ näher einzugehen ist.

##### **4.4.1 Gleichlang von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis**

Grundsätzlich sind Vertretungshandlungen im Rahmen der GesbR nur dann relevant, wenn die GesbR bzw die Gesellschafter als Gruppe im Rechtsverkehr in Erscheinung treten. Der

---

<sup>687</sup> OGH 9 ObA 141/90 Arb 10.872.

<sup>688</sup> RIS-Justiz RS0028298.

<sup>689</sup> Entziehung und Kündigung der Geschäftsführungsbefugnis.

<sup>690</sup> Entziehung der Vertretungsmacht.

<sup>691</sup> Auflösung der Gesellschaft.

<sup>692</sup> Ausschluss des Gesellschafters statt Auflösung.

<sup>693</sup> Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1190 Rz 26.

Gesetzgeber knüpft daher die Regelungen zur Vertretungsmacht an das Vorliegen einer Außengesellschaft. Liegt lediglich eine Innengesellschaft vor, so verbietet sich die Annahme einer von den Gesellschaftern eingeräumten Vollmacht.<sup>694</sup> § 1197 ABGB stellt die spiegelbildliche Vorschrift zu § 1189 ABGB dar, da sie die Vertretung der GesbR im Außenverhältnis regelt. § 1189 ABGB hingegen normiert die Geschäftsführung im Innenverhältnis.<sup>695</sup> Wie in Teil E, Abschnitt 2.3 dargestellt, handelt es sich bei einer AGZ-GesbR um eine Außengesellschaft.

§ 1197 Abs 1 ABGB sieht vor, dass sich die Befugnis zur Vertretung aller Gesellschafter, wenn gesellschaftsvertraglich nicht anders geregelt, in Gesellschaftsangelegenheiten mit der Befugnis zu Geschäftsführung deckt. Schließt daher ein einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten ab, so ist diese Handlung im **Außenverhältnis als Akt der Vertretung** und im **Innenverhältnis als Geschäftsführungshandlung** zu qualifizieren.<sup>696</sup>

Wie in Teil E, Abschnitt 4.2 ausgeführt, handelt es sich beim Abschluss und bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses um eine gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme, zu der gem § 1190 Abs 1 ABGB jeder einzelne Gesellschafter berechtigt ist. Es besitzen aber im Bereich der gewöhnlichen Geschäftsführung die übrigen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter bei einer Einzelgeschäftsführungsbefugnis ein Widerspruchsrecht. Insofern kommt auch jedem Gesellschafter Einzelvertretungsmacht zu.<sup>697</sup> Erfolgt ein solcher Widerspruch erst nach Vornahme einer Vertretungshandlung, so entstehen dadurch keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vertretung, den übrigen Gesellschaftern stehen aber jedenfalls Ersatzansprüche und ggf ein Abberufungsrecht zu, sofern das Handeln des Gesellschafters treuwidrig war.<sup>698</sup>

Das Fehlen einer gesetzlichen Formvollmacht und die Abhängigkeit der Vertretungsbefugnis von der Geschäftsführungsbefugnis führen letztlich hinsichtlich des Schutzes Dritter dazu, dass lediglich die **zivilrechtlichen Verkehrsschutzregeln** des Stellvertretungsrechts greifen. Dabei handelt es sich einerseits um eine Duldungs- bzw Anscheinsvollmacht und andererseits um die

---

<sup>694</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1197 Rz 14 mwN.

<sup>695</sup> Schurr in Schwimann/Neumayr, ABGB<sup>4</sup> § 1197 ABGB Rz 1.

<sup>696</sup> Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1197 ABGB Rz 9.

<sup>697</sup> Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1197 ABGB Rz 9.

<sup>698</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 16.

Sanierung des vollmachtlosen Handelns durch nachträgliche Genehmigung bzw. Vorteilszuwendung (§ 1016 ABGB).

Nimmt daher ein Gesellschafter der AGZ-GesbR seine Einzelgeschäftsführungsbefugnis wahr und schließt einen Arbeitsvertrag ab, so werden aufgrund der gesetzlichen Einzelvertretungsbefugnis auch die restlichen Gesellschafter der AGZ-GesbR Arbeitgeber des Arbeitnehmers. Für das Rechtsverhältnis der einzelnen Gesellschafter zum Arbeitnehmer ist ein etwaiger Widerspruch rechtlich unerheblich. Die Gesellschafter sind gegenüber dem handelnden Gesellschafter nur auf Sanktionen im Zuge des Innenverhältnis untereinander beschränkt. Auch wenn ein Widerspruch vor dem Abschluss des Arbeitsvertrags vorliegt, so wird der Arbeitnehmer grundsätzlich keine Kenntnis über den Widerspruch haben und daher jedenfalls eine Anscheinsvollmacht<sup>699</sup> vorliegen. Bewirbt sich aber ein Arbeitnehmer bei einer AGZ-GesbR, ein Gesellschafter schließt mit dem Bewerber einen Arbeitsvertrag ab und ein anderer Gesellschafter teilt dem Arbeitnehmer mit, nicht am Abschluss eines Arbeitsvertrags interessiert zu sein, so stellt sich die Frage, ob durch die widersprüchlichen Aussagen der Gesellschafter nun ein Arbeitsvertrag mit allen Gesellschaftern der AGZ-GesbR zustande gekommen ist oder nicht.

Handeln zwei selbständig vertretungsberechtigte Gesellschafter zeitlich nacheinander, so wird die Gesellschaft durch die Tätigkeit **des zuerst Handelnden** berechtigt und verpflichtet. Der später Handelnde kann die so entstandene Rechtslage nicht rückwirkend aufheben, sondern nur durch eine neue Handlung, etwa durch Kündigung oder durch den Abschluss eines neuen Vertrags, ändern. Bei gleichzeitig ablaufenden, sich einander widersprechenden Handlungen (zB der eine Gesellschafter lehnt ein Anbot ab, der andere nimmt es an), liegt grundsätzlich keine wirksame Erklärung der Gesellschaft vor.<sup>700</sup> Hat zB ein einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter einen Arbeitnehmer entlassen, so kann der andere einzelvertretungsberechtigte Gesellschafter mit dem Entlassenen ein neues Rechtsverhältnis begründen, als ob die einseitige Auflösungserklärung nie ausgesprochen worden wäre<sup>701</sup>

---

<sup>699</sup> Um eine Anscheinsvollmacht anzunehmen, bedarf es a) eines Vertrauenstatbestandes, b) eines gutgläubigen Vertrauens auf den Anschein durch denjenigen, in dessen Namen gehandelt wurde und c) eines gutgläubigen Vertrauens auf den Anschein durch den Dritten. Dabei ist wesentlich, dass das den Anschein begründende Verhalten dem Dritten bereits bei Abschluss des Rechtsgeschäfts bekannt sein muss, da bei fehlender Vollmacht nur ein konkretes Vertrauen Schutz verdient; OLG Wien 7 Ra 103/17v = ARD 6637/9/2019 (*Lindmayr*).

<sup>700</sup> So schon OGH 4 Ob 85/65 = SZ 38/154; RIS-Justiz RS0062160.

<sup>701</sup> OGH 4 Ob 66/82 DRdA 1984, 460 (*Schauer*) = Arb 10.142.

#### 4.4.2 Sonderregelungen für unternehmerisch tätige GesbR

§ 1197 Abs 2 ABGB<sup>702</sup> trifft für unternehmerisch tätige GesbR eine Sonderregelung. S 1 leg cit sieht bei unternehmerisch tätigen Außengesellschaften vor, dass alle Gesellschafter aus dem Handeln eines Gesellschafters im Namen der Gesellschaft auch dann berechtigt und verpflichtet werden, wenn dieser Gesellschafter nicht, nicht allein, oder nur beschränkt vertretungsbefugt wären und der Dritte den Mangel der Vertretungsbefugnis weder kannte, noch kennen musste. Dasselbe gilt nach S 2 leg cit für nicht unternehmerisch tätige Außengesellschaften, wenn sich die Gesellschafter als Unternehmer an der Gesellschaft beteiligen.

Hinsichtlich des Kriteriums der unternehmerischen Tätigkeit verweist die Literatur<sup>703</sup> auf das UGB, wobei es in Zusammenhang mit der ersten Variante um eine Tätigkeit iSd § 1 Abs 2 UGB geht, während für die zweite Variante auch eine Unternehmereigenschaft nach § 2 oder § 3 UGB ausreicht.<sup>704</sup> Nach § 1 Abs 2 UGB ist unter einem Unternehmen jede **auf Dauer** angelegte Organisation **selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit** zu verstehen, mag sie **auch nicht auf Gewinn** gerichtet sein. Das Kriterium der Dauer bezieht sich nicht so sehr auf die tatsächliche Dauer, als auf die Planmäßigkeit des unternehmerischen Handelns im Gegensatz zu einer gelegentlichen Wahrnehmung von Geschäftsmöglichkeiten. Vielmehr können auch kurzzeitige, unterbrochene oder befristete Tätigkeiten eine unternehmerische Tätigkeit darstellen (Saisongeschäfte).<sup>705</sup>

Das Tatbestandsmerkmal der Organisation hängt mit dem Element der Dauerhaftigkeit zusammen, wobei eine Organisation als „*ein von einer Personengruppe gebildetes Aktions- und Handlungssystem mit dem Zweck fortgesetzter Verfolgung eines relativ genau umschriebenen Ziels unter rationalem Einsatz zweckdienlicher Mittel*“ beschrieben wird.<sup>706</sup> Jedenfalls ist nach eindeutigem Wortlaut des Gesetzes eine Gewinnerzielungsabsicht als Tatbestandsmerkmal nicht erforderlich.<sup>707</sup> Das Tatbestandsmerkmal der Selbständigkeit dient zur Abgrenzung der unternehmerischen Tätigkeit von Dienstverhältnissen.<sup>708</sup> ME ist eine AGZ-GesbR eine auf Dauer angelegte Organisation selbständiger Tätigkeit, die nicht auf Gewinn gerichtet ist. Fraglich ist jedoch, ob die GesbR auch eine **wirtschaftliche Tätigkeit** entfaltet. § 1 Abs 2 UGB verlangt als Grundlage des Unternehmens eine „wirtschaftliche Tätigkeit“, welche auch das

---

<sup>702</sup> Entspricht weitgehend der Regelung des § 178 UGB.

<sup>703</sup> Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1197 Rz 16 FN 72.

<sup>704</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1197 ABGB Rz 30.

<sup>705</sup> Straube/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup> § 1 Rz 71 f mwN.

<sup>706</sup> Straube/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup> § 1 Rz 75 mwN.

<sup>707</sup> Straube/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup> § 1 Rz 78 mwN.

<sup>708</sup> Straube/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup> § 1 Rz 67 mwN.

zentrale Tatbestandsmerkmal darstellt.<sup>709</sup> Die ErläutRV führen dazu aus, dass die Bestimmung jener des § 1 Abs 2 Satz 1 KSchG entspricht, sodass das Verständnis unschwer auf die von der Lehre und Rechtsprechung dazu entwickelnden Grundsätze und Beiträge gestützt werden kann. Eine auf Dauer angelegte Organisation selbständiger, wirtschaftlicher Tätigkeiten liegt daher vor, wenn planmäßig unter zweckdienlichem Einsatz materieller und immaterieller Mittel, in der Regel unter Mitwirkung einer arbeitsteilig kooperierenden Personengruppe, auf **einem Markt** laufend **wirtschaftlich werthafte Leistungen** gegen Entgelt angeboten und erbracht werden. Die Gewinnorientierung stellt keine zwingende Voraussetzung für professionelles Auftreten im Geschäftsverkehr dar. Die Finanzierung kann auch über andere Quellen (zB Subventionen, Spenden, Mitgliedbeiträge) erfolgen. Daher können auch Non-profit-Organisationen Unternehmen iSd Abs 2 betreiben.<sup>710</sup>

Erwerben Organisationen (zB Vereine) Leistungen, um sie unter ihren Mitgliedern zu vertreiben (sog „innerer Markt“), so ist zu unterscheiden, ob es sich dabei um eine kleine Organisation mit größerer persönlicher Verbundenheit handelt und die Deckung des gemeinsamen Bedarfs im Vordergrund steht. Solche Organisationen werden keine „wirtschaftliche Tätigkeit“ iSd § 1 Abs 2 UGB ausüben. Anders ist es hingegen bei großen Organisationen mit geringerer Bindung, die in größerem Ausmaß Leistungen vertreiben.<sup>711</sup> Richtet sich eine Person nur an Familienmitglieder, Arbeitnehmer, Konzernunternehmen oder dergleichen, handelt es sich bei dieser nicht um einen Unternehmer. Dasselbe gilt auch für Leistungen, die *causa societatis* an Mitglieder erbracht werden, nicht aber jedoch, wenn das Mitgliedsverhältnis nach seinem Gesamtbild einem Leistungsverhältnis entspricht.<sup>712</sup>

Auch im Bericht des Justizausschusses<sup>713</sup> zum Handelsrechts-Änderungsgesetz wird speziell auf die Unternehmenseigenschaft von Vereinen eingegangen und grundsätzlich auf die Bestimmung des § 1 Abs 5 KSchG verwiesen, was das Verhältnis zwischen Verein und seinen Mitgliedern angeht. Im Übrigen wird es aber für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft eines Vereins im Innenverhältnis darauf ankommen, ob der Verein ihnen gegenüber wirtschaftlich relevante Tätigkeiten entfaltet und dafür auf Dauer organisatorisch eingerichtet ist.

---

<sup>709</sup> *Straube/Ratka/Jost* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 1 Rz 58 mwN.

<sup>710</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 19.

<sup>711</sup> *Straube/Ratka/Jost* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 1 Rz 62 mwN.

<sup>712</sup> *Suesserott/Torggler* in *Torggler* (Hrsg), UGB<sup>3</sup> (2019) § 1 Rz 15.

<sup>713</sup> JAB 1078 BlgNR 22. GP 4.

ME liegt nun der Schluss nahe, dass eine AGZ-GesbR iSd § 1197 Abs 2 S 1 ABGB als unternehmerisch tätige Außengesellschaft zu qualifizieren ist. Mangels Rechtsfähigkeit der GesbR kann diese jedoch selbst nicht Träger des Unternehmens, sondern können lediglich die Gesellschafter in ihrem Zusammenwirken sein. Daher muss die Tätigkeit, zu der sich die Gesellschafter zusammenschließen, eine unternehmerische sein.<sup>714</sup> Auch wenn sich die Leistung der AGZ-GesbR nur auf die Mitgliedsbetriebe (innerer Markt) bezieht, stellt dieser Umstand keinen Ausschluss der Unternehmenseigenschaft dar, da die Größe oder Vielfältigkeit des Marktes nicht entscheiden ist.<sup>715</sup> Die wirtschaftliche Tätigkeit der AGZ-GesbR ergibt sich mE daraus, dass die GesbR ihren Mitgliedern Leistungen, sprich Arbeitskräfte anbietet, bzw die Rekrutierung dieser für die einzelnen Mitgliedbetriebe übernimmt.

Wird hingegen davon ausgegangen, dass eine AGZ-GesbR keine unternehmerisch tätige Außengesellschaft iSd § 1197 Abs 2 S 1 ABGB darstellt, so ist mE aber jedenfalls § 1197 Abs 2 S 2 ABGB einschlägig. Nach diesem werden auch wie bei S 1 leg cit aus dem Handeln eines Gesellschafters im Namen der Gesellschaft auch dann alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, wenn zwar eine nicht unternehmerisch tätige Außengesellschaft vorliegt, aber sich die Gesellschafter als Unternehmer an der Gesellschaft beteiligen. Laut den ErläutRV<sup>716</sup> war eine Ausweitung der Regelung überdies in Bezug auf solche GesbR angebracht, die zwar – zB weil sie nicht „auf Dauer angelegt“ sind, wie etwa Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft – selbst nicht als Unternehmer zu qualifizieren sind, sich aber aus Unternehmern zusammensetzen und unternehmerische Ziele verfolgen. Ferner wird aber zu verlangen sein, dass die Beteiligung funktional mit dem Betrieb ihres Unternehmens verknüpft ist, wobei es jedoch nicht darauf ankommt, ob zwischen den Unternehmen der Gesellschaft eine über die Beteiligung an der Gesellschaft hinausgehende rechtliche oder wirtschaftliche Beziehung besteht. Weiters ist es unerheblich, ob die Gesellschafter im Firmenbuch eingetragen sind, oder ob die Gesellschafter in derselben Branche tätig sind.<sup>717</sup>

Da sich eine AGZ-GesbR zwangsläufig aus Unternehmen zusammensetzt, die ihren fragmentierten Personalaufwand bündeln sind die Gesellschafter als Unternehmen zu klassifizieren. Auch wenn in den ErläutRV speziell nur die ARGE aufgezählt werden, so sind mE aber auch AGZ-GesbR vom Wortlaut des § 1197 Abs 2 S 2 ABGB erfasst. Somit sind auch

---

<sup>714</sup> *Kalls/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesellschaftsR<sup>2</sup> 2/151.

<sup>715</sup> *Straube/Ratka/Jost* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 1 Rz 61 mwN.

<sup>716</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 17.

<sup>717</sup> *Kalss/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesellschaftsR<sup>2</sup> 2/150.



AGZ-GesbR jedenfalls aufgrund dieses Tatbestands von der Anordnung der Folgen eines gesetzlichen Rechtsscheins<sup>718</sup> des Abs 2 leg cit erfasst.

#### 4.4.3 Haftung der Gesellschafter

Nach § 1199 ABGB haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten gegenüber Dritten, wenn mit diesen nichts anderes vereinbart wurde (Abs 1) bzw aus Rechtsgeschäften, die ein Gesellschafter auf Rechnung der Gesellschaft, aber im eigenen Namen abschließt, wird dieser allein dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet (Abs 2).

§ 1199 Abs 1 ABGB gilt für alle Außengesellschaften, unabhängig davon, ob die Gesellschaft unternehmerisch oder nichtunternehmerisch tätig ist. Erfasst sind dabei alle gesellschaftsbezogenen Verbindlichkeiten, daher all jene, die dem Betreib der Gesellschaft zuzuordnen sind und gegenüber Dritten bestehen, wobei der Rechtsgrund des Anspruchs gleichgültig ist.<sup>719</sup> Für die Haftung wird die Anordnung einer Haftung „als Gesamtschuldner“ normiert, wobei die Gesellschaftsgläubiger die Erfüllung der gesamten Schuld nach eigener Wahl von jedem Gesellschafter nur einmal verlangen. Dies entspricht der Haftung zur **ungeteilten Hand** iSd §§ 891, 893 und 896 ABGB.<sup>720</sup> Daher kann ein Gesellschaftsgläubiger für die Erfüllung der Verbindlichkeit alle, mehrere oder auch nur einen Gesellschafter in Anspruch nehmen, wobei sich der Innenregress zwischen den GesbR-Gesellschaftern nach dem Gesellschaftervertrag richtet. In Ermangelung einer Regelung bzw im Zweifel haften alle Gesellschafter **zu gleichen Teilen**.<sup>721</sup> § 1199 Abs 1 ABGB stellt daher eine Abweichung von § 889 ABGB<sup>722</sup> dar. Daraus ergibt sich eine Bedeutung für Geldschulden und sonstige teilbare Verbindlichkeiten.<sup>723</sup> Grundsätzlich ist für die Teilbarkeit nicht die Teilbarkeit der Sache selbst, sondern die rechtliche Teilbarkeit der geschuldeten bzw geforderten Leistung entscheidend. Die Teilbarkeit richtet sich aber nach dem Willen der Parteien, sodass Teilbarkeit vorliegt, wenn die Parteien den Vertrag auch über einen Teil für entsprechend geringere Gegenleistung unter sonst gleichen Bedingungen geschlossen hätten. Teilbar sind daher idR bspw Ansprüche auf Geld, gleichartige Mengensachen und vertretbare, quantitativ bestimmt

---

<sup>718</sup> Wartsch in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1197 Rz 10 mwN.

<sup>719</sup> Kalss/Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, GesellschaftsR<sup>2</sup> 2/168 f.

<sup>720</sup> Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1199 Rz 10 mwN.

<sup>721</sup> Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>6</sup> § 1199 Rz 1.

<sup>722</sup> „Außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen haftet also aus mehreren Mitschuldern einer teilbaren Sache jeder nur für seinen Anteil, und ebenso muss von mehreren Mitgenossen einer teilbaren Sache jeder sich mit dem ihm gebührenden Teile begnügen.“

<sup>723</sup> Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1199 Rz 17.

Arbeitsleistungen.<sup>724</sup> Auch wenn Arbeitsleistungen rechtlich teilbar sind, so hat § 1199 ABGB als *lex specialis* zur Folge, dass der Arbeitnehmer für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis grundsätzlich **alle Gesellschafter der AGZ-GesbR** in Anspruch nehmen kann – unabhängig von der Teilbarkeit des Anspruchs. Allerdings stellt § 1199 Abs 1 ABGB eine dispositive Regelung dar, sodass mit dem Gesellschaftsgläubiger die bloße Teilschuldnerschaft der Gesellschafter vereinbart werden kann.<sup>725</sup> Interne Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander entfalten jedoch keine Wirkung im Außenverhältnis.<sup>726</sup> Eine derartige Regelung muss mit dem Gesellschaftsgläubiger individuell abgesprochen werden; eine Regelung in den AGBs zB wird hierfür als nicht ausreichend bzw gröblich benachteiligend angesehen.<sup>727</sup>

## 5 Zusammenfassung und eigene Meinung

Eine GesbR kann nach zutreffender hA mangels eigener Rechtspersönlichkeit von vornherein nicht Arbeitgeber sein. Arbeitgeber sind diesfalls nur die einzelnen Gesellschafter, die im eigenen Namen Arbeitgeberfunktionen ausüben. Im Endeffekt wird daher aus dem AGZ eine **Mehrzahl von Arbeitgebern, die ein einziges Arbeitsverhältnis** abschließen. Der Abschluss und die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zählt dabei zu den gewöhnlichen Geschäften einer AGZ-GesbR und berechtigt jeden Gesellschafter zur Einzelgeschäftsführung, wobei den anderen Gesellschaftern ein Widerspruchsrecht zukommt. Beim Abschluss bzw der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses trifft den einzelgeschäftsführenden Gesellschafter jedoch eine **Informationspflicht**, da derartiges rechtsgeschäftliches Handeln im Interesse der Mitgesellschafter liegt und es sich dabei um eine nicht dringliche Maßnahme handelt. Widerspricht daher ein Gesellschafter des AGZ dem Abschluss eines Arbeitsvertrags, so hat der Abschluss zu unterbleiben. Wurde aber nach Abschluss des Arbeitsvertrags ein Widerspruch erhoben, so kann der Abschluss des Arbeitsvertrags nur dann rückgängig gemacht werden, wenn **der Arbeitnehmer dem zustimmt**. Wurde mit dem Arbeitnehmer ein Probendienstverhältnis geschlossen, so kann mE das Dienstverhältnis in der Probezeit auch ohne Zustimmung des Arbeitnehmers gelöst werden. Allerdings bleibt das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufrecht, da sich das Widerspruchsrecht nur auf das Innenverhältnis der Gesellschafter bezieht. Nimmt nun ein Gesellschafter des AGZ seine Einzelgeschäftsführungsbefugnis wahr und schließt einen Arbeitsvertrag ab, so werden aufgrund der gesetzlichen Einzelvertretungsbefugnis auch die **restlichen Gesellschafter** des

---

<sup>724</sup> Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 889 ABGB Rz 3 ff mwN.

<sup>725</sup> Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>6</sup> § 1199 Rz 3.

<sup>726</sup> Warty in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1199 Rz 4 mwN.

<sup>727</sup> Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 1199 Rz 16 mwN.

AGZ Arbeitgeber des Arbeitnehmers. Die Gesellschafter haften dem Arbeitgeber für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, auch wenn von einer Teilbarkeit der Arbeitsleistung ausgegangen wird, als **Gesamtschuldner** iSd § 1199 Abs 1 ABGB.

Abschließend lässt sich festhalten, dass, auch wenn der Gesellschaftsvertrag über die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschafter gegenüber Arbeitnehmern im Innenverhältnis keine Regelungen beinhaltet, die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1175 ff ABGB als ausreichend angesehen werden können. Wird ein Blick auf die ErläutRV zum GesbR-Reformgesetz<sup>728</sup> geworfen, so zeigt sich, dass grundsätzlich nicht von einer Anstellung von Arbeitnehmern in einer GesbR ausgegangen wurde, da sich in 26 Seiten keine Bemerkungen dahingehend finden. Eine Möglichkeit ist auch, dass schlichtweg davon ausgegangen wurde, mit den Bestimmungen des 27. Hauptstückes des ABGB das Auslangen zu finden.

Will eine GesbR aber als Arbeitgeber auftreten, so scheint es, um möglichen Konflikten entgegenzuwirken, unumgänglich, klare Regelungen im Innenverhältnis in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Der Großteil der Bestimmungen der GesbR stellt dispositives Recht dar, wonach den Gesellschaftern ein größtmöglicher Spielraum zur Regelung von Arbeitgeberfunktionen zukommt. Schließlich scheint es zweckmäßig, einen Gesellschafter als alleinigen Vertreter der AGZ-GesbR gegenüber dem Arbeitnehmer festzulegen. Den anderen AGZ-GesbR-Gesellschaftern kann gegenüber dem Arbeitnehmer des AGZ insoweit eine Weisungsbefugnis übertragen werden, als dass die Arbeitsleistung im Mitgliedsbetrieb des jeweiligen Gesellschafter betroffen ist. Dadurch würde auch das Konstrukt mehrerer Arbeitgeber, die ein gemeinsames Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer abschließen, an ein Arbeitsverhältnis mit zwei Vertragspartnern angeglichen.

Mit der Novelle des Landarbeitsgesetzes wurde zudem ab 1.7.2021 die Möglichkeit zur Gründung von land- und forstwirtschaftlichen AGZ ermöglicht. Dabei wurden auch spezielle Regelungen für land- und forstwirtschaftlichen AGZ als GesbR getroffen, die in Teil F dargestellt werden.

---

<sup>728</sup> ErläutRV 270 B1gNR 25. GP.

# Teil F - Land- und forstwirtschaftliche Arbeitgeberzusammenschlüsse

## 1 Gesetzeswerdungsprozess

Im Regierungsprogramm 2020-2024<sup>729</sup> zwischen der neuen Volkspartei und den Grünen findet sich im Kapitel „Landwirtschaft, Tierschutz und ländlicher Raum“ unter der Überschrift „Existenz der bäuerlichen Landwirtschaft absichern“ der Punkt *„Schaffung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitgeberzusammenschlüssen, um Synergien (beispielsweise gemeinsame Beschäftigung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern) bestmöglich zu nutzen“*. Es finden sich aber dort keine weiteren Ausführungen dazu, weder über den angestrebten Zeitrahmen noch über inhaltliche Bestrebungen zur Umsetzung.

Durch die Novellierung<sup>730</sup> des B-VG fällt das Landarbeitsrecht seit 1.1.2020 nicht mehr unter Art 12 B-VG<sup>731</sup>, sondern unter Art 11 B-VG und somit nunmehr in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes.<sup>732</sup> Grund für die Kompetenzänderung waren die unterschiedlichen Bestimmungen für Arbeitnehmer in der Land- und Forstwirtschaft in den jeweiligen Ausführungsgesetzen (Landarbeitsordnungen) die nach den ErläutRV<sup>733</sup> nicht mehr zu rechtfertigen waren. Daher wurde ein neues Landarbeitsrecht notwendig, jedoch fanden sich im Ministerialentwurf von 9.7.2020 noch keinerlei Regelungen zu den geplanten land- und forstwirtschaftlichen AGZ.

In der nur kurz darauf eingebrachten Regierungsvorlage<sup>734</sup> vom 3.3.2021 zum Landarbeitsgesetz (LAG) fanden sich dann in Abschnitt 25, §§ 415-220 Bestimmungen für AGZ in der Land- und Forstwirtschaft. Im Zuge der Nationalratssitzung wurden dann noch Änderungen der Regierungsvorlage beschlossen, auf die in der weiteren Darstellung der einzelnen Bestimmungen näher eingegangen wird. Im Folgenden werden die mit 1.7.2021 in Kraft tretenden Bestimmungen des „neuen“ LAG<sup>735</sup> hinsichtlich der Bestimmungen der land- und forstwirtschaftlichen AGZ näher dargestellt.

---

<sup>729</sup> Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024 107.

<sup>730</sup> BGBl 2019/14.

<sup>731</sup> Grundsatzgesetzgebung Bund – Ausführungsgesetze und Vollziehung Länder.

<sup>732</sup> Gesetzgebung Bund – Vollziehung Länder.

<sup>733</sup> 36/ME 27. GP Erläut 1.

<sup>734</sup> RV 687 BlgNR 27. GP.

<sup>735</sup> BGBl I 2021/78.

## 2 §§ 415-420 LAG: Land- und forstwirtschaftliche Arbeitgeberzusammenschlüsse<sup>736</sup>

### 2.1 Übersicht

Die Bestimmungen für land- und forstwirtschaftliche AGZ (kurz „lf AGZ“) lassen sich überblicksmäßig in **vier Themenbereiche** untergliedern:

- Der erste Bereich, „allgemeine Regelungen“, enthält eine Definition des lf AGZ und legt die Gründungsvoraussetzungen für diesen fest.
- In einem weiteren Abschnitt werden spezielle Sonderregelungen für lf AGZ in der Rechtsform einer GesbR festgelegt, welche als Klein-AGZ definiert sind.
- Im dritten wesentlichen Regelungsbereich werden gemeinsame Bestimmungen für lf AGZ bzw Klein-AGZ zur Feststellung des Entgelts bzw des anzuwendenden Kollektivvertrags getroffen.
- Abschließend finden sich noch Bestimmungen, die den Schutznormen der Arbeitskräfteüberlassung nachgebildet sind und insb Regelungen bzgl Gleichbehandlung und Arbeitnehmerschutz enthalten.

### 2.2 Ausnahme des lf AGZ von der Anwendung der Gewerbeordnung

§ 4 LAG definiert Betriebe der Land- und Forstwirtschaft, welche dem Geltungsbereich des LAG unterliegen. Der neu eingeführte Abs 6 leg cit sieht vor, dass als Betriebe der Land- und Forstwirtschaft auch AGZ iSd Abschnitts 25 gelten. Aus den ErläutRV<sup>737</sup> ergibt sich, dass mit dieser Bestimmung klargestellt wird, dass damit die Gewerbeordnung auf lf AGZ nicht zur Anwendung kommt.

Dies ist jedoch nicht unbedingt klar, da die Gewerbeordnung die Land- und Forstwirtschaft (§ 2 Abs 1 Z 1 GewO 1994) sowie land- und forstwirtschaftliche Nebengewerbe (§ 2 Abs 1 Z 2 GewO 1994) vom Anwendungsbereich dieser ausnimmt. Sie definiert in § 2 Abs 3 Z 1 bis 4 GewO 1994 jedoch für ihren Anwendungsbereich selbst, welche Tätigkeiten iSd Gewerbeordnung zur Land- und Forstwirtschaft gehören.<sup>738</sup> Dabei fällt auf, dass in der Gewerbeordnung selbst keine Erweiterung der Definition der „Land- und Forstwirtschaft“ um lf AGZ vorgenommen wurde. Daher kommt mE eine Subsumtion des lf AGZ als Betrieb der Land- und Forstwirtschaft iSd Gewerbeordnung und damit eine Anwendung der

---

<sup>736</sup> Abdruck der einschlägigen Bestimmungen des LAG finden sich im Anhang.

<sup>737</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 4.

<sup>738</sup> Dazu ausführlich siehe Teil C, Abschnitt 4.

Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 1 Z 1 GewO 1994 nicht in Frage.<sup>739</sup> Ob eine Ausnahme des If AGZ, alleinig durch die Definition des If AGZ als Betriebe der Land- und Forstwirtschaft im LAG ausreicht, um diesen von der Gewerbeordnung auszunehmen, scheint damit überaus fraglich. Um hier eine eindeutige Ausnahme vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung iSd Rechtssicherheit und -klarheit vorzunehmen, sollte *de lege ferenda* dem § 2 Abs 3 GewO 1994 eine Ziffer 5 mit folgendem Inhalt angefügt werden:

§ 2 (3) Zur Land- und Forstwirtschaft im Sinne dieses Bundesgesetzes (Abs 1 Z 1) gehören

1. die Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse mit Hilfe [...]
2. das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung [...]
3. Jagd und Fischerei,
4. das Einstellen von höchstens 25 Einstellpferden [...]
5. Arbeitgeberzusammenschlüsse im Sinne des Abschnittes 25 Landarbeitsgesetz 2021 BGBl. I Nr 78/2021

### 2.3 Definition des land- und forstwirtschaftlichen AGZ

Gem § 415 Abs 1 LAG liegt ein If AGZ vor, wenn sich mindestens zwei Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft ausschließlich zum Zweck der gemeinsamen Beschäftigung von Arbeitnehmern, die dem Geltungsbereich des LAG unterliegen, zusammenschließen. Die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers des AGZ in einem Mitgliedsbetrieb stellt *ex definitione* **keine Überlassung** iSd LAG dar. Dabei sollen die Arbeitnehmer je nach Arbeitsanfall abwechselnd bei den Mitgliedsbetrieben ihre Arbeitsleistung erbringen. Dafür können Jahreszeiten, Wetterbedingungen oder andere Umstände maßgeblich sein.<sup>740</sup>

Die ErläutRV betonten nochmals, dass die Arbeitsleistung in einem If AGZ keine Überlassung iSd Abschnittes 7 LAG<sup>741</sup> darstellt. Begründet wird dies damit, dass die Arbeitnehmer nicht von einem Unternehmen Dritten zur Verfügung gestellt, sondern **von mehreren Unternehmen gemeinsam beschäftigt** werden. Abseits des Klein-AGZ in Form einer GesbR sieht § 415 Abs 4 LAG vor, dass AGZ weiters als OG oder in der Form einer juristischen Person errichtet werden können.

#### 2.3.1 Gemeinsame Beschäftigung und keine Überlassung im If AGZ?

Das LAG nimmt eine Legaldefinition von If AGZ vor und hält an mehreren Stellen, sei es im Gesetz oder in den Materialien, fest, dass in einem If AGZ die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer

---

<sup>739</sup> Dazu ausführlich siehe Teil C, Abschnitt 4.1.

<sup>740</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 9.

<sup>741</sup> Das LAG enthält in diesem Abschnitt entsprechende Bestimmungen, die dem AÜG nachgebildet sind. Das AÜG kommt nämlich wegen der Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 2 Z 2 und § 1 Abs 2a AÜG nur eingeschränkt für Arbeitnehmer, die den Landarbeitsgesetz unterliegen, zur Anwendung.

von Arbeitgeberzusammenschlüssen in einem Mitgliedsbetrieb keine Überlassung darstellt. Wie in Teil B, Abschnitt 2.3.2.2 ausgeführt, stellt ein AGZ selbst keinen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb dar, auch wenn sich ausschließlich land- und forstwirtschaftliche Betriebe zu einem AGZ zusammenschließen, da die einzige Aufgabe des AGZ das zur Verfügung stellen von Personal an die Mitgliedsbetriebe ist. Mit der Novellierung des LAG stellte jedoch der Gesetzgeber in § 4 Abs 6 LAG klar, dass Arbeitgeberzusammenschlüsse unter den Voraussetzungen der §§ 415 ff LAG als Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gelten und daher gem § 1 Abs 2 LAG für Arbeiter in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft nicht das AÜG (§ 1 Abs 2 Z 2 AÜG), sondern das LAG zur Anwendung gelangt.

In Teil B, Abschnitt 2.3 der Arbeit wurde erörtert, dass durch einen AGZ grundsätzlich Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Daher soll im Folgenden nun die rechtliche Differenzierung des If AGZ und der Überlassung von Arbeitnehmern iSd LAG herausgearbeitet und näher dargestellt werden. Dabei ergeben sich aus dem Gesetzestext zwei rechtliche Anknüpfungspunkte, wonach keine Arbeitskräfteüberlassung im If AGZ vorliegt: Einerseits der Zusammenschluss zum **Zweck der gemeinsamen Beschäftigung** und andererseits, dass der If AGZ die **Arbeitnehmer nicht an Dritte überlässt**.

### 2.3.1.1 Zweck der gemeinsamen Beschäftigung

Wie eingangs erwähnt, führen die ErläutRV<sup>742</sup> aus, dass die Arbeitsleistung an die Mitgliedsbetriebe des If AGZ keine Überlassung darstellt, da die Arbeitnehmer nicht von einem Unternehmen Dritten zur Verfügung gestellt, sondern von mehreren Unternehmen gemeinsam beschäftigt werden. Die Gründung eines If AGZ muss gem § 415 Abs 2 LAG schriftlich erfolgen und ua den Hinweis auf die zulässigen Tätigkeiten des If AGZ enthalten. Der vorgesehene Hinweis über die zulässige Tätigkeit könne laut den ErläutRV<sup>743</sup> wie folgt aussehen: *„Der Zweck der gemeinsamen Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Rahmen dieses AGZ besteht darin, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer primär im Rahmen des Betriebes der land- und forstwirtschaftlichen Produktion der Mitglieder eingesetzt werden.“*

Der Gesetzgeber normiert dadurch im LAG eine gesellschaftsrechtliche Voraussetzung, welche ein konstitutives Merkmal zur Gründung des If AGZ darstellt. Gem § 105 UGB kann eine OG jeden erlaubten Zweck, einschließlich freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher

---

<sup>742</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 9.

<sup>743</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 9.

Tätigkeit, haben. Wie jeder Gesellschaftsvertrag muss dieser Vertrag einen Gesellschaftszweck beinhalten. Unter „Gesellschaftszweck“ wird dabei die Vereinbarung von Ziel und Gegenstand der Verbandstätigkeit verstanden.<sup>744</sup> Dabei kommen wirtschaftliche sowie nichtwirtschaftliche (ideelle) Zwecke in Betracht. Die Gesellschaft kann, muss aber nicht auf Gewinn ausgerichtet sein, sie kann auch zB soziale Zwecke verfolgen.<sup>745</sup> Daher muss der If AGZ als Gesellschaftszweck die gemeinsame Beschäftigung von Arbeitnehmern vorsehen um das Tatbestandsmerkmal „Zweck der gemeinsamen Beschäftigung“ zu erfüllen.

### 2.3.1.2 Gemeinsame Beschäftigung – keine Überlassung an Dritte

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass durch einen If AGZ keine Überlassung von Arbeitnehmern stattfindet. Im Folgenden werden die Ähnlichkeiten zwischen Überlassung von Arbeitnehmern iSd LAG und der gemeinsamen Beschäftigung im If AGZ dargestellt, die Unterschiede herausgearbeitet und im Anschluss eine rechtliche Beurteilung vorgenommen.

#### 2.3.1.2.1 Definition von Arbeitskräfteüberlassung im LAG

Gem § 69 Abs 1 LAG liegt eine Überlassung vor, wenn Arbeitnehmer **Dritten** zur Verfügung gestellt werden, um für sie und unter deren **Kontrolle** zu arbeiten. Abs 2 leg cit sieht vor, dass Überlasser ist, wer als Arbeitgeber Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung an Dritte verpflichtet. § 69 Abs 1 LAG stellt die Nachfolgeregelung der 1984 in das LAG<sup>746</sup> aufgenommene gleichlautende Bestimmung des § 82 LAG dar. Die ErläutRV<sup>747</sup> führen dazu aus, dass die Definition der Überlassung im LAG iSd Art 1 der Sicherheits-RL<sup>748</sup> erfolgte. Demnach gilt die Richtlinie für Leiharbeitsverhältnisse zwischen einem Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber einerseits und einem Arbeitnehmer andererseits, wobei Letzterer zur Verfügung gestellt wird, um für und unter der Kontrolle eines entleihenden Unternehmens und/oder einer entleihenden Einrichtung zu arbeiten.

#### 2.3.1.2.2 Arbeitskräfteüberlassung im If AGZ?

Wie auch bei der Überlassung von Arbeitnehmern schließt der If AGZ mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag ab, eine arbeitsvertragliche Beziehung zwischen den Mitgliedsbetrieben und dem Arbeitnehmer besteht grundsätzlich nicht. Der If AGZ stellt den Arbeitnehmer zur Verfügung, seine Arbeitsleistung im Mitgliedsbetrieb zu erbringen. Dass der Arbeitnehmer für

---

<sup>744</sup> Torgler in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 105 Rz 66 mwN.

<sup>745</sup> Schauer in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesellschaftsR<sup>2</sup> 2/271.

<sup>746</sup> BGBl I 1998/101.

<sup>747</sup> 157/ME 20. GP Erläut 40.

<sup>748</sup> Allgemein zur Sicherheits-RL siehe Teil B, Abschnitt 1.1.2.



die Zeit der Arbeitsleistung im Mitgliedsbetrieb unter dessen Kontrolle steht, ist offensichtlich. Die Arbeitsleistung wird zudem unter Aufsicht und Leitung des Mitgliedsbetriebs ausgeführt, da der AGZ selbst nicht diesen Betrieb führt, sondern sich sein Betriebszweck *ex definitione* ausschließlich auf den Zweck der gemeinsamen Beschäftigung beschränkt. ME versteht der Gesetzgeber in Bezug auf die Arbeitskräfteüberlassung als „Dritten“ jede natürliche und juristische Person, mit der kein Arbeitsverhältnis besteht, die dennoch wesentliche Arbeitgeberbefugnisse (Kontrolle) ausübt und für deren Zwecke gearbeitet wird.<sup>749</sup> *Prima facie* könnte daher der If AGZ als Überlasser iSd § 69 Abs 2 LAG und der Mitgliedsbetrieb als „Dritter“ qualifiziert werden.

### 2.3.1.2.3 Rechtliche Einordnung des If AGZ

Jedoch trifft der Gesetzgeber eine klare Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und der gemeinsamen Beschäftigung im If AGZ dadurch, dass bei zweiterem Arbeitnehmer nicht Dritten zur Verfügung gestellt werden. Der Gesetzgeber schränkte mit § 415 Abs 1 LAG den Terminus „Dritten“ im Vergleich zur Arbeitskräfteüberlassung ein. **Mitgliedsbetriebe eines If AGZ sind daher nicht als „Dritte“**<sup>750</sup> iSd des § 69 Abs 1 LAG zu verstehen. Das hat zur Folge, dass Mangels des „zur Verfügung stellen von Arbeitnehmern an Dritte“ der Gesetzgeber davon ausgeht, dass keine Arbeitskräfteüberlassung im If AGZ vorliegt. Der Gesetzgeber modifiziert in den §§ 415 ff LAG die Bestimmungen der Überlassung von Arbeitskräften im LAG. Dass der Gesetzgeber jedoch bei den Bestimmungen des LAG zu If AGZ selbst von einem arbeitskräfteüberlassungsähnlichen Rechtsgebilde ausging, zeigt sich dadurch, dass Bestimmungen hinsichtlich Gleichbehandlung und Diskriminierungsverboten sowie Arbeitnehmerschutzbestimmungen jenen der Arbeitskräfteüberlassung nachgebildet bzw zeitweise sogar fast wortident aus dem Abschnitt 7 LAG übernommen wurden. Da der Gesetzgeber aber eine klare Abgrenzung der gemeinsamen Beschäftigung im If AGZ von der Arbeitskräfteüberlassung im LAG vornahm, kann mE bei den Bestimmungen für den If AGZ nicht von *leges speciales* zu den allgemeinen Bestimmungen der Arbeitskräfteüberlassung gesprochen werden, sondern der Gesetzgeber schaffte mit den If AGZ eine Beschäftigungsform *sui generis*. Unabhängig davon liegt mE dennoch Arbeitskräfteüberlassung iSd Leiharbeits-RL vor, da die Richtlinie mit einem autonomen Überlassungsbegriff operiert und ihr eine derartige Einschränkung des Begriffs „Dritte“ fremd ist.<sup>751</sup>

---

<sup>749</sup> Laback in *Schrattbauer* (Hrsg), AÜG (2020) § 3 Rz 7; *Schindler* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 3 AÜG Rz 10; *Tomandl*, AÜG<sup>3</sup> 27.

<sup>750</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 9.

<sup>751</sup> Zum Anwendungsbereich der Leiharbeits-RL auf AGZ siehe Teil B, Abschnitt 1.2.

## 2.4 Gründung des If AGZ

Gem § 415 Abs 2 LAG muss die Gründung des If AGZ schriftlich erfolgen, der Name des Zusammenschlusses hat dabei entweder die Bezeichnung „Arbeitgeberzusammenschluss“ oder die Abkürzung „AGZ“ sowie den Hinweis auf die zulässigen Tätigkeiten des If AGZ, insb im Hinblick auf die **Abgrenzung zu gewerblichen Tätigkeiten**, zu enthalten.<sup>752</sup> Durch das **Schriftformgebot** wird für die OG und die GesbR die dort geltende grundsätzliche Formfreiheit durchbrochen. Der vorgesehene Hinweis über die zulässige Tätigkeit könne laut ErläutRV wie folgt aussehen: *„Der Zweck der gemeinsamen Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Rahmen dieses AGZ besteht darin, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer primär im Rahmen des Betriebes der land- und forstwirtschaftlichen Produktion der Mitglieder eingesetzt werden. Die Mitglieder des AGZ verpflichten sich, die in der Gewerbeordnung festgelegten Voraussetzungen für das Vorliegen eines Nebengewerbes der Land- und Forstwirtschaft (§ 2 Abs 4 GewO) einzuhalten. Bei der Ausübung einer land- und forstwirtschaftlichen Nebentätigkeit durch ein Mitglied des AGZ wird daher insbesondere darauf geachtet, dass diese Nebentätigkeit in einem engen Zusammenhang zu seiner land- und forstwirtschaftlichen Tätigkeit steht, in wirtschaftlicher Unterordnung zu dieser erbracht wird und dabei das äußere Erscheinungsbild (Auftreten im geschäftlichen Verkehr, Firmenbezeichnung, Leistungsangebot etc.) nicht dem Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes (z.B. Agrarservicedienstleistung, Landschaftsgärtnerei, Forstunternehmen, Winterdienstleistung etc.) entspricht, zumal es in diesem Fall für die Ausübung der Dienstleistungen einer entsprechenden Gewerbeberechtigung bedarf.“*<sup>753</sup>

Mit dieser Abgrenzung haben die Mitglieder des If AGZ die Möglichkeit, die Arbeitnehmer eines If AGZ auch für Arbeitsleistungen einzusetzen, die im Zuge eines Nebengewerbes der Land- und Forstwirtschaft eines Mitgliedsbetriebes ausgeübt werden.

## 2.5 Keine Gewinnorientierung des If AGZ

Der If AGZ selbst darf **nicht auf Gewinn** ausgerichtet sein, wobei dies in den Gründungsunterlagen ausdrücklich festgehalten werden muss.<sup>754</sup> Die ErläutRV führen dazu aus, dass der If AGZ selbst nicht auf Gewinn ausgerichtet ist, da die gemeinsame Beschäftigung und ihre Organisation die einzigen Zwecke des Zusammenschlusses darstellen. Der If AGZ

---

<sup>752</sup> Zu den Ausnahmen der Land- und Forstwirtschaft von der Gewerbeordnung siehe Teil C, Abschnitt 4.

<sup>753</sup> ErläutRV 687 B1gNR 27. GP 9.

<sup>754</sup> § 415 Abs 5 LAG.

nimmt daher nach außen hin **nicht am wirtschaftlichen Leben teil**, wodurch ebenso ein wesentlicher Unterschied zu Unternehmen der Arbeitskräfteüberlassung besteht.<sup>755</sup> Weiters geben die ErläutRV Auskunft darüber, was „nicht auf Gewinn orientiert bedeutet“. Demnach soll der If AGZ ausschließlich kostendeckend arbeiten, wobei der Ansatz einer angemessenen Vergütung oder Entlohnung für die Geschäftsführungstätigkeit sowie die Bildung von Rücklagen nicht schädlich sind. Etwaige anfallende Überschüsse (= Zufallsgewinne) sollen, sofern zulässig, nicht an die Mitglieder ausgeschüttet, sondern in die Kostenverrechnung an die Mitglieder einbezogen werden. Der **wirtschaftliche Nutzen**, den die Mitglieder des AGZ durch die Beteiligung am AGZ erhalten, steht der fehlenden Gewinnerorientierung des AGZ hingegen nicht entgegen.<sup>756</sup>

*Prima facie* scheint der Gesetzgeber hier nochmals eine Abgrenzung zur Gewerbeordnung vorzunehmen, da der If AGZ nicht auf Gewinn gerichtet sein darf, und dieser Umstand einen Mangel der von der Gewerbeordnung geforderten Ertragsabsicht darstellen könnte. Geht man aber davon aus, dass If AGZ als Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gem § 2 Abs 1 Z 1 GewO 1994 von der Gewerbeordnung ausgenommen sind<sup>757</sup>, wäre diese Regelung in Bezug auf die Gewerbeordnung nicht nötig gewesen. Denn § 2 Abs 1 Z 1 GewO 1994 ordnet zwar an, dass für die eigens in der Gewerbeordnung definierte Land- und Forstwirtschaft diese nicht anzuwenden ist, jedoch bedeutet dies im Umkehrschluss nicht, dass diese Tätigkeiten nicht gewerbsmäßig wären. § 2 GewO 1994 nimmt nämlich nur bestimmte Tätigkeiten, die an sich der Gewerbsmäßigkeit iSd § 1 GewO 1994 aufweisen, vom Anwendungsbereich aus.<sup>758</sup> Daher wird mE hier nur ein Wesensmerkmal des AGZ als weiteres Tatbestandsmerkmal für die Gründung eines If AGZ iSd LAG festgeschrieben. Eine Abgrenzung zur Gewerbeordnung wollte der Gesetzgeber damit jedoch mE nicht treffen.

Abseits davon scheint auch die fehlende Gewinnerorientierung des If AGZ jedenfalls für Vereine nicht geeignet, die Gewerbsmäßigkeit gem § 1 Abs 6 GewO 1994 auszuschließen. ISd Gewerbeordnung liegt nämlich bei einem Verein ein vermögensrechtlicher Vorteil und damit Gewerbsmäßigkeit vor, wenn die vom Verein angebotene Leistung **billiger** als bei Inanspruchnahme vergleichbarer Leistungen, die am freien Markt durch befugte Gewerbetreibende angeboten werden, gegeben ist. ME scheint der in den ErläutRV

---

<sup>755</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 9.

<sup>756</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 9 f.

<sup>757</sup> Kritisch dazu siehe Teil F, Abschnitt 2.2.

<sup>758</sup> VwGH 10.9.2008, 2008/04/0020.

angesprochene wirtschaftliche Nutzen jenem in § 1 Abs 6 GewO 1994 geforderten wirtschaftlichen Vorteil<sup>759</sup> zu entsprechen.

## **2.6 Gesellschaftsrechtliche Formvorschriften des lf AGZ**

Ein- und Verkaufsgenossenschaften sowie lf AGZ selbst können gem § 415 Abs 3 LAG nicht Mitglieder eines lf AGZ sein. lf AGZ können jedoch als OG oder in Form einer juristischen Person errichtet werden<sup>760</sup>, wobei Sonderregelungen für den Klein-AGZ<sup>761</sup> (GesbR) zu beachten sind.

Vor der erstmaligen Beschäftigung von Arbeitnehmern hat der lf AGZ neben einer Kopie der Gründungsunterlagen, schriftlich den Sitz und den Namen sowie die Mitglieder des lf AGZ und den anzuwendenden KollV der Landwirtschaftskammer Österreich zu übermitteln.<sup>762</sup> Neben der Auflösung des lf AGZ ist der Landwirtschaftskammer binnen 14 Tagen auch jede Änderung über jene Informationen, die vor der erstmaligen Beschäftigung übermittelt wurden, mitzuteilen.<sup>763</sup> Dadurch soll der Landwirtschaftskammer Österreich ermöglicht werden, die neue Möglichkeit von Beschäftigung und deren Entwicklung zu beobachten, wofür eine Übermittlung bestimmter Daten notwendig ist.<sup>764</sup> Die Landwirtschaftskammer kann zwecks enger Zusammenarbeit diese Daten auch an kollektivvertragsfähige Körperschaften übermitteln.<sup>765</sup> Hintergrund dieser Regelung ist, dass die Bestimmungen zu lf AGZ ein Ergebnis langjähriger politischer Sozialpartnerverhandlungen darstellt, und diese übereingekommen sind, diese neue Beschäftigungsform gemeinsam laufend zu evaluieren.

## **2.7 Räumliche Einschränkung für lf AGZ**

Der Gesetzgeber schränkt den räumlichen Bereich für den Einsatzbereich der Arbeitnehmer in Zusammenschlüssen ein. Differenziert wird dabei zwischen lf AGZ und Klein-AGZ (GesbR). Arbeitnehmer eines AGZ dürfen grundsätzlich nur in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft eines Mitglieds beschäftigt werden, deren Sitz sich entweder im selben politischen Bezirk oder in einem angrenzenden Bezirk des Sitzes des AGZ befindet, wobei der KollV abweichende Regelungen vorsehen kann.<sup>766</sup> Dadurch wird der räumliche Bereich, in den Arbeitnehmer eines lf AGZ eingesetzt werden können, eingeschränkt, da sich der Arbeitsort ständig und kurzfristig

---

<sup>759</sup> Zum Vorliegen einer Ertragsabsicht des AGZ als Verein siehe Teil C, Abschnitt 2.2.4.4.4.

<sup>760</sup> § 415 Abs 4 LAG.

<sup>761</sup> § 416 LAG.

<sup>762</sup> § 415 Abs 6 LAG.

<sup>763</sup> § 415 Abs 7 LAG.

<sup>764</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 10.

<sup>765</sup> § 416 Abs 9 LAG.

<sup>766</sup> § 415 Abs 8 LAG.

ändern kann. Abweichende Regelungen können nur entweder durch den KollV, der für den If AGZ selbst abgeschlossen wurde, oder durch jenen KollV, der für alle Mitglieder des If AGZ zur Anwendung kommt, getroffen werden.<sup>767</sup>

Eine weitere **Einengung** des möglichen räumlichen Einsatzgebietes ist für Klein-AGZ (GesbR) vorgesehen. Arbeitnehmer eines Klein-AGZ dürfen nur in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft eines Mitglieds beschäftigt werden, deren Sitz sich entweder in derselben politischen Gemeinde oder einer angrenzenden Gemeinde des Sitzes des AGZ befinden.<sup>768</sup>

## **2.8 Bürgschaft**

§ 418 LAG ist inhaltlich an § 14 AÜG angelehnt, bzw in weiten Strecken wortident nachgebildet. Die Mitglieder des If AGZ haften demnach für die gesamten der zugeteilten Arbeitskraft für die Beschäftigung in ihren jeweiligen Betrieben zustehenden Entgeltansprüche und die entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung als Bürge (§ 1355 ABGB). Hat das Mitglied des If AGZ seine Verpflichtung aus der Zuteilung gegenüber dem Zusammenschluss nachweislich erfüllt, so haftet es nur als Ausfallsbürge (§ 1356 ABGB).

## **2.9 Sonderregelungen für Klein-AZG (GesbR)**

### **2.9.1 Definition des Klein-AGZ**

Ein Klein-AGZ liegt vor, wenn sich mindestens zwei und höchstens fünf Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft in Form einer GesbR zum Zweck der gemeinsamen Beschäftigung von Arbeitnehmern, die unter den Geltungsbereich des LAG fallen, zusammenschließen.<sup>769</sup> Damit soll für kleinere benachbarte landwirtschaftliche Unternehmen eine möglichst einfache Lösung für eine gemeinsame Beschäftigung von Arbeitnehmern gegeben werden,<sup>770</sup> wobei der Zusammenschluss nicht in Form einer juristische Personen erfolgen darf.<sup>771</sup>

### **2.9.2 Spezielle Formvorschriften für den Klein-AZG**

Grundsätzlich gelten für Klein-AZG die Regelungen des § 415 LAG (insb bezüglich Schriftlichkeit und Ausschluss der Gewinnerzielungsabsicht), zusätzlich sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen:<sup>772</sup>

---

<sup>767</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 10.

<sup>768</sup> § 416 Abs 8 LAG.

<sup>769</sup> § 416 Abs 1 LAG.

<sup>770</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 10.

<sup>771</sup> § 416 Abs 2 LAG.

<sup>772</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 10.

- Die Mitglieder eines Klein-AGZ müssen den Betrieb eines Mitglieds als Sitz festlegen,<sup>773</sup> da es bei einer GesbR keine gesellschaftlichen Regelungen zum Sitz der GesbR gibt.<sup>774</sup>
- Ein Klein-AGZ entsteht erst nach **nachweislicher schriftlicher Übermittlung** der Informationen gem § 415 Abs 6 an die Landwirtschaftskammer Österreich.<sup>775</sup> Somit stellt die Übermittlung der geforderten Informationen eine konstitutive Voraussetzung dar. Erst dadurch entsteht der Klein-AGZ, wodurch schlussendlich Arbeitnehmer angestellt werden können. Allerdings kommt der Landwirtschaftskammer Österreich als zu übermittelnde Stelle **keine Behördenfunktion** zu. Hintergrund dieser Regelung ist, dass die Landwirtschaftskammer auf rechtlich problematische Vereinbarungen rechtzeitig hinweisen kann.<sup>776</sup>

### 2.9.3 Festlegung des Arbeitgebers im Klein-AGZ

In einer GesbR<sup>777</sup> sind grundsätzlich alle Gesellschafter zur Führung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet, die Bestellung eines Geschäftsführers ist nicht notwendig.<sup>778</sup> Die Befugnis zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb der Gesellschaft mit sich bringt,<sup>779</sup> womit auch Weisungen gegenüber Arbeitnehmern in einem AZG erfasst sind.<sup>780</sup>

Das LAG stellt in Abweichung der allgemeinen Bestimmungen zur GesbR im ABGB eine **Spezialregelung** für den Klein-AGZ betreffend der Ausübung der Arbeitgeberrechte auf. Gem § 416 Abs 5 LAG haben die Mitglieder des Klein-AGZ ein Mitglied als **alleinigen Vertreter** des Zusammenschlusses zur Wahrnehmung der Arbeitgeberfunktionen gegenüber den Arbeitnehmern festzulegen, der im Dienstschein festzulegen ist. Dadurch wird eine Ansprechperson für den Arbeitnehmer des Klein-AGZ festgelegt, welche für alle Arbeitgeberangelegenheiten (zB Urlaub, Krankmeldung, etc) aber auch für die Einteilung, bei welchem Mitglied gearbeitet wird, zuständig ist.<sup>781</sup> Allerdings ist jeder Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer des Klein-AGZ hinsichtlich der Arbeitsleistung in ihrem Mitgliedsbetrieb **weisungsbefugt**. Weiters dürfen Arbeitnehmer bei Unklarheiten oder widersprüchlichen

<sup>773</sup> § 416 Abs 3 LAG.

<sup>774</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 10.

<sup>775</sup> § 416 Abs 4 LAG.

<sup>776</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 10.

<sup>777</sup> Zur Arbeitgeberfunktion in der GesbR siehe Teil D, Abschnitt 3.

<sup>778</sup> § 1189 Abs 1 ABGB.

<sup>779</sup> § 1191 Abs 1 ABGB.

<sup>780</sup> Im Detail dazu siehe Teil D, Abschnitt 4.1.

<sup>781</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 10.

Weisungen wegen ihres Verhaltens nicht benachteiligt werden.<sup>782</sup> Werden Arbeitnehmer wegen eines derartigen Verhaltens gekündigt oder entlassen, so kann die Kündigung und Entlassung bei Gericht binnen zwei Wochen ab Zugang angefochten werden. Wird der Anfechtung stattgegeben, ist die Beendigung rechtsunwirksam.<sup>783</sup>

## 2.9.4 Haftung der Gesellschafter im Klein-AGZ

Grundsätzlich haften die Gesellschafter einer GesbR gem § 1199 ABGB für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten gegenüber Dritten als Gesamtschuldner, wenn mit dem Dritten nichts anderes vereinbart wurde.<sup>784</sup> Diese Dispositivität der Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner wird für den Klein-AGZ durchbrochen. Gem § 416 Abs 9 LAG ist ein Ausschluss der gemeinsamen Haftung der Gesellschafter nicht zulässig.

## 2.10 Entgeltregelungen im If AGZ

### 2.10.1 Entstehungsgeschichte

In der Regierungsvorlage<sup>785</sup> sah § 417 Abs 1 LAG noch vor, dass auf Arbeitsverhältnisse zu einem If AGZ der KollV der Mitgliedsbetriebe Anwendung findet. Der Abschluss eines eigenen KollV für If AGZ sollte **nicht zulässig** sein.<sup>786</sup> Dies wurde jedoch seitens SPÖ<sup>787</sup> und der Grünen<sup>788</sup> im Anschluss an die Ausschusssitzung für Arbeit und Soziales, welche die Novellierung des LAG zum Inhalt hatte, kritisiert<sup>789</sup>, wobei dort aber noch keine Änderungen des Gesetzestextes vorgenommen wurden.<sup>790</sup> Im Zuge der Nationalratsitzung wurde in zweiter Lesung ein Abänderungsantrag<sup>791</sup> beschlossen, der schlussendlich kein Verbot für den Abschluss eines KollV für If AGZ mehr vorsieht. Begründet wurde diese Änderung damit, dass ein derartiges Verbot vor dem Hintergrund des Art 11 EMRK (Koalitionsfreiheit)

---

<sup>782</sup> § 416 Abs 6 LAG.

<sup>783</sup> § 416 Abs 7 LAG.

<sup>784</sup> Zur Haftung der Gesellschafter in der GesbR siehe Teil D, Abschnitt 4.4.3.

<sup>785</sup> RV 687 BlgNR 27. GP.

<sup>786</sup> „Auf Arbeitsverhältnisse zu einem Arbeitgeberzusammenschluss findet der Kollektivvertrag der Mitgliedsbetriebe Anwendung. Der Abschluss eines eigenen Kollektivvertrags für Arbeitgeberzusammenschlüsse ist nicht zulässig.“

<sup>787</sup> Das gesetzliche Verbot für den Abschluss von Kollektivverträgen ist verfassungsrechtlich bedenklich.

<sup>788</sup> Die Formulierung könnte so interpretiert werden, dass Kollektivverträge in diesem Bereich verboten seien, was nicht die Intension der Bestimmung sei. Wunsch nach einer Umformulierung durch Sozialpartner-Gespräche.

<sup>789</sup> OTS, Breite Mehrheit im Sozialausschuss für neues Landarbeitsgesetz,

[https://www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20210317\\_OTS0215/breite-mehrheit-im-sozialausschuss-fuer-neues-landarbeitsgesetz](https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20210317_OTS0215/breite-mehrheit-im-sozialausschuss-fuer-neues-landarbeitsgesetz) (abgefragt am 29.05.2021).

<sup>790</sup> AB 734 BlgNR 27. GP.

<sup>791</sup> AA 133 BlgNR 27. GP.

problematisch sein könnte. Damit ist nun klargestellt, dass KollV für If AGZ abgeschlossen werden können.<sup>792</sup>

### **2.10.2 Feststellung des anzuwendenden Kollektivvertrags**

Mangels eines eigens für If AGZ abgeschlossenen Kollektivvertrag findet gem § 417 Abs 1 LAG auf Arbeitsverhältnisse zu einem If AGZ der KollV der Mitgliedsbetriebe Anwendung. Gilt daher in allen Mitgliedsbetrieben derselbe KollV, kommt dieser auch für die Arbeitnehmer des If AGZ zur Anwendung.<sup>793</sup> Abs 2 leg cit kommt hingegen zur Anwendung, wenn die beteiligten Betriebe des If AGZ verschiedenen KollV oder einzelne Betriebe keinem KollV unterliegen. Demnach kommt für sämtliche Arbeitsverhältnisse zum If AGZ jener KollV zur Anwendung, der hinsichtlich des Entgelts für die Arbeitnehmer am günstigsten ist. Laut den Materialien<sup>794</sup> ist dabei ein **Gesamtvergleich der Entgeltbestimmungen** anzustellen und nicht auf die konkrete Lohngruppe abzustellen. Die Anwendung des KollV mit der maßgeblichen wirtschaftlichen Bedeutung erscheint den Gesetzgeber hier nicht sinnvoll, da sich die Arbeitseinsätze und damit auch die maßgebliche Bedeutung ständig ändern kann.<sup>795</sup>

Angelehnt an § 10 Abs 1 AÜG bzw § 73 Abs 1 LAG gebührt gem § 417 Abs 3 LAG dem Arbeitnehmer ein ortsüblich angemessenes Entgelt, wenn kein Mitglied eines If AGZ einem KollV unterliegt.<sup>796</sup> § 417 Abs 1 S 2 LAG legt zudem fest, dass Arbeitnehmern das gebührende Entgelt nach § 417 Abs 1 S 1 bzw Abs 2 LAG auch dann zusteht, wenn ein eigener KollV für If AGZ ein niedrigeres Entgelt vorsieht.

Wiederum der Arbeitskräfteüberlassung im AÜG nachgebildet, gebührt Arbeitnehmern gem § 417 Abs 8 LAG das Entgelt auf Basis der vereinbarten Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer nachweislich zur Leistung bereit ist und dieser nicht oder nur unter dem vereinbarten Ausmaß beschäftigt werden kann.

### **2.11 Arbeitnehmerschutz und Gleichbehandlung im If AGZ**

Die Bestimmungen zu Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot sowie des Arbeitnehmerschutzes sind dem AÜG sowie den Bestimmungen hinsichtlich Arbeitskräfteüberlassung in §§ 76 ff LAG nachgebildet bzw dahingehend ident, dass lediglich

---

<sup>792</sup> Gesetzliche Bestimmungen zu Kollektivverträgen bzw zur Kollektivvertragsfähigkeit finden sich in den §§ 117 ff LAG.

<sup>793</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 10.

<sup>794</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 10 f.

<sup>795</sup> ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 11.

<sup>796</sup> Zur Feststellung des angemessenen, ortsüblichen Entgelts im AGZ siehe Teil D, Abschnitt 2.2.1.



bei den Bestimmungen des If AGZ nicht von „*Beschäftigung im Betrieb*“<sup>797</sup> sondern von „*Zuteilung zum Betrieb*“<sup>798</sup> sowie statt von „*überlassener Arbeitskraft*“<sup>799</sup> sondern vom „*zugeilten Arbeitnehmer*“<sup>800</sup> die Rede ist.

### **3 Zusammenfassende Einschätzung des If AGZ**

Es ist zu begrüßen, dass sich der Gesetzgeber dazu entschieden hat, AGZ, wenn auch nur im Bereich der Land- und Forstwirtschaft, gesetzlich zu verankern. Auskunft darüber, welche Intention der Gesetzgeber verfolgte, den AGZ auf den Bereich der Land- und Forstwirtschaft einzuschränken, finden sich in den Materialien freilich nicht. Naheliegend erscheint, dass der AGZ als Konkurrenz zur gewerblichen Arbeitskräfteüberlassung gesehen werden könnte und daher aufgrund politischer Interessen der AGZ auf die Land- und Forstwirtschaft beschränkt wurde, da das zur Verfügung stellen von Arbeitnehmern an Betriebe der Land- und Forstwirtschaft in der gewerblichen Arbeitskräfteüberlassung nur eine untergeordnete Rolle einnimmt.

Die in Teil C aufgeworfenen Fragestellungen bzgl der Gewerbsmäßigkeit von AGZ versuchte der Gesetzgeber durch die Legaldefinition des AGZ als Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gem § 4 Abs 6 LAG zu lösen, wobei eine Änderung der Gewerbeordnung iSd Rechtssicherheit und -klarheit mE *de lege ferenda* vorzunehmen ist. Daher ist unabhängig davon, ob eine gewerbsmäßige Tätigkeit iSd § 1 GewO 1994 im Zusammenschluss ausgeübt wird, der If AGZ nach Ansicht des Gesetzgebers vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen.

Außerdem hätte man gesetzlich festlegen können, dass bei Arbeitgeberzusammenschlüssen, die selbst nicht auf Gewinn gerichtet sind, keine Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, vorliegt. Besteht die Absicht des Gesetzgebers *de lege ferenda* AGZ nicht nur auf die Land- und Forstwirtschaft zu beschränken und die Gewerbsmäßigkeit des AGZ grundsätzlich auszuschließen, ist die mangelnde Gewinnerzielungsabsicht des If AGZ iSd Gewerbeordnung eine Möglichkeit, die in der Arbeit aufgeworfenen Probleme bzgl der Gewerbsmäßigkeit von AGZ zu lösen.

Der Gesetzgeber geht weiters davon aus, dass durch einen If AGZ keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, da der Einsatzbereich der Arbeitnehmer eines

---

<sup>797</sup> ZB § 76 Abs 1 LAG.

<sup>798</sup> ZB § 419 Abs 1 LAG.

<sup>799</sup> ZB § 76 Abs 2 LAG

<sup>800</sup> ZB § 419 Abs 2 LAG.

Zusammenschlusses auf seine Mitgliedsbetriebe beschränkt ist. Dass der Gesetzgeber im Vergleich zur Arbeitskräfteüberlassung den Terminus „Dritte“ nur auf Mitgliedsbetriebe einschränkt und dadurch eine neue Beschäftigungsform *sui generis* schafft, ist aus Sicht des österreichischen Gesetzgebers mE unbedenklich. Jedoch liegt mE Arbeitskräfteüberlassung iSd Leiharbeits-RL vor, da die Richtlinie mit einem autonomen Überlassungsbegriff operiert und ihr eine derartige Einschränkung des Begriffs „Dritte“ fremd ist.

Wie in Teil E der Arbeit erörtert, besteht zwar in einer GesbR die Möglichkeit, Arbeitnehmer zu beschäftigen, jedoch zeigt sich auch, dass die GesbR mE grundsätzlich nicht darauf ausgerichtet ist, mehrere Arbeitnehmer zu beschäftigen. Im Hinblick auf die Arbeitgeberfunktion finden sich mangels Rechtsfähigkeit der GesbR nur allgemeine Regelungen im ABGB hinsichtlich der Beschäftigung von Arbeitnehmern. Durch die Bestimmungen für Klein-AGZ schaffte der Gesetzgeber mE klare Regelungen für die Beschäftigung von Arbeitnehmern in einer GesbR, wenn auch nur für If AGZ. Allein die gesetzliche Verpflichtung der Mitgliedsbetriebe einen einzigen Vertreter gegenüber dem Arbeitnehmer festzulegen, verhindert, dass Unstimmigkeiten bzw Unklarheiten zwischen den Mitgliedern des If AGZ selbst entstehen und schafft weiters für Arbeitnehmer auch eine klare Festlegung, wer allein für alle Arbeitgebertätigkeiten und die Einteilung der Arbeitsleistung in den Mitgliedsbetrieben zuständig ist.

## Teil G – Zusammenfassung der Ergebnisse

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit stellt eine von *Eurofound* 2015 durchgeführte europaweite Bestandsaufnahme zur Ermittlung von neu entstehenden Trends am Arbeitsmarkt dar. Eine dieser „neuen Formen der Arbeit“ ist das sog „Employee-Sharing“ bzw. Mitarbeitersharing. Dabei wird ein Arbeitnehmer von einer Gruppe von Arbeitgebern beschäftigt, die ihren planbaren, aber fragmentierten, Personalbedarf bündeln und so kooperativ einen unbefristeten Vollzeitarbeitsplatz schaffen. Dafür wird ein Arbeitgeberzusammenschluss (AGZ) von einer Gruppe verschiedener Unternehmen gemeinschaftlich gegründet, der als formeller Arbeitgeber den Arbeitseinsatz der Arbeitnehmer zwischen den teilnehmenden Unternehmen koordiniert und dadurch unbefristete Vollzeitbeschäftigungen schaffen soll, die einzelne Arbeitgeber unabhängig voneinander nicht bieten können (= kooperatives Personalmanagement).

### 1 Der AGZ und der Anwendungsbereich der Leiharbeits-RL

Ein AGZ ist vom Grundgedanken her darauf ausgelegt, seinen Mitgliedsbetrieben **dauerhaft** Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen, wobei der AGZ diese Zurverfügungstellung **ohne Gewinnorientierung** erbringt. Die Leiharbeits-RL findet gem Art 1 Abs 1 Anwendung für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um „**vorübergehend**“ unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten. Art 1 Abs 2 normiert, dass die Richtlinie für öffentliche und private Unternehmen gilt, bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen handelt, die „**eine wirtschaftliche Tätigkeit**“ ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht. Die dauerhafte Überlassung von Arbeitskräften durch einen AGZ schadet der Anwendung der Leiharbeits-RL nicht, da einerseits ein Verbot der dauerhaften Überlassung ausdrücklich in der Richtlinie festgehalten worden wäre bzw finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Leiharbeits-RL nicht auf langfristige Überlassung Anwendung findet. Zusätzlich sieht der EuGH die Dauerhaftigkeit einer Überlassung erst dann als problematisch an, wenn diese zu einem Missbrauch der Beschäftigungsform führt. Da der AGZ aber eine Win-win-Situation für Arbeitgeber und Arbeitnehmer darstellt, fehlt es an dem geforderten missbräuchlichen Einsatz der Arbeitnehmer des AGZ in dessen Mitgliedsbetrieben.

Weiters übet der AGZ auch eine wirtschaftliche Tätigkeit iSd Leiharbeits-RL aus. Nach stRspr des EuGH ist es für eine solche „wirtschaftliche Tätigkeit“ nicht erforderlich, einen Erwerbszweck zu verfolgen. Dass der AGZ nicht gewinnorientiert tätig wird, schadet daher der Qualifikation als „wirtschaftliche Tätigkeit“ iSd Leiharbeits-RL nicht. Auch der im Vorhinein bekannte Kreis an Mitgliedsbetrieben, an welche die Arbeitnehmer überlassen werden, ändert an der wirtschaftlichen Tätigkeit des AGZ nichts. Da der AGZ denselben Zweck verfolgt wie „gewinnorientierte“ Arbeitskräfteüberlasser, steht der AGZ in einer **Konkurrenz** zu diesen und erfüllt daher das Erfordernis des von der Richtlinie geforderten Marktbezuges.

## 2 Die Anwendung des AÜG auf den AGZ

Grundsätzlich gilt gem § 1 Abs 1 AÜG das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden. Der Hauptzweck eines AGZ ist die Beschäftigung von Arbeitskräften, die dann, sei es für einzelne Tage in der Woche oder für einige Stunden am Tag, jedoch jedenfalls langfristig, an seine Mitgliedsbetriebe, also **an Dritte** überlassen werden. Hierfür schließen Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag direkt mit dem AGZ ab. Aus diesem Arbeitsvertrag geht für die Arbeitnehmer hervor, wann und wo sie ihre Arbeitsleistung bei einem Mitgliedsbetrieb erbringen sollen. Dieser Mitgliedsbetrieb steht aber in **keinem Vertragsverhältnis** zur überlassenen Arbeitskraft. Der Mitgliedsbetrieb nimmt nur faktisch die Arbeitsleistung entgegen. Die schuldrechtliche Verbindung zwischen AGZ und Mitgliedsbetrieb besteht in Bezug auf die zu überlassenden Arbeitskräfte dahingehend, dass der Mitgliedsbetrieb seinen Personalbedarf dem AGZ bekannt gibt und der AGZ sich dazu verpflichtet, dem Mitgliedsbetrieb dafür die Arbeitsleistung von Arbeitskräften zur Verfügung zu stellen. Wie im Schrifttum überwiegend vertreten, wollte der österreichische Gesetzgeber eine langfristige Überlassung nicht verbieten. Daher stellt die dauerhafte Überlassung im AGZ keinen rechtlichen Hinderungsgrund für seine Gründung dar. Weiters widerspricht die langfristige Überlassung im AGZ auch nicht dem Schutzzweck des AÜG. Daher kommt das AÜG auf AGZ vollumfänglich zur Anwendung.

Ausnahmen des AGZ von bestimmten Abschnitten des AÜG iSd § 1 Abs 2 AÜG liegen nicht vor. Wird ein AGZ in einer privatrechtlichen Rechtsform von Gebietskörperschaften gegründet, so findet der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 AÜG keine Anwendung. Auch der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 2 AÜG hinsichtlich der Überlassung von Arbeitnehmern, die dem LAG unterliegen, ist grundsätzlich nicht einschlägig. Da der AGZ iSd AÜG selbst grundsätzlich keinen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb darstellt, kommt auch dieser

Ausnahmetatbestand für den AGZ nicht zur Anwendung. Mit der Novelle des LAG 2021 wurde jedoch die rechtliche Möglichkeit geschaffen, land- und forstwirtschaftliche AZG zu gründen. Liegt iSd LAG nun ein land- und forstwirtschaftlicher AGZ vor, so ist dieser nunmehr vom **Anwendungsbereich des AÜG explizit ausgenommen**.

Die in § 1 Abs 3 AÜG normierten Ausnahmetatbestände vom Geltungsbereich der §§ 10–16a und des V Abschnittes finden auf AGZ **keine Anwendung**. Weder die Ausnahme der vorübergehenden Überlassung, noch die Überlassung im Rahmen zwischenbetrieblicher Kooperation kann auf den AGZ angewendet werden. Erstere, da die Überlassung im AGZ eine langfristige ist und zweitere, da der AGZ keinen gemeinsamen Auftrag der Mitgliedsbetriebe verfolgt und auch die überlassenen Arbeitskräfte des AGZ in die jeweilige Aufgabenerfüllung der einzelnen Mitgliedsbetriebe eingegliedert sind. Mangels Vorliegens eines Konzerns scheidet weiters das Konzernprivileg des § 1 Abs 3 Z 4 AÜG für den AGZ aus.

### **3 Der AGZ aus gewerberechtlicher Sicht**

Die Überlassung von Arbeitskräften eines AGZ an seine Mitgliedsbetriebe stellt eine regelmäßige, selbständige Tätigkeit dar. Der AGZ nimmt schließlich auch am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teil.

Allerdings stellt sich aufgrund **unterschiedlicher Rechtsformen** folgende Rechtslage dar: Einerseits ist ein als Personenvereinigung organisierter AGZ iSd § 1 Abs 5 GewO 1994 **nicht gewerbsmäßig** tätig, da der AGZ selbst keinen Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil erwirtschaftet, den er seinen Mitgliedsbetrieben zufließen lässt. Andererseits ist ein **AGZ als Verein als gewerbsmäßig** iSd § 1 Abs 6 S 1 GewO 1994 zu qualifizieren, da er das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs aufweist und der AGZ auf die Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Mitgliedsbetriebe ausgerichtet ist. Damit kann durch die Wahl der Rechtsform für den AGZ die Anwendung der Gewerbeordnung und somit eines KollV ausgeschlossen werden. Wird ein AGZ als Personenvereinigung (zB als OG), findet zB der KollV-AÜ mangels Gewerbsmäßigkeit keine Anwendung. Hingegen unterliegt ein AGZ als Verein der Gewerbeordnung. Ausnahmetatbestände vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung liegen für den AGZ in Vereinsform nicht vor. Daraus resultiert auch die Anwendung der einschlägigen Kollektivverträge bei Arbeitskräfteüberlassung durch einen AGZ-Verein. Diese unterschiedlichen gewerberechtlichen Folgen sind nicht verfassungswidrig, insb im Hinblick auf den Gleichheitssatz. Es liegt hier lediglich eine

**rechtspolitische Lücke** vor, deren Lückenschluss jedoch nicht zur Disposition des Rechtsanwenders steht.

#### **4 Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskraft gegenüber dem AGZ**

Wird die Überlassung der Arbeitskräfte innerhalb eines AZG als gewerbsmäßig iSd Gewerbeordnung eingestuft, so kommen für die Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskräfte zwei anwendbare Kollektivverträge in Betracht: einerseits der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung und andererseits der Kollektivvertrag für Angestellte im Gewerbe und Handwerk und in der Dienstleistung. In Ermangelung der Gewerbsmäßigkeit des AGZ iSd § 1 Abs 5 GewO 1994 unterliegt dieser **keinen** der beiden genannten Kollektivverträge. Da auf den AGZ das AÜG vollumfänglich Anwendung findet, richtet sich die Entgeltfestsetzung nach § 10 AÜG.

Der OGH geht davon aus, dass mit dem AÜG gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung geregelt werden sollte, in deren Rahmen der Arbeitgeber typischerweise nicht die Absicht hat, den Arbeitnehmer im eigenen Betrieb zu beschäftigen, sondern ihn nur deshalb einstellt, um Dritten (den Beschäftigern) **kurzfristig** mit einer Arbeitskraft auszuhelfen. Es erscheint so **nicht** notwendigerweise geboten, die Regelungen des AÜG auch dann als **abschließend** anzusehen, wenn eine wegen ihrer langen Dauer von der als typisch angesehenen erheblich abweichende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Je weiter sich die konkret zu beurteilende Arbeitskräfteüberlassung von jenem Typus entfernt, den der Gesetzgeber bei der gesetzlichen Regelung im Auge hatte, desto eher kann es sich im Einzelfall als sachgerecht erweisen, die Rechtsstellung des Arbeitnehmers jener der Arbeitnehmer des Beschäftigers **anzunähern**. Für die Beurteilung der „Atypizität“ der Arbeitskräfteüberlassung stellt der OGH unberzeugend einerseits auf die Dauer der Überlassung und andererseits auf die Anzahl der Beschäftigertriebe an, die der Arbeitnehmer überlassen wird, ab. Zusätzlich wertet der OGH auch die Intention der Überlassung. Die Arbeitskräfteüberlassung durch einen AGZ stellt ein Paradebeispiel langfristiger, atypischer Arbeitskräfteüberlassung dar. Der AGZ stellt aufgrund seiner langfristigen, nicht auf die Abdeckung von Leistungsspitzen ausgelegten Grundgedanken ein Pendant zur „typischen“ Arbeitskräfteüberlassung dar. Aus diesem Grund ist mE die Rechtsstellung der Arbeitnehmer des AGZ jener der Arbeitnehmer des Beschäftigertriebs dahingehend anzunähern, dass eine völlige Gleichstellung der überlassenen Arbeitskräfte des AGZ sowie der Stammbetriebs der Mitgliedsbetriebe erfolgen muss. Daher ist für die Dauer der Überlassung der Arbeitskräfte des AGZ in einem

Mitgliedsbetrieb, welche sich sehr stark von der typischen Arbeitskräfteüberlassung unterscheidet, eine Angleichung an die im Mitgliedsbetrieb **gezahlten überkollektivvertraglichen Ist-Löhne** vorzunehmen.

## 5 Der AGZ als GesbR

Eine GesbR kann mangels eigener Rechtspersönlichkeit von vornherein nicht Arbeitgeber sein. Arbeitgeber sind diesfalls nur die einzelnen Gesellschafter, die im eigenen Namen Arbeitgeberfunktionen ausüben. Das führt im Hinblick auf AGZ dazu, dass, wenn sich Gesellschafter, zum Zwecke gemeinsam Arbeitnehmer einzustellen und auch zu beschäftigen, zu einem AGZ in Form einer GesbR zusammengeschlossen haben, es sich dabei um **mehrere gemeinsame Arbeitgeber** handelt, die lediglich ein einziges Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer abschließen.

Der Abschluss und die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zählt dabei zu den gewöhnlichen Geschäften einer AGZ-GesbR und berechtigt jeden Gesellschafter zur Einzelgeschäftsführung, wobei den anderen Gesellschaftern ein Widerspruchsrecht zukommt. Beim Abschluss bzw der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses trifft den einzelgeschäftsführenden Gesellschafter jedoch eine **Informationspflicht**, da derartiges rechtsgeschäftliches Handeln im Interesse der Mitgesellschafter liegt und es sich dabei um eine nicht dringliche Maßnahme handelt. Widerspricht daher ein Gesellschafter des AGZ dem Abschluss eines Arbeitsvertrags, so hat der Abschluss zu unterbleiben. Wurde aber nach Abschluss des Arbeitsvertrags ein Widerspruch erhoben, so kann der Abschluss des Arbeitsvertrags nur dann rückgängig gemacht werden, wenn **der Arbeitnehmer dem zustimmt**. Wurde mit dem Arbeitnehmer ein Probendienstverhältnis geschlossen so kann mE das Dienstverhältnis in der Probezeit auch ohne Zustimmung des Arbeitnehmers gelöst werden. Jedoch bleibt das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufrecht, da sich das Widerspruchsrecht nur auf das Innenverhältnis der Gesellschafter bezieht. Nimmt nun ein Gesellschafter des AGZ seine Einzelgeschäftsführungsbefugnis wahr und schließt einen Arbeitsvertrag ab, so werden aufgrund der gesetzlichen Einzelvertretungsbefugnis auch die **restlichen Gesellschafter** des AGZ Arbeitgeber des Arbeitnehmers. Die Gesellschafter haften dem Arbeitgeber gegenüber für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, auch wenn von einer Teilbarkeit der Arbeitsleistung ausgegangen wird, als **Gesamtschuldner** iSd § 1199 Abs 1 ABGB.

## 6 Land- und forstwirtschaftliche Arbeitgeberzusammenschlüsse (If AGZ)

Seit 1.7.2021 besteht für Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft die Möglichkeit, sich zum Zweck der gemeinsamen Beschäftigung von Arbeitnehmern als If AGZ zusammenzuschließen. Gem § 4 LAG gelten If AGZ als Betriebe der Land- und Forstwirtschaft, die Gewerbeordnung kommt laut Gesetzgeber somit nicht zur Anwendung.

Als Sonderform von If AGZ sieht § 416 Abs 1 LAG den Klein-AGZ vor. Voraussetzung für ein Klein-AGZ ist, dass sich mind zwei und höchstens fünf Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft in Form einer GesbR zum Zweck der gemeinsamen Beschäftigung von Arbeitnehmern zusammenschließen. Mangels Rechtsfähigkeit der GesbR bestehen Sonderregelungen, wonach ua der Sitz des Klein-AGZ festgelegt werden muss bzw ein Mitglied des Klein-AGZ zur Wahrnehmung der Arbeitgeberfunktionen gegenüber den Arbeitnehmern festzulegen ist.

Der Gesetzgeber hält ausdrücklich fest, dass die Arbeitsleistung von Arbeitnehmern von If AGZ in einem Mitgliedsbetrieb **keine Überlassung** iSd LAG darstellt. Der Gesetzgeber trifft eine klare Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und der gemeinsamen Beschäftigung im If AGZ dadurch, dass bei zweitem Arbeitnehmer nicht Dritten zur Verfügung gestellt werden. Das hat zur Folge, dass Mangels des „zur Verfügung stellen von Arbeitnehmern an Dritte“ der Gesetzgeber davon ausgeht, dass keine Arbeitskräfteüberlassung im If AGZ vorliegt. Der Gesetzgeber modifiziert in den §§ 415 ff LAG die Bestimmungen der Überlassung von Arbeitskräften im LAG. Da der Gesetzgeber aber eine klare Abgrenzung der gemeinsamen Beschäftigung im If AGZ von der Arbeitskräfteüberlassung im LAG vornahm, kann mE bei den Bestimmungen für den If AGZ nicht von *leges speciales* zu den allgemeinen Bestimmungen der Arbeitskräfteüberlassung gesprochen werden, sondern der Gesetzgeber schaffte mit den If AGZ eine Beschäftigungsform *sui generis*. Jedoch liegt mE Arbeitskräfteüberlassung iSd Leiharbeits-RL vor, da der Richtlinie eine derartige Einschränkung des Begriffs „Dritte“ fremd ist.

Zur Feststellung des anzuwendenden KollIV sieht § 417 Abs 1 LAG als Grundregel vor, dass auf Arbeitsverhältnisse zu einem If AGZ der KollIV der Mitgliedsbetriebe Anwendung findet. Unterliegen die Mitgliedsbetriebe unterschiedlichen KollIV so kommt für sämtliche Arbeitsverhältnisse zum If AGZ jener KollIV zur Anwendung, der **hinsichtlich des Entgelts** für



die Arbeitnehmer am günstigsten ist, wobei ein Gesamtvergleich der Entgeltbestimmungen anzustellen ist.

Aus den Bestimmungen des LAG zu AGZ selbst ergibt sich, dass auch die Gesetzgebung selbst von einem zumindest **arbeitskräfteüberlassungsähnlichen Rechtsgebilde** ausging. Die Bestimmungen hinsichtlich Gleichbehandlung und Diskriminierungsverboten sowie Arbeitnehmerschutzbestimmungen sind nämlich jenen der Arbeitskräfteüberlassung nachgebildet bzw wurden zeitweise sogar fast wortident übernommen wurden.

# Anhang

## Auszug Landarbeitsgesetz 2021 -LAG (BGBl 2021/78)

### Abschnitt 25

#### Land- und forstwirtschaftliche Arbeitgeberzusammenschlüsse

##### Allgemeine Regelungen

**§ 415.** (1) Ein Arbeitgeberzusammenschluss im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn sich mindestens zwei Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft ausschließlich zum Zweck der gemeinsamen Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne des § 1 zusammenschließen. Die Arbeitsleistung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern von Arbeitgeberzusammenschlüssen in einem Mitgliedsbetrieb stellt keine Überlassung im Sinne des Abschnittes 7 dar.

(2) Die Gründung des Arbeitgeberzusammenschlusses muss schriftlich erfolgen, soweit für bestimmte Rechtsformen nicht weitergehende Vorschriften bestehen. Der Name des Arbeitgeberzusammenschlusses hat entweder die Bezeichnung „Arbeitgeberzusammenschluss“ oder die Abkürzung „AGZ“ sowie einen Hinweis auf die zulässigen Tätigkeiten des Arbeitgeberzusammenschlusses insbesondere im Hinblick auf die Abgrenzung zu gewerblichen Tätigkeiten zu enthalten.

(3) Ein- und Verkaufsgenossenschaften nach § 4 Abs. 4 sowie Arbeitgeberzusammenschlüsse können nicht Mitglieder eines Arbeitgeberzusammenschlusses sein.

(4) Arbeitgeberzusammenschlüsse können als Offene Gesellschaft oder in Form einer juristischen Person errichtet werden, soweit § 416 Abs. 1 nichts anderes bestimmt.

(5) Der Arbeitgeberzusammenschluss selbst darf nicht auf Gewinn gerichtet sein. In den Gründungsunterlagen (Abs. 2) muss dies ausdrücklich festgelegt werden.

(6) Vor der erstmaligen Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern hat der Arbeitgeberzusammenschluss jedenfalls folgende Informationen an die Landwirtschaftskammer Österreich unter Anschluss eine Kopie der Gründungsunterlagen (Abs. 2) schriftlich zu übermitteln:

1. Sitz und Name des Arbeitgeberzusammenschlusses;
2. Mitglieder des Arbeitgeberzusammenschlusses;
3. anzuwendender Kollektivvertrag.

(7) Jede Änderung der nach Abs. 6 übermittelten Informationen ist unverzüglich, spätestens aber binnen 14 Tagen nach Eintritt der Änderungen, der Landwirtschaftskammer Österreich schriftlich mitzuteilen. Ebenso ist der Landwirtschaftskammer Österreich die Auflösung des Arbeitgeberzusammenschlusses mitzuteilen.

(8) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines Arbeitgeberzusammenschlusses dürfen nur in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft eines Mitglieds beschäftigt werden, deren Sitz sich entweder im selben politischen Bezirk oder in einem angrenzenden Bezirk des Sitzes des Arbeitgeberzusammenschlusses befindet. Der Kollektivvertrag kann abweichende Regelungen vorsehen.

(9) Die Landwirtschaftskammer Österreich kann Daten im Sinne des Abs. 6 im Rahmen von Vereinbarungen an kollektivvertragsfähige Körperschaften übermitteln.

##### Sonderregelungen für Klein-Arbeitgeberzusammenschlüsse

**§ 416.** (1) Ein Klein-Arbeitgeberzusammenschluss im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn sich mindestens zwei und höchstens fünf Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Zweck der gemeinsamen Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne des § 1 zusammenschließen.

(2) Mitglieder eines Klein-Arbeitgeberzusammenschlusses können nur Unternehmerinnen und Unternehmer sein, die der Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 BSVG unterliegen.

(3) Die Mitglieder müssen einen Betrieb eines Mitglieds als Sitz des Arbeitgeberzusammenschlusses festlegen.

(4) Der Klein-Arbeitgeberzusammenschluss entsteht erst nach nachweislicher schriftlicher Übermittlung der Informationen nach § 415 Abs. 6 an die Landwirtschaftskammer Österreich.

(5) Die Mitglieder haben ein Mitglied als alleinige Vertreterin bzw. alleinigen Vertreter des Klein-Arbeitgeberzusammenschlusses zur Wahrnehmung der Arbeitgeberfunktionen gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern festzulegen, das im Dienstschein angegeben werden muss. Jede Arbeitgeberin bzw. jeder

Arbeitgeber ist gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern dieses Arbeitgeberzusammenschlusses hinsichtlich der Arbeitsleistung in ihrem Mitgliedsbetrieb weisungsbefugt.

(6) Bei Unklarheiten oder widersprechenden Weisungen dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wegen ihres Verhaltens nicht benachteiligt werden, insbesondere hinsichtlich des Entgelts, der Aufstiegsmöglichkeiten und der Versetzung.

(7) Wird eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer wegen eines Verhaltens gemäß Abs. 6 gekündigt oder entlassen, kann sie bzw. er diese Kündigung oder Entlassung binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung oder Entlassung bei Gericht anfechten. Gibt das Gericht der Anfechtung statt, so ist die Kündigung oder Entlassung rechtsunwirksam.

(8) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines Klein-Arbeitgeberzusammenschlusses dürfen nur in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft eines Mitglieds beschäftigt werden, deren Sitz sich entweder in derselben politischen Gemeinde oder einer angrenzenden Gemeinde des Sitzes des Arbeitgeberzusammenschlusses befindet.

(9) Ein Ausschluss der gemeinsamen Haftung der Gesellschafterinnen oder Gesellschafter gemäß § 1199 Abs. 1 ABGB ist nicht zulässig.

### **Gemeinsame Bestimmungen**

**§ 417.** (1) Auf Arbeitsverhältnisse zu einem Arbeitgeberzusammenschluss findet der Kollektivvertrag der Mitgliedsbetriebe Anwendung. Den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern steht das nach diesem Kollektivvertrag oder dem Kollektivvertrag nach Abs. 2 gebührende Entgelt auch dann zu, wenn ein eigener Kollektivvertrag für Arbeitgeberzusammenschlüsse ein niedrigeres Entgelt vorsieht.

(2) Unterliegen die am Arbeitgeberzusammenschluss beteiligten Betriebe verschiedenen Kollektivverträgen oder unterliegen einzelne Betriebe keinem Kollektivvertrag, so kommt für sämtliche Arbeitsverhältnisse zum Arbeitgeberzusammenschluss jener Kollektivvertrag zur Anwendung, der hinsichtlich des Entgelts für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am günstigsten ist.

(3) Unterliegt kein Mitglied eines Arbeitgeberzusammenschlusses einem Kollektivvertrag, so gebührt das ortsübliche angemessene Entgelt.

(4) Eine Überlassung im Sinne des Abschnittes 7 kann auch an Betriebe, die nicht Mitglied des Arbeitgeberzusammenschlusses sind, nicht rechtswirksam vereinbart oder angeordnet werden.

(5) Die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer ist im Dienstschein (§ 6) darauf hinzuweisen, dass sie bzw. er in sämtlichen Mitgliedsbetrieben eingesetzt werden kann.

(6) Die Zuteilung zur Beschäftigung und die Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Betrieben, die von Streik oder Aussperrung betroffen sind, ist verboten.

(7) Ansprüche, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach diesem Abschnitt oder nach anderen zwingenden Rechtsvorschriften zustehen, können vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

(8) Sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nachweislich zur Leistung bereit und können sie nicht oder nur unter dem vereinbarten Ausmaß beschäftigt werden, gebührt das Entgelt auf Basis der vereinbarten Arbeitszeit.

(9) Die Ausbildung von Lehrlingen durch einen Arbeitgeberzusammenschluss ist nicht zulässig.

### **Bürgschaft**

**§ 418.** (1) Die Mitglieder des Arbeitgeberzusammenschlusses haften für die gesamten der zugeweilten Arbeitskraft für die Beschäftigung in ihren jeweiligen Betrieben zustehenden Entgeltansprüche und die entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung als Bürgin bzw. Bürge (§ 1355 ABGB).

(2) Hat das Mitglied des Arbeitgeberzusammenschlusses seine Verpflichtungen aus der Zuteilung gegenüber dem Zusammenschluss nachweislich erfüllt, haftet es nur als Ausfallbürgin (§ 1356 ABGB).

(3) Bei Insolvenz des Arbeitgeberzusammenschlusses entfällt die Haftung des Mitglieds als Bürgin, wenn die zugeweilte Arbeitskraft Anspruch auf Insolvenz-Entgelt nach dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, BGBl. Nr. 324/1977, hat, soweit dadurch die Befriedigung der in Abs. 1 erwähnten Ansprüche tatsächlich gewährleistet ist.

### **Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbote**

**§ 419.** (1) Hinsichtlich der Zuteilung zum Betrieb eines Mitglieds gilt auch dieses als Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber der zugeweilten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Sinne der Gleichbehandlungsvorschriften und Diskriminierungsverbote, die für vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebes gelten.

(2) Abs. 1 gilt insbesondere für die Auswahl der zugeweilten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und die sonstigen Arbeitsbedingungen, zu denen auch die Beendigung einer Zuteilung zählt.

(3) Der Arbeitgeberzusammenschluss bzw. das Mitglied nach § 416 Abs. 5 ist verpflichtet, für angemessene Abhilfe zu sorgen, sobald er bzw. es weiß oder wissen muss, dass ein Mitglied während der Dauer der Zuteilung die Gleichbehandlungsvorschriften oder Diskriminierungsverbote nicht einhält.

(4) Führt eine Diskriminierung zu einer Beendigung der Zuteilung, so kann eine in diesem Zusammenhang erfolgte Beendigung oder Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 142 Abs. 7 angefochten und Schadenersatz gefordert werden, als wäre die Beendigung oder Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses auf Grund der Diskriminierung erfolgt.

(5) Der Arbeitgeberzusammenschluss bzw. das Mitglied nach § 416 Abs. 5 hat gegen die Mitglieder Anspruch auf Ersatz aller aus den Abs. 3 oder 4 resultierenden Aufwendungen.

(6) Die Mitglieder des Arbeitgeberzusammenschlusses haben den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern des Zusammenschlusses während der Zuteilung zu ihrem Betrieb Zugang zu den Wohlfahrtseinrichtungen und Wohlfahrtsmaßnahmen im Betrieb unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu gewähren, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung. Dazu zählen insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel.

#### **Arbeitnehmerschutz bei Zuteilung**

**§ 420.** (1) Für die Dauer der Zuteilung zum Betrieb eines Mitglieds gilt dieses als Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber im Sinne der Arbeitnehmerschutzvorschriften.

(2) Der Arbeitgeberzusammenschluss bzw. das Mitglied nach § 416 Abs. 5 hat das Mitglied auf alle für die Einhaltung des persönlichen Arbeitsschutzes, insbesondere des Arbeitszeitschutzes und des besonderen Personenschutzes maßgeblichen Umstände hinzuweisen.

(3) Während der Zuteilung gelten für die zugeteilten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die im entsprechenden Mitgliedsbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit beziehen.

(4) Für die Dauer der Zuteilung zum Betrieb eines Mitglieds obliegen die Fürsorgepflichten der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber auch diesem Mitglied.

(5) Der Arbeitgeberzusammenschluss bzw. das Mitglied nach § 416 Abs. 5 ist verpflichtet, die Zuteilung unverzüglich zu beenden, sobald er bzw. es weiß oder wissen muss, dass ein Mitglied trotz Aufforderung die Arbeitnehmerschutz- oder die Fürsorgepflichten nicht einhält.

## Abstract

Unterschiedliche gesellschaftliche, wirtschaftliche und digitale Entwicklungen führen dazu, dass neue Arbeitsformen entstehen, die sich vom unbefristeten zweipersonalen Vollzeitverhältnis entfernen. Allerdings muss nicht jede neue Form der Arbeitsorganisation zwangsläufig davon abweichen, wie sich etwa beim „Employee-Sharing“ auch „Mitarbeiter-Sharing“ oder „Arbeitgeberzusammenschluss“ genannt, zeigt. Hierfür gründet eine Gruppe von Unternehmen einen sogenannten Arbeitgeberzusammenschluss (AGZ), um ihren stunden- bzw. tageweisen Personalbedarf in den einzelnen Unternehmen zusammenzufassen um dadurch gemeinschaftlich einen unbefristeten Vollzeit Arbeitsplatz zu schaffen. Als formeller Arbeitgeber koordiniert der Arbeitgeberzusammenschluss die Arbeitseinsätze der Arbeitnehmer bei den einzelnen Mitgliedsunternehmen. Diese leisten im Gegenzug eine finanzielle Abgeltung an den Arbeitgeberzusammenschluss. *Prima facie* weist das Modell Arbeitgeberzusammenschluss Ähnlichkeiten mit jenem der Arbeitskräfteüberlassung auf. Unterschiede ergeben sich jedoch dadurch, dass bei einem Arbeitgeberzusammenschluss die Arbeitnehmer schon bei ihrer Anstellung wissen, in welchen Unternehmen sie eingesetzt werden und dass der Arbeitgeberzusammenschluss nicht darauf ausgerichtet ist, aus der Koordinierung der einzelnen Arbeitnehmer für die jeweiligen Mitgliedsbetriebe einen Gewinn zu erwirtschaften.

In der vorliegenden Arbeit wird in einem ersten Schritt erörtert, ob ein Arbeitgeberzusammenschluss unter den Geltungsbereich des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes fällt. Weiters wird geprüft, ob trotz der nicht gewinnorientierten Ausrichtung des Arbeitgeberzusammenschlusses eine gewerbsmäßige Tätigkeit iSd Gewerbeordnung vorliegt. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse werden dann in einem weiteren Schritt für die praktisch höchst relevante Fragestellung der Entgeltfestsetzung im Arbeitgeberzusammenschluss herangezogen.

Geprüft wird weiters, ob ein Arbeitgeberzusammenschluss als Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet werden kann und welche Auswirkungen sich durch die mangelnde Rechtsfähigkeit hinsichtlich der Arbeitgeberfunktionen ergeben. Abschließend werden die gesetzlichen Bestimmungen des „neuen“ Landarbeitsgesetzes dargestellt, welches seit 1.7.2021 die Möglichkeit der Gründung von Arbeitgeberzusammenschlüssen in der Land- und Forstwirtschaft vorsieht.

Different social, economic and digital developments are leading to the emergence of new forms of work that depart from regular two-party full-time employment. However, not every new form of organizing work necessarily deviates from this, as can be seen, for example, in the case of 'employee sharing' or 'employer association' (*Arbeitgeberzusammenschluss*). In this case, a group of companies establishes a so-called employer association in order to combine their hourly or daily staffing requirements in the individual companies and thereby jointly create a permanent full-time position. As a formal employer, the employers' association coordinates the work assignments of the employees with the individual member companies, which in return make a financial contribution to the employers' association to cover the costs. *Prima facie* the employer association model has similarities with temporary employment agencies. However, differences arise from the fact that in an employer association, employees already know at the time of their recruitment to which companies they will be deployed. Another distinctive feature is that the employers' association is not designed to generate profit from the coordination of employees for the respective member companies.

In this thesis, the first step is to discuss whether an employers' association falls within the scope of the *Arbeitskräfteüberlassungsgesetz* (Temporary Agency Work Act). Furthermore, it will be examined whether - despite the non-profit orientation of the employers' associations - a commercial activity as defined by the *Gewerbeordnung* (Commercial Code) exists. In a further step, the insights gained from this will be used to answer the highly relevant question of determining remuneration of employees employed by an employers' association. Moreover, it will be examined whether an employer association can be established as a *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (Civil Law Partnership) and what effects result from the lack of legal capacity with regard to the employer functions. Finally, the special legal provisions of the *Landarbeitsgesetz* (Agricultural Labor Act) are examined, which provide the possibility of establishing employer associations in agriculture and forestry as of July 1, 2021.

# Literaturverzeichnis

## Kommentare, Monographien, Aufsätze und Handbücher

*Arntz/Gregory/Zierahn*, The Risk of Automation for Jobs in OECD Countries (2016)

*Bachmann et al*, Besonderes Verwaltungsrecht<sup>13</sup> (2020)

*Baringer/Greiner*, Die Dauerüberlassung in Form des Payrollings und § 2 Abs 4 AMFG – Beurteilung nach österreichischem Recht und Unionsrecht, ASoK 2021, 278

*Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften (2016)

*Berka*, Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium (2018)

*Binder/Burger/Maier*, AVRAG<sup>3</sup> § 2 Rz 15 (Stand 1.1.2017, rdb.at)

*Brodil* (Hrsg), Diener fremder Herren (2016)

*Brodil/Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>10</sup> (2019)

*Bruckmüller*, Betriebsvereinbarungen in Beschäftigerbetrieben – Relevanz in der Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2017/510, 694

*Bruckmüller/Zehentmayer*, Was sind „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“? ecolex 2013, 679

*Burgstaller/Schorn*, Entgelt nicht gleich Entgelt – Der Entgeltbegriff im Arbeitsrecht – ein Abriss der verschiedenen einzelgesetzlichen Ansätze im Arbeitsrecht, ZAS 2013/18

*Burz*, Die Tücken des (neuen) AÜG – „Fairness“ oder „verbrannte Erde“ im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung?, ecolex, 2012, 1093

*Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre<sup>3</sup> (2018)

*Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (2011)

*Cohen/Rechberger*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Rechtsvergleich, GES 2011, 155

*Eichhorst/Buhlmann*, Die Zukunft der Arbeit und der Wandel der Arbeitswelt (2015)

*Ennöckl/Raschauer/Wessely*, Kommentar zur Gewerbeordnung 1994 (Stand 1.1.2025, rdb.at)

*Eurofound*, Neue Beschäftigungsformen Zusammenfassung, <https://www.ams-forschungsnetzwerk.at/downloadpub/ef1461de1.pdf>

*Eurofound*, New forms of employment (2015)

*Eurofound*, New forms of employment: 2020 update

*Eurofound*, New forms of employment: Developing the potential of strategic employee sharing (2016)

*Eurofound*, Overview of new forms of employment 2018 update

*Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar – GesbR - §§ 1175 bis 1216e ABGB<sup>3</sup> (2016)

*Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar – Vertragsrecht - §§ 897 bis 916 ABGB<sup>3</sup> (2011)

*Fessler/Keller*, VerG: Kommentar zum Vereinsgesetz (2004)

*Firlei*, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA 1987, 271

*Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg) Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2020)

*Frey/ Osborne*, The Future of Employment: How susceptible are Jobs to Computerisation? (2013)

*Fritz/Klement* (Hrsg.), Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>2</sup> (2017)

*Fuchs/Lamplmayr*, „Payrolling“ – Arbeitskräfteüberlassung oder -vermittlung?, JAS 2018, 355

*Fuchs/Winkler* (Hrsg), Die GmbH: Recht und Steuern (2010)

*Gagwczuk*, Leiharbeitrichtlinie – wiederholter Anlauf gescheitert? DRdA 2003, 597.

*Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht<sup>5</sup> Band 2 (2015)

*Geppert*, Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung – Entstehung, Entwicklung und Probleme, DRdA 2011, 507

*Geppert*, Die gewerbmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1978)



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

*Gerhartl*, Arbeitstraining und Arbeitserprobung – Beschäftigung auf dem zweiten Arbeitsmarkt, ASok 2017, 422

*Gfrerer*, Entwicklungsgeschichte der Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft in FS Holzer (2007)

*Haas/Hollaus/Poglies-Schneidbauer*, Arbeitskräfteüberlassung (2014)

*Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung Band 1 (2017)

*Hartmann/Wölfing*, Arbeitgeberzusammenschlüsse in Deutschland (2012)

*Holoubek/Potacs*, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Band I<sup>4</sup> (2019)

*Holzer*, Bäuerliche Direktvermarktung (2010)

*Jabornegg*, Arbeitsvertragsrecht im Konzern (Teil I), DRdA 2002

*Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB<sup>2</sup> Band 1 (2010)

*Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (Stand 1.6.2017, rdb.at)

*Katlan-Dworak*, Praxishandbuch Gewerbeordnung: Berufsrecht – Betriebsanlagenrecht – Verfahren (2019)

*Kietaibl*, Arbeitsrecht I (2017)

*Kietaibl/Reiner*, Kein Arbeitsrecht am zweiten und dritten Arbeitsmarkt? Zur Bedeutung von Nutzenverteilung und Interessenlage für den Arbeitnehmerbegriff, DRdA 2011, 526

*Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> (Stand 1.3.2017, rdb.at)

*Körber-Risak*, Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung, Erzwingbare Quoten und Kontrahierungszwänge?, RdW 2008/556 592

*Kozak* (Hrsg), ABGB und Arbeitsrecht (2019)

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>6</sup> (2020)

*Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern: Probleme des Individualarbeitsrechts in verbundenen Unternehmen (1996)

*Kuderna*, Das Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994)

*Leuchten*, Das neue Recht der Leiharbeit, NZA 2011, 608

*Löschnigg* (Hrsg.) Angestelltengesetz Band 1<sup>10</sup> (2016)

*Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>13</sup> (2017)

*Maaß*, die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Deutschland – Ein Vorbild für Österreich?, wbl 2002, 149

*Mahrold/Burgstaller/Preyer*, Angestelltengesetz (Stand 1.6.2005, rdb.at)

*Mandl*, Die Nutzung neuer Beschäftigungsformen für das Unternehmenswachstum, Wirtschaftspolitische Blätter 2015 Nr. 3

*Mandl*, Neue Beschäftigungsformen in Europa, Wirtschaft und Gesellschaft 2015 Band 41 Nr. 4

*Marhold*, Atypische Arbeitskräfteüberlassung?, ASoK 2008, 162

*Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015)

*Mazal*, AÜG-Novelle 2012, Keine Gleichstellung im Entgelt bei doppelter Tarifbindung, ecolex 2013, 100

*Mazal*, Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG, ZAS 2005/42

*Mosler/Pfeil* (Hrsg), Mindestlohn im Spannungsverhältnis zwischen Kollektivvertragsautonomie und staatlicher Sozialpolitik (2016)

*Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2018)

*Norer/Holzer*, Agrarrecht (2010)

ÖGB, ÖGB-Grundsatzprogramm 2018-2023  
[https://www.oegb.at/cms/S06/S06\\_63.3/grundsatzprogramm](https://www.oegb.at/cms/S06/S06_63.3/grundsatzprogramm)

*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup> (2019)

*Österreicher*, Innovative Beschäftigungsmodelle in der Land- und Forstwirtschaft, Jahrbuch Agrarrecht 2017

*Pacic*, Methoden der Rechtsfindung im Arbeitsrecht (2012)

*Petri*, Das Phänomen „Arbeitgeberzusammenschlüsse“ als Arbeitnehmerüberlassung – Reformvorschläge zum AÜG (2019)

*Pirker*, Ausgewählte betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung (2017)

*Pöschl*, System der GewO (2016)

*Prassl*, Die Suche nach dem Arbeitgeber im englischen Recht, EuZA 2013, 472

*Prassl*, The concept of the employer (2015)

*progressNetz*, AGZ-Potenzialanalyse, Lassen sich mit dem Beschäftigungsmodell Arbeitgeberzusammenschluss neue (Vollzeit-) Arbeitsplätze in Österreich schaffen? Ergebnisse einer wissenschaftlichen Untersuchung (2018)

*Raschauer* (Hrsg), Wirtschaftsrecht<sup>2</sup> (2003)

*Raschauer/Resch*, Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014)

*Regierungsprogramm*, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024

*Reisch*, Privatrechtliche Rahmenbedingungen für Vereine – Vereinsgesetz 2002, ecolex 2002, 152

*Reisinger*, Der Begriff der Arbeitsvermittlung im AMFG, DRdA 2013, 276

*Reissner/Mair* (Hrsg), Innsbrucker Jahrbuch zum Arbeitsrecht 2018

*Risak*, AÜG: Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftigter-Kollektivvertrag, ecolex 2004, 465

*Risak*, New forms of employment, ZAS 2014/40 (241)

*Risak*, Schriftformgebote im Arbeitsrecht, ZAS 2013/10 52

*Ritzberger-Moser*, Der Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskraft nach § 10 Abs 1 AÜG, DRdA 1992, 330

*Rothe*, Arbeiter- und Angestellten-KV Arbeitskräfteüberlassung 2017<sup>3</sup>

*Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> (Stand 1.10.2020 rdb.at)

*Sacherer/Schöll*, Gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung - Wann und in welchem Umfang ist das AÜG anwendbar?, RdW 2005/568.

*Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassung<sup>2</sup> (2006)

*Schima*, Arbeitskräfteüberlassung an und durch Gebietskörperschaften – Rechtliche Aspekte der Privatisierung durch Ausgliederung, RdW 1994, 209

*Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV (2018)

*Schindler*, Der Entgeltanspruch bei Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2000/735,

*Schindler*, Die neue EU-Leiharbeits-RL – der Umsetzungsbedarf in Österreich, DRdA 2009, 176

*Schlitzer*, Die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, DRdA-InfAS 2013

*Schnorr*, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung – Verbot oder Regeln (1979)

*Schopper/Weillinger* (Hrsg), Vereinsgesetz (2019)

*Schopper/Weillinger*, VereinsG (Stand 1.10.2018, rdb.at)

*Schörghofer*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsverhältnis von Flexibilisierung und ArbeitnehmerInnenschutz, Juridikum 2014

*Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung. Langfristige Überlassung, Payrolling und die Abgrenzung vom Werkvertrag (2015)

*Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG – Einige zentrale Änderungen und Lücken, ZAS 2012/61, 336

*Schrammel*, Zum „Grund“lohnanspruch überlassener Arbeitskräfte, eCollex 2001, 252

*Schrank*, Die wichtigsten Neuerungen zur Arbeitskräfteüberlassung Teil 1 und 2, RdW 2013, 38

*Schrattbauer* (Hrsg), AÜG (2020)

*Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung – Chance oder Risiko für Problemgruppen des Arbeitsmarktes? (2015)

*Schrattbauer/Goricnik*, Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, DRdA 2013, 282

*Schrattbauer/Goricnik*, Wesentliche Änderungen durch die Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), wbl 2013, 121

*Schrattbauer/Pfeil*, Rechtsfragen der gemeinnützigen Arbeitskräfteüberlassung, DRdA 2014, 3

*Schulev-Steindl* (Hrsg), Ressourcenknappheit (2013)

*Schulev-Steindl*, Idealvereine und Gewerberecht, ecolex 1994, 8

*Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Paxiskommentar<sup>4</sup> (2014)

*Schwimann/Neumayr* (Hrsg); ABGB Taschenkommentar<sup>5</sup> (2020)

*Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, GewO<sup>4</sup> (2020)

*Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* ArbVG (Stand 1. 10. 2002, rdb.at)

*Straube* (Hrsg), HGB 1. Band<sup>3</sup> (2003)

*Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), UGB I<sup>4</sup> (Stand 1.9.2016, rdb.at).

*Szöllösy*, Beschäftigungsmodell Arbeitgeberzusammenschluss (AGZ): Ein arbeitsmarktpolitischer Ansatz als Antithese zu atypischen Beschäftigungsformen im Kontext eines sich verändernden Arbeitsmarktes sowie einer arbeitgeberinteressengeleiteter Beschäftigungspolitik – Fallbeispiel Österreich (2017)

*tamen*, Betriebliche Kooperationen in der Landwirtschaft zur Sicherung zukünftigen Fachkräftebedarfs (2003)

*tamen*, Dokumentation der Tagung Arbeitgeberzusammenschlüsse, Partnerschaften, Regionen am 7. und 8. Februar 2002 in Poitiers (2002)

*Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2011)

*Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung<sup>3</sup> (2017)

*Tomandl*, Machen wir unser Arbeitsrecht zukunftsfähig, Lösungen für die Arbeitswelt von morgen (2019)

*Torggler* (Hrsg), UGB<sup>3</sup> (2019)

*Torggler*, Grenzverschiebungen im Gesellschaftsrecht: Zum Anwendungsbereich der „GesbR neu“, wbl 2016, 742

*Uhlenhut*, Arbeitskräfteüberlassung und Sozialversicherung, SozSi 1988, 518

*W.Pöschl/Unterrieder*, Novelle zum AÜG – Neue Pflichten für Beschäftigte und Überlasser, ecolex 2012, 999

*Wiesinger*, Befugnis ohne Gewerbeberechtigung, ZVB 2016/48 (187)

*Wölfing/Hartmann*, Arbeitsgeberzusammenschlüsse in Frankreich (2011)

*Wölfing/Hartmann*, Betriebliche Kooperation in der Landwirtschaft zur Sicherung zukünftigen Fachkräftebedarfs (2003)

*Zechner*, Das Arbeitstraining – Eine Wiedereingliederungsmaßnahme mit Abgrenzungsproblemen zum Arbeitsverhältnis, DRdA-InfA 2019, 226

### **Judikaturverzeichnis:**

#### **Rechtsprechung VfGH und VwGH**

VfGH 17.3.1962, B 313/61 VfSlg 4140

VfGH 9.12.1968, G 16/68 VfSlg 5854

VfGH 27.1.1977, B 32/75 VfSlg 7974

VfGH 11.10.1994, G 74/94 VfSlg 13917

VwGH 18.2.1970, 0204/69 VwSlg 7736 A

VwGH 7.11.1976, 2049/75

VwGH 2.12.1983, 83/04/0189

VwGH 25.5.1988, 87/13/0231

VwGH 30.6.1988, 86/08/0204

VwGH 19.3.1991, 90/04/0130 VwSlg 13408 A

VwGH 5.11.1991, 91/04/0150

VwGH 5.11.1991, 91/04/0108

VwGH 28.1.1992, 91/04/0232

VwGH 24.11.1992, 92/04/0180

VwGH 10.1.1995, 93/18/0230

VwGH 28.11.1995, 94/08/0074 SVSlg 42.148

VwGH 11.11.1998, 98/04/0050

VwGH 12.1.1999, 98/09/0231

VwGH 3.3.1999, 97/04/0183

VwGH 20.10.1999, 99/04/0122 VwSlg 15254 A

VwGH 30.1.2002, 97/08/0444 SVSlg 47.958

VwGH 30.4.2002, 97/08/0465

VwGH 25.6.2003, 2002/03/0069

VwGH 18.12.2003, 2001/08/0204 ASoK 2004, 185 (*Resch*)

VwGH 20.1.2005, 2004/07/0206 VwSlg 16526 A

VwGH 20.4.2005, 2001/08/0074

VwGH 18.5.2005, 2005/04/0070

VwGH 15.9.2006, 2004/04/0185 ecolex 2007/34 (*Primosch*)

VwGH 24.1.2008, 2007/09/338

VwGH 10.9.2008, 2008/04/0020

VwGH 31.5.2012, 89/04/0186 VwSlg 13113 A

VwGH 29.1.2014, 2013/08/0265 DRdA 2014/46 (*Pfeil*)

VwGH 30.1.2014, 2013/15/0158, 2013/15/0160 ARD 6399/13/2014 (*Sadlo*)

VwGH 18.8.2017, Ra 2017/04/0081

### **Rechtsprechung OLG Wien und OGH**

OLG Wien 10 Ra 179/04y = ARD 5612/2005

OGH 27.10.1959, 4 Ob 96/59

OGH 27.11.1968, 5 Ob 249/68 SZ 41/162

OGH 15.6.1982, 4 Ob 66/82 DRdA 1984, 460 (*Schauer*) = Arb 10.142

OGH 14.1.1986, 4 Ob 127/84 DRdA 1988, 36 (*Geppert*) = Arb 10.531

OGH 27.1.1987, 14 Ob 224/86 Arb 10.603

OGH 27.1.1987, 14 Ob 180/86 ZAS 1988/6 (*Hoyer*)

OGH 27.3.1990, 5 Ob 560/90 SZ 63/44

OGH 27.6.1990, 9 ObA 141/90 Arb 10.872

OGH 10.10.1990, 9 ObA 602/90 SZ 63/173 = ZAS 1991,24 (*Andexlinger*) = SZ 63/173 = Arb 10.896

OGH 25.11.1992, 9 ObA 305/92 DRdA 1993/46 378 (*Ritzberger-Moser*)

OGH 24.11.1993, 9 ObA 180/93 Arb 11.124

OGH 21.12.1994, 9 ObA 212/94 Arb 11.343

OGH 10.12.1998, 8 ObS 162/98a DRdA 1999/37 (*Geist*) = RdW 1999, 727 (*Fantur/Kreil*) = RWZ 1999, 74 (*Wenger*) = SVSlg 46.855 = Arb 11.995

OGH 16.2.2000, 9 ObA 250/99a ecolex 2000/190, 443 (*Mazal*)

OGH 20.9.2000, 9 ObA 188/00p ecolex 2001/24, 61 (*Mazal*) = DRdA 2001/32, 343 (*Weiß*).



OGH 7.6.2001, 9 ObA 81/01d Arb 12.105

OGH 25.10.2001, 8 ObA 28/01b DRdA 2003/1, 25 (*Geppert*) = Arb 12.163

OGH 13.12.2001, 8 ObA 226/01w ecolex 2002/11, 273 (*Mazal*) = DRdA 2002,25, 307 (*Schindler*) = Arb 12.178

OGH 21.2.2002, 8 ObA 15/02t

OGH 27.3.2002, 9 ObA 50/02x

OGH 27.3.2002, 9 ObA 58/02y SZ 2002/40

OGH 28.3.2002, 8 ObA 50/02i Arb 12.204

OGH 17.4.2002, 9 ObA 84/02x

OGH 8.8.2002, 8 ObA 112/02g Arb 12.256

OGH 19.9.2002, 3 Ob 175/01h SZ 2002/119

OGH 7.11.2002, 8 ObA 212/02p

OGH 3.12.2003, 9 ObA 113/03p ecolex 2004, 465 (*Risak*) = DRdA 2004/47, 553 (*Balla*) = SZ 2003/156 = Arb 12.386

OGH 6.10.2005, 8 ObA 66/05x

OGH 18.4.2007, 8 ObA 108/06z RdW 2008/556, 592 (*Körber-Risak*) = ZAS 2008/10, 77 (*Gerlach*) = Arb 12.674 = HS 38.573 = HS 38.629

OGH 17.12.2008, 9 ObA 158/07m DRdA 2010/42, 417 (*Wagnest*) = ZAS 2011/6, 35 (*Niksova*) = Arb 12.784 = HS 39.363 = HS 39.363 = HS 39.454 = HS 39.460

OGH 2.6.2009, 9 ObA 43/09b DRdA 2011/24, 270 (*Mayr*) = Arb 12.818

OGH 24.3.2014, 8 ObA 18/14a RdW 2014/524, 476 (*Sabara*) = PVInfo 2014 H 7, 18 (*Rauch*) = ÖJZ EvBl 2014/110, 772 (*Rohrer*) = ARD 6402/12/2014v (*Sabara*) = Arb 13.146 = SZ 2014/26

OGH 25.8.2014 8 ObA 50/14g DRdA-infas 2015/14, 15 (*Tinhof*) = wbl 2015/10, 38 (*Schrattbauer*) = DRdA 2015/32, 250 (*Felten*) = ZAS 2015/52, 315 (*Schörghofer*) = Arb 13.169

OGH 28.10.2015, 9 ObA 157/14z DRdA-infas 2016/8, 12 (*Haslinger*)

OGH 28.7.2017, 9 ObA 15/17x DRdA-infas 2017/193, 350 (*Schneller*) = wbl 2017/223, 706 (*Schrattbauer*) = DRdA 2018/23, 242 (*Schörghofer*) = ZAS 2018/31, 194 (*Schrank*) = PVInfo 2018 H 1, 17 (*Rauch*) = Arb 13.417

OGH 25.10.2017, 8 ObA 10/17d, DRdA-infas 2018/13 (*Tinhof*)

OGH 29.5.2018, 8 ObA 13/18x

OGH 29.5.2018, 8 ObA 51/17h ecolex 2019 (*Roberts/Jobst*) = ÖJZ EvBI-LS 2018/155, 980 (*Rohrer*) = DRdA-infas 2018/164, 295 (*Tinhof*) = JAS 2018, 355 (*Fuchs/Lamplmayr*) = ZAS 2019/8, 42 (*Schörghofer*) = DRdA 2019/26, 262 (*Glowacka*)

OGH 21.10.2020, 9 ObA 85/20w

OGH 23.11.2020, 8 ObA 15/20v

### **Landesverwaltungsgerichte**

LVwG OÖ 25.6.2018, LVwG-750533/7/MZ/BBa

### **EuGH, Schlussanträge**

EuGH C-279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314

EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142

EuGH C-307/09, *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64

EuGH C-533/13, *Työtuomioistuin*, ECLI:EU:C:2015:173 DRdA 2016/1, 26 (*Schindler*)

EuGH C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, ECLI:EU:C:2016:883

EuGH C-118/85, *Kommission/Italien 7*, ECLI:EU:C:1987:283

EuGH C-232/20, *Daimler Vorabentscheidungsersuchen* 03/06/2020

EuGH C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze* 123, ECLI:EU:C2006:8

EUGH C-253/96 bis C-258/96, *Kampelmann*, ECLI:EU:C:1997:585

EuGH C-618/18, *JH gegen KG*, ECLI:EU:C:2019:1090

Schlussanträge GA *Szpunar* zu EuGH C-533/13, *Työtuomioistuin*, ECLI:EU:2014/2392