

TE OGH 2008/7/9 9ObA91/07h

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.07.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Eva Pernt und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Parteien 1. Roman R*****, Arbeiter, *****, 2. Zeljko P*****, Arbeiter, *****, beide vertreten durch Dr. Gustav Teicht Dr. Gerhard Jöchel Kommandit-Partnerschaft in Wien, gegen die beklagte Partei M***** GmbH, *****, vertreten durch Brandstetter Pritz & Partner Rechtsanwälte KEG in Wien, wegen je 21.305,63 EUR brutto sA, über die Revision und den Rekurs der beklagten Partei gegen das Teilurteil und den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. August 2006, GZ 9 Ra 47/06g-31, womit über Berufung beider Seiten das Urteil des Landesgerichts Wr. Neustadt als Arbeits- und Sozialgericht vom 14. März 2005, GZ 5 Cga 58/04g-23, teils bestätigt, teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

Spruch

1) Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleiben der Endentscheidung vorbehalten.

2) Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des hierauf entfallenden Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten erster Instanz.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte ist Arbeitskräfteüberlasserin. Die Kläger waren bei ihr vom 1. 2. 2000 (Erstkläger) bzw 3. 7. 2000 (Zweitkläger) bis 31. 8. 2003 beschäftigt. Sie waren während der gesamten Zeit des Dienstverhältnisses als (überlassene) Flugzeugbetanker auf dem Flughafen Schwechat tätig, wobei als Vertragspartner der Beklagten bzw Beschäftiger der Kläger die A***** GmbH auftrat.

Klagebegehren und Vorbringen der Kläger:

Die Kläger begeherten zuletzt den Zuspruch von je 21.305,63 EUR brutto sA. Sie seien von der Beklagten formell der A***** GmbH, von dieser aber der O***** AG bzw der 2002 gegründeten A***** R***** GmbH (in der Folge: AR*****; Tochter der O***** AG) überlassen und zu Unrecht nach dem Kollektivvertrag für die Handelsarbeiter Österreichs (Einstufung 5/1) entlohnt worden. Die O***** AG im Rahmen des Betriebs Flugtanklager betanke am Flughafen Schwechat Flugzeuge, wobei Dienstnehmer der O***** AG, der A***** GmbH und der Beklagten zum Einsatz gelangen. Im Betrieb Flugtanklager seien zu den Stichtagen 1. 1. 2000 und 1. 1. 2002 jeweils ein Angestellter (der Betriebsleiter) und neun Arbeiter der O***** AG beschäftigt gewesen. Es habe für diesen Betrieb auch eine

eigene Betriebsratskörperschaft bestanden. Die Dienstnehmer der O***** AG seien nach dem Kollektivvertrag für die ArbeiterInnen der erdölverarbeitenden Industrie Österreichs (in der Folge: ErdöIKV) entlohnt worden. Die im Flugtanklager beschäftigten Dienstnehmer der A***** GmbH seien für die O***** AG auf Basis einer Konzernüberlassung tätig gewesen. Diese Dienstnehmer und jene der Beklagten seien nach dem Kollektivvertrag für die Handelsarbeiter Österreichs entlohnt worden, wobei jedoch der Istlohn der Dienstnehmer der A***** GmbH infolge erheblicher Überzahlung den kollektivvertraglichen Lohn des Stammpersonals der O***** AG im Flugtanklager überschritten habe. Die A***** GmbH sei eine 100 %ige Tochter der O***** AG, die sich ausschließlich mit dem Vertrieb von Heizöl an Endverbraucher befasse und nichts mit der Betankung von Flugzeugen am Flughafen Schwechat zu tun habe. Auch die Kläger haben - trotz Bestehens eines Vertragsverhältnisses der Beklagten zur A***** GmbH - „nie etwas mit der A***** GmbH zu tun gehabt“. Das Vorstellungsgespräch und die Aufnahme seien mit der Beklagten und dem Betriebsleiter des Flugtanklagers abgewickelt worden, dem die Kläger in der Folge in allen Belangen unterstellt gewesen seien. Ihre Tätigkeit, die jener des Stammpersonals entsprochen habe, habe in der Flugzeugbetankung sowie der Wartung und Instandhaltung der technischen Geräte und Fahrzeuge bestanden. Zuletzt seien im Flugtanklager elf von der Beklagten überlassene Dienstnehmer beschäftigt gewesen.

Mit 1. 9. 2003 seien die Kläger in ein Dienstverhältnis zur AR***** übernommen worden. Auf diese Dienstverhältnisse gelange der ErdöIKV zur Anwendung. Die Kläger seien in Verwendungsgruppe C eingestuft.

Zwischen den Streitparteien sei eine Pauschalabgeltung von Überstunden-, Sonn- und Feiertagsentgelt vereinbart worden. Die Beklagte habe 45 Überstunden monatlich durch ein Überstundenpauschale abgegolten, wobei vereinbart gewesen sei, dass am Jahresende die tatsächlich geleisteten den bereits bezahlten Überstunden gegenübergestellt werden. Es seien Überstunden tatsächlich angefallen und geleistet worden. Zu der vereinbarten Gegenüberstellung zu Jahresende sei es jedoch nie gekommen. Wenn diese unterblieben sei und durch das Überstundenpauschale mehr Überstunden gezahlt als geleistet worden seien, sei dies mit Willen und Einverständnis der Beklagten geschehen.

Nach § 4 Abs 1 AÜG sei als Beurteilungsmaßstab immer der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts heranzuziehen. Danach sei darauf abzustellen, dass das Flugtanklager eine Betriebsstätte der O***** AG sei und auf das dortige Stammpersonal der ErdöIKV zur Anwendung komme. Nach Paragraph 4, Absatz eins, AÜG sei als Beurteilungsmaßstab immer der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts heranzuziehen. Danach sei darauf abzustellen, dass das Flugtanklager eine Betriebsstätte der O***** AG sei und auf das dortige Stammpersonal der ErdöIKV zur Anwendung komme.

Nach dem AÜG habe sich die Entlohnung an dem „vor Ort“ geltenden Kollektivvertrag zu orientieren. „Vor Ort“ gelte der ErdöIKV. Ab 1. 3. 2003 stelle der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung (idF: KVAÜ) die Berechnungsbasis für die Entlohnung dar. Nach dem AÜG habe sich die Entlohnung an dem „vor Ort“ geltenden Kollektivvertrag zu orientieren. „Vor Ort“ gelte der ErdöIKV. Ab 1. 3. 2003 stelle der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung in der Fassung, KVAÜ) die Berechnungsbasis für die Entlohnung dar.

Der Erstkläger habe die Lehrabschlussprüfung im Beruf Schlosser abgelegt, der Zweitkläger die Lehrabschlussprüfung im Beruf KFZ-Mechaniker. Beide seien zur Lenkung von Gefahrgütertransporten berechtigt. Sie seien daher nach dem ErdöIKV in die Tätigkeitsgruppe C und nach dem KVAÜ in die Lohngruppe 3 einzuordnen. Danach habe der Mindestlohn nach dem ErdöIKV ab 1. 2. 2001 1.936,66 EUR brutto monatlich und ab 1. 2. 2002 1.992,83 EUR brutto monatlich und nach dem KVAÜ im März und April 2002 8,45 EUR brutto stündlich, von Mai bis Dezember 2002 8,45 EUR brutto stündlich zuzüglich 7 % und von Jänner bis August 2003 8,65 EUR brutto stündlich zuzüglich 14 % betragen. Den Klägern stünden daher an restlichem Entgelt, Sonderzahlungen und Überstundenpauschale für März 2001 bis August 2003 insgesamt noch je 21.305,63 EUR brutto sA zu.

Für die Berechnung der begehrten Differenzbeträge seien zwei Phasen zu unterscheiden. In der ersten Phase bis einschließlich Februar 2002 sei § 10 AÜG anzuwenden. In der zweiten Phase von März 2002 bis August 2003 gelte der KVAÜ. Sehe ein auf den Beschäftiger anzuwendender Kollektivvertrag für vergleichbare Arbeiten ein höheres Entgelt vor als der zwischen Überlasser und Dienstnehmer geschlossene Grundvertrag, habe der Dienstnehmer für die Dauer der Überlassung Anspruch auf die Differenz zwischen dem vereinbarten Grundentgelt und dem kollektivvertraglichen Entgelt im Beschäftigerbetrieb. Der Differenzanspruch erstreckte sich auch auf Sonderzahlungen und Zuschläge. Im Flugtanklager sei in einem Dreischichtbetrieb gearbeitet worden. Darüber hinaus seien Überstunden geleistet und vom Betriebsleiter schriftlich bestätigt worden. Die Schichtzulagen haben ab 1. 2. 2001 0,77 EUR brutto und ab 1. 2. 2002

0,789 EUR brutto und die Nachtzulagen ab 1. 2. 2001 2,04 EUR brutto und ab 1. 2. 2002 2,0962 EUR brutto je Stunde betragen. Für die Berechnung der begehrten Differenzbeträge seien zwei Phasen zu unterscheiden. In der ersten Phase bis einschließlich Februar 2002 sei Paragraph 10, AÜG anzuwenden. In der zweiten Phase von März 2002 bis August 2003 gelte der KVAÜ. Sehe ein auf den Beschäftiger anzuwendender Kollektivvertrag für vergleichbare Arbeiten ein höheres Entgelt vor als der zwischen Überlasser und Dienstnehmer geschlossene Grundvertrag, habe der Dienstnehmer für die Dauer der Überlassung Anspruch auf die Differenz zwischen dem vereinbarten Grundentgelt und dem kollektivvertraglichen Entgelt im Beschäftigerbetrieb. Der Differenzanspruch erstrecke sich auch auf Sonderzahlungen und Zuschläge. Im Flugtanklager sei in einem Dreischichtbetrieb gearbeitet worden. Darüber hinaus seien Überstunden geleistet und vom Betriebsleiter schriftlich bestätigt worden. Die Schichtzulagen haben ab 1. 2. 2001 0,77 EUR brutto und ab 1. 2. 2002 0,789 EUR brutto und die Nachtzulagen ab 1. 2. 2001 2,04 EUR brutto und ab 1. 2. 2002 2,0962 EUR brutto je Stunde betragen.

Das Vorbringen der Beklagten:

Die Beklagte beantragte, die Klagebegehren abzuweisen. Die Ansprüche der Kläger seien nicht nach dem ErdölkV zu bemessen. Die A***** GmbH führe die Betankung von Flugzeugen am Flughafen Schwechat selbst im Rahmen ihres eigenen Betriebs durch. Aufgrund ihrer Mitgliedschaften bei Fachgruppen der Wirtschaftskammer Niederösterreich (Mineralöl- und Brennstoffhandel, Holz- und Baustoffhandel, Garagen-, Tankstellen- und Servicestationsunternehmungen, Spediteure) käme nur die Anwendung von Kollektivverträgen aus den Bereichen Handel, Tankstellengewerbe oder Güterbeförderung in Betracht. Die Kollektivverträge aus den Bereichen Tankstellengewerbe und Güterbeförderung sähen Entgelte vor, die unter den gezahlten Beträgen liegen. Der Kollektivvertrag für die Handelsarbeiter Österreichs entspreche dem auf den österreichischen Flughäfen üblichen Entgelt. Das dort geregelte Entgelt sei daher als ortsüblich anzusehen. Auch gegenüber dem Kollektivvertrag für die Handelsarbeiter Österreichs seien die Kläger überzahlt worden.

Nach dem zwischen der Beklagten und der A***** GmbH geschlossenen Vertrag sei das überlassene Personal ausschließlich bei der A***** GmbH einzusetzen gewesen. Eine allfällige Überlassung der Kläger an andere Konzernunternehmen sei ohne Wissen und Willen der Beklagten und unter Verletzung der bestehenden Vereinbarung erfolgt. Die Beklagte sei stets von einem vertragstreuen Verhalten ihrer Vertragspartnerin ausgegangen. Es seien auch keine Umstände vorhanden gewesen, an dieser Vertragstreue zu zweifeln. Mit allfälligen aus einer Vertragsverletzung durch die A***** GmbH resultierenden Ansprüchen sei diese und nicht die Beklagte zu belangen. Sollte die A***** GmbH ab dem Jahr 2000 tatsächlich nur mehr zur Bereitstellung von „Leihpersonal“ für die O***** AG und andere Konzernunternehmen gedient haben, greife die Ausnahmeregelung des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG nicht ein. Selbst wenn sie eingreife, ergebe sich aus § 1 Abs 4 AÜG aber die Geltung der §§ 10 Abs 1, 3 und 4 sowie 10a AÜG. Nach dem zwischen der Beklagten und der A***** GmbH geschlossenen Vertrag sei das überlassene Personal ausschließlich bei der A***** GmbH einzusetzen gewesen. Eine allfällige Überlassung der Kläger an andere Konzernunternehmen sei ohne Wissen und Willen der Beklagten und unter Verletzung der bestehenden Vereinbarung erfolgt. Die Beklagte sei stets von einem vertragstreuen Verhalten ihrer Vertragspartnerin ausgegangen. Es seien auch keine Umstände vorhanden gewesen, an dieser Vertragstreue zu zweifeln. Mit allfälligen aus einer Vertragsverletzung durch die A***** GmbH resultierenden Ansprüchen sei diese und nicht die Beklagte zu belangen. Sollte die A***** GmbH ab dem Jahr 2000 tatsächlich nur mehr zur Bereitstellung von „Leihpersonal“ für die O***** AG und andere Konzernunternehmen gedient haben, greife die Ausnahmeregelung des Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 5, AÜG nicht ein. Selbst wenn sie eingreife, ergebe sich aus Paragraph eins, Absatz 4, AÜG aber die Geltung der Paragraphen 10, Absatz eins,, 3 und 4 sowie 10a AÜG.

Nach dem AÜG sei die Weiterüberlassung eines überlassenen Dienstnehmers - zumindest ohne Wissen und Willen des Überlassers - unzulässig. Dem Überlasser könnten dadurch gravierende Nachteile entstehen, die bei der Vertragsgestaltung zwischen Überlasser und Erstbeschäftigter nicht absehbar gewesen seien. Auch werde durch Subüberlassungen dem Missbrauch „Tür und Tor geöffnet“.

Die O***** AG betreibe am Flughafen Schwechat den Handel mit Mineralölprodukten. Aufgrund dieser Berechtigung gehöre sie der Fachgruppe Mineralölhandel an. Für Arbeiter im Mineralölhandel gelte an sich der allgemeine Kollektivvertrag für die Handelsarbeiter Österreichs. Allerdings sei die O***** AG vom fachlichen Geltungsbereich dieses Kollektivvertrags ausdrücklich ausgenommen. Die O***** AG besitze für den Flughafen Schwechat nur die Gewerbeberechtigung „Bodenabfertigungsdienste“. Aufgrund dieser Berechtigung sei die O***** AG der Fachgruppe

Flughafen, Bodendienste zugeordnet. Für diesen Bereich bestehe kein Kollektivvertrag.

Im Übrigen seien Ansprüche auf Überstundenentgelt und sonstige Zuschläge nach Abschnitt XIX Z 2 KVAÜ und nach § 34 Z 2 ErdöIKV verfallen. Auch seien die geltend gemachten Ansprüche unrichtig berechnet worden, weil die Kläger das vereinbarte Überstundenpauschale unter Zugrundelegung der Mindestentgelte des ErdöIKV „einfach hochgerechnet“ haben. Die Beklagte habe ihre Dienstnehmer stets dadurch gegenüber dem Kollektivvertrag überzahlt, dass sie ein Überstundenpauschale gewährt habe, „ohne jemals zu kontrollieren“, ob bzw in welchem Umfang Überstunden überhaupt geleistet worden seien. Diese Vorgangsweise habe den Zweck gehabt, den Dienstnehmern „ein über dem Marktniveau liegendes Einkommen“ zu gewährleisten. Es habe sich herausgestellt, dass die Kläger die pauschal abgegoltenen Überstunden „bei weitem“ nicht geleistet haben. Im Übrigen seien Ansprüche auf Überstundenentgelt und sonstige Zuschläge nach Abschnitt römisch XIX Ziffer 2, KVAÜ und nach Paragraph 34, Ziffer 2, ErdöIKV verfallen. Auch seien die geltend gemachten Ansprüche unrichtig berechnet worden, weil die Kläger das vereinbarte Überstundenpauschale unter Zugrundelegung der Mindestentgelte des ErdöIKV „einfach hochgerechnet“ haben. Die Beklagte habe ihre Dienstnehmer stets dadurch gegenüber dem Kollektivvertrag überzahlt, dass sie ein Überstundenpauschale gewährt habe, „ohne jemals zu kontrollieren“, ob bzw in welchem Umfang Überstunden überhaupt geleistet worden seien. Diese Vorgangsweise habe den Zweck gehabt, den Dienstnehmern „ein über dem Marktniveau liegendes Einkommen“ zu gewährleisten. Es habe sich herausgestellt, dass die Kläger die pauschal abgegoltenen Überstunden „bei weitem“ nicht geleistet haben.

Das Urteil des Erstgerichts:

Das Erstgericht gab den Klagebegehren mit je 4.427,42 EUR brutto sA statt und wies ein Mehrbegehren von je 17.178,21 EUR brutto (richtig wohl 16.878,21 EUR brutto) sA ab.

Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Die O***** AG hat am Standort Wien-Schwechat die Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe eingeschränkt auf den Handel mit Mineralölprodukten aller Art und deren Derivaten sowie mit denaturiertem Brennspiritus und Treibstoff sowie für Bodenabfertigungsdienste (Betankungsdienste) am Flughafen Wien für die Dauer von 7 Jahren. Die Betankung der Flugzeuge erfolgte bis 2003 durch Mitarbeiter der O***** AG unter Leitung des bei ihr angestellten Betriebsleiters sowie durch Mitarbeiter der A***** GmbH. Die Mitarbeiter der O***** AG wurden nach dem ErdöIKV entlohnt.

Die A***** GmbH, deren Gesellschafterin die O***** AG ist, ist Mitglied der Wirtschaftskammer Niederösterreich in den Fachgruppen Mineralöl- und Brennstoffhandel, Holz- und Baustoffhandel, Garagen-, Tankstellen- und Servicestationsunternehmungen sowie Spediteure.

Im Rahmen ihrer Tätigkeit hat die GmbH Heizöl von der O***** AG zugekauft und an Endverbraucher weiterverkauft. Der Fuhrpark wurde vor 1999 ausgegliedert, die Fahrer wurden von den Frächtern übernommen, die in der Folge in Anspruch genommen wurden. Zwei der Mitarbeiter blieben bei der GmbH und wurden bei der Flugzeugbetankung am Flughafen Schwechat eingesetzt. Deren Entlohnung erfolgte nach dem KV HTV für Handelsarbeiter und betrug Anfang 2003 27.555 S bzw 28.390 S.

Da die O***** AG interessiert war, möglichst wenig Angestellte und Arbeiter aufzuweisen, wurde der Bedarf von weiteren Mitarbeitern zur Abdeckung des vermehrten Arbeitsaufkommens am Flughafen Schwechat über die A***** GmbH abgewickelt. Die GmbH meldete den erforderlichen Bedarf, worauf von einem im Einkauf tätigen Mitarbeiter der O***** AG im Namen und auf Rechnung der GmbH ein Vertrag mit der Beklagten über die Beistellung von drei Tankwagen-Fahrern abgeschlossen wurde. Die Berechnung der Jahreskosten erfolgte auf Basis des KV HTV. Die Kosten für die bereitgestellten Fahrer wurden vorerst von der GmbH getragen und in weiterer Folge von der O***** AG refundiert.

Die Entscheidung, wer im Bereich des Flughafens Schwechat für die Betankung herangezogen wird, traf der bei der O***** AG angestellte Betriebsleiter, der dies der Geschäftsführerin der Beklagten mitteilte.

Der Erstkläger hatte die Lehrabschlussprüfung als Schlosser abgelegt und besitzt den Führerschein für die Gruppen B, C, E, F und G. Er ist berechtigt, Gefahrgüter zu transportieren. Der Zweitkläger hat die Lehrabschlussprüfung als KFZ-Mechaniker abgelegt.

Die Tätigkeit der Kläger bestand darin, mittels Tankfahrzeugen das Flugbenzin vom Hauptlager zum Flugzeug zu

bringen und dieses zu betanken. Weiters hatten sie die Qualität des Benzins zu kontrollieren sowie die Fahrzeuge zu warten und instand zu halten.

Die Kläger wurden während des gesamten Beschäftigungsverhältnisses nach dem Kollektivvertrag für die Handelsarbeiter Österreichs mit der Einstufung 5/1 entlohnt, wobei eine Pauschalabrechnung der Überstunden sowie des Sonn- und Feiertagsentgelts im Umfang von 27 Stunden mit 100 % Zuschlag und 18 Stunden mit 50 % Zuschlag erfolgte. Dabei wurde davon ausgegangen, dass diese Pauschalabrechnung den tatsächlich im Gesamtjahr zu leistenden Überstunden und den Sonn- und Feiertagsarbeiten entspricht. Die Beklagte hatte sich vorbehalten, jeweils am Jahresende eine Gegenüberstellung der tatsächlich geleisteten Überstunden und Sonn- und Feiertagsarbeiten mit den bereits verrechneten durchzuführen.

In der Zeit vom 1. 3. bis 31. 12. 2002 leistete die Beklagte den Klägern an Grundlohn, 18 Überstunden mit 50 % Zuschlag, 27 Überstunden mit 100 % Zuschlag monatlich sowie an Sonderzahlungen insgesamt je 22.728,72 EUR brutto und in der Zeit vom 1. 1. bis 31. 8. 2003 insgesamt je 17.979,09 EUR. Ein Ausgleich zwischen den tatsächlich geleisteten gegenüber den bereits verrechneten Überstunden und Sonn- und Feiertagsarbeiten fand Ende 2002 sowie bei Beendigung des Dienstverhältnisses nicht statt.

Auf dieser Grundlage vertrat das Erstgericht folgende Rechtsauffassung:

Nach § 10 AÜG komme überlassenen Dienstnehmern ein Rechtsanspruch auf das nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende Mindestentgelt zu. Dieser Verpflichtung sei die Beklagte bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des KVAÜ mit 1. 3. 2002 nachgekommen. Den Klägern stünden daher bis zu diesem Zeitpunkt keine weiteren Ansprüche zu. Soweit die A***** GmbH die Kläger an die O***** AG überlassen habe, seien die Kläger mit ihren sich daraus ergebenden Ansprüchen an die A***** GmbH zu verweisen. Nach Paragraph 10, AÜG komme überlassenen Dienstnehmern ein Rechtsanspruch auf das nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende Mindestentgelt zu. Dieser Verpflichtung sei die Beklagte bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des KVAÜ mit 1. 3. 2002 nachgekommen. Den Klägern stünden daher bis zu diesem Zeitpunkt keine weiteren Ansprüche zu. Soweit die A***** GmbH die Kläger an die O***** AG überlassen habe, seien die Kläger mit ihren sich daraus ergebenden Ansprüchen an die A***** GmbH zu verweisen.

Ab 1. 3. 2002 seien die Ansprüche der Kläger nach dem KVAÜ zu prüfen. Sie seien aufgrund ihrer mit Lehrabschlussprüfung abgeschlossenen Berufsausbildung und nach ihrem Einsatz nicht ausschließlich außerhalb des erlernten Berufs als Facharbeiter in der Lohngruppe 3 einzustufen. Der kollektivvertragliche Lohn in dieser Lohngruppe habe ab 1. 3. 2002 8,45 EUR brutto und ab 1. 1. 2003 8,65 EUR brutto betragen. Der Zuspruch eines darüber hinausgehenden Überlassungslohnes komme nicht in Betracht, weil der gemäß Abschnitt IX/3 KVAÜ im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende Lohn nicht höher als der oben genannte Grundlohn sei und kein von einem Referenzverband abgeschlossener Kollektivvertrag eingreife (Abschnitt IX/3 und 4 KVAÜ).

Die Ansprüche der Kläger seien nicht verfallen, weil die kollektivvertraglichen Regelungen nur geleistete, aber nicht entgeltete Überstunden, nicht jedoch deren Honorierung in kollektivvertraglicher Höhe erfassten.

Das Berufungsurteil:

Das Berufungsgericht gab der gegen das Ersturteil erhobenen Berufung der Beklagten nicht Folge und bestätigte das angefochtene Urteil in seinem stattgebenden Teil als Teilurteil. Hingegen gab das Berufungsgericht der Berufung der Kläger Folge und hob das angefochtene Urteil in seinem abweisenden Teil auf. In diesem Umfang wurde die Arbeitsrechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Zur Berufung der Beklagten gegen den stattgebenden Teil des Ersturteils:

Zur Einstufung der Kläger:

Die von der Beklagten bekämpfte Einstufung der Kläger als Facharbeiter in die Lohngruppe 3 KVAÜ erachtete das Berufungsgericht als zutreffend. Die Einstufung habe anlässlich der Aufnahme in das Dienstverhältnis einsatzunabhängig zu erfolgen. Dabei komme der bisherigen Berufstätigkeit und der Ausbildung des Dienstnehmers ein erhöhter Stellenwert zu. Dienstnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung seien zwingend in eine der

Facharbeiterlohngruppen einzustufen, es sei denn, sie werden ausschließlich außerhalb des erlernten Lehrberufs und auch außerhalb technologisch verwandter bzw. ähnlicher Berufe eingesetzt. Es komme daher für die Einstufung nach dem KVAÜ gerade nicht darauf an, dass die Facharbeit für den vereinbarten Tätigkeitsbereich prägend sei. Dienstnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung seien vielmehr schon dann mindestens in die Lohngruppe 3 einzustufen, wenn sie nur in ganz untergeordnetem Ausmaß, ganz selten oder nur vorübergehend in ihrem Beruf eingesetzt werden.

Die Kläger könnten auf eine abgeschlossene Berufsausbildung als Schlosser (Erstkläger) bzw. KFZ-Mechaniker (Zweitkläger) verweisen und seien für Reparatur- und Servicearbeiten an den verwendeten Fahrzeugen eingesetzt worden. Damit seien sie zumindest auch in ihrem erlernten Beruf (Zweitkläger) bzw. in einem technologisch ähnlichen Beruf (Erstkläger) im Einsatz gewesen. Dementsprechend seien sie zumindest nach Lohngruppe 3 zu entlohnen.

Zur Überstundenpauschalierung:

Die Beklagte hatte sich in der Berufung dagegen gewendet, dass das Erstgericht der Berechnung der Überstundenentlohnung „jene fiktive Überstundenanzahl zugrunde lege, welche ausschließlich als Maßstab für die pauschale Abgeltung derselben angenommen“ worden sei; damit werde eine pauschale Überstundenabgeltung aliquot auf den Stundenlohn des KVAÜ hochgerechnet. Stattdessen hätte das Erstgericht die tatsächlich erbrachten Überstunden ermitteln und seiner Berechnung zugrunde legen müssen. Dem ist das Berufungsgericht nicht gefolgt.

Die Beklagte habe selbst vorgebracht, ein Überstundenpauschale gewährt zu haben, „ohne jemals zu kontrollieren“, ob bzw. in welchem Umfang Überstunden überhaupt geleistet worden seien. Diese Vorgangsweise habe den Zweck gehabt, den Klägern ein über dem Marktniveau liegendes Einkommen zu sichern. Erst die Kontrolle im Zuge der Verhandlungsvorbereitung habe ergeben, dass die Kläger die pauschal abgegoltene Überstunden nicht geleistet haben. Ein Vorbringen über eine Vereinbarung oder die Vornahme der Einzelverrechnung von Überstunden habe die Beklagte somit nicht erstattet. Aus dem Umstand, dass sie sich vorbehalten habe, am Jahresende die tatsächlich geleisteten den bereits bezahlten Überstunden gegenüberzustellen, könne nicht die Vereinbarung einer Einzelverrechnung abgeleitet werden. Zu einer solchen Gegenüberstellung sei es nie gekommen. Dies müsse sich die Beklagte zurechnen lassen. Die vereinbarte Möglichkeit zur Gegenüberstellung sei nämlich nicht anders als die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts zu behandeln. Ein solcher Vorbehalt ermögliche es dem Dienstgeber, die Überstundenabgeltung von einer Pauschalabgeltung auf Einzelverrechnung umzustellen. Übe allerdings der Dienstgeber den vereinbarten Widerrufsvorbehalt nicht aus, so bleibe es beim Anspruch des Dienstnehmers auf Überstundenpauschale. In diesem Sinn bleibe hier auch die Beklagte an die vereinbarte und nie widerrufenen Pauschalabgeltung von Überstunden gebunden.

Das Wesen einer pauschalen Abgeltung von Überstunden bestehe darin, dass dem Dienstnehmer ein Anspruch auf den vereinbarten Pauschalbetrag jedenfalls, dh auch dann zusteht, wenn weniger als die der Pauschalentlohnung zugrunde gelegten (oder auch gar keine) Überstunden geleistet wurden. Hingegen sei der Dienstnehmer nicht gehindert, über das Überstundenpauschale hinausgehende Ansprüche auf Überstundenentgelt zu erheben, soweit das Pauschale die im Durchrechnungszeitraum geleisteten Überstunden nicht abdeckt.

Zum Verfall des Überstundenentgelts:

Der Anspruch der Kläger auf Überstundenentgelt sei auch nicht verfallen. Auf den in erster Instanz erhobenen Einwand des Verfalls gemäß § 34 Z 2 ErdÖlKV komme die Beklagte in ihrer Berufung nicht mehr zurück. Es genüge daher der Hinweis, dass eine Anwendung von Verfallsbestimmungen des Beschäftigter-Kollektivvertrags auf den Grundentgeltanspruch (hier gemäß § 10 Abs 1 zweiter Satz AÜG) nicht in Betracht komme. Der Anspruch der Kläger auf Überstundenentgelt sei auch nicht verfallen. Auf den in erster Instanz erhobenen Einwand des Verfalls gemäß Paragraph 34, Ziffer 2, ErdÖlKV komme die Beklagte in ihrer Berufung nicht mehr zurück. Es genüge daher der Hinweis, dass eine Anwendung von Verfallsbestimmungen des Beschäftigter-Kollektivvertrags auf den Grundentgeltanspruch (hier gemäß Paragraph 10, Absatz eins, zweiter Satz AÜG) nicht in Betracht komme.

Auch auf Abschnitt XIX KVAÜ könne sich die Beklagte nicht berufen. Nach dessen Z 2 KVAÜ seien Überstunden-, Sonn- und Feiertagszuschläge, Schmutz-, Erschwernis- und Gefahrenzulagen sowie Reiseaufwandsentschädigungen und Wegzeitvergütungen bei sonstigem Verfall binnen vier Monaten nach ihrer Fälligkeit bzw. Bekanntwerden schriftlich geltend zu machen; dies gelte nicht, soweit sie Teil von Gleichbehandlungsansprüchen iSd Gleichbehandlungsgesetzes seien. Die in Z 2 genannten Ansprüche seien solche, die häufig einzeln verrechnet werden, wodurch schon nach relativ

kurzen Zeiträumen Beweisprobleme auftreten könnten. Primärer Zweck der kollektivvertraglichen Verfallsbestimmung sei es, solche Schwierigkeiten hintanzuhalten. Dies leuchte schon daraus hervor, dass Ansprüche der obgenannten Art dann nicht verfallen, wenn sie Teil von Gleichbehandlungsansprüchen im Sinn des Gleichbehandlungsgesetzes sind. Diesfalls sei - wie auch hier - Umfang (bzw Art) der erbrachten Leistungen nicht strittig. Es gehe dabei nämlich nicht um die Frage, welche Überstundenleistungen (oder sonstigen Leistungen) erbracht wurden, sondern lediglich um die Höhe des dafür gebührenden Entgelts. Es sei daher davon auszugehen, dass Nachforderungsansprüche aus unterkollektivvertraglicher Entlohnung auch dann nicht verfallen, wenn und soweit sie sich auf Überstundenpauschalen beziehen. Im gegebenen Zusammenhang trete nämlich der Charakter von Überstundenpauschalen als pauschaler Entgeltbestandteil in den Vordergrund. Der Anspruch auf laufendes Entgelt unterliege gemäß Abschnitt XIX Z 1 KVAÜ wie alle anderen Ansprüche zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer (mit Ausnahme der in Z 2 genannten) hinsichtlich Verjährung und Verfall ausschließlich den gesetzlichen Vorschriften. Es sei nicht einzusehen, dass pauschale Entgeltbestandteile insoweit anders behandelt werden sollten. Abschnitt XIX Z 2 KVAÜ sei daher teleologisch dahin zu reduzieren, dass davon nach dem aufgezeigten Zweck der Regelung Pauschalen nicht erfasst seien. Diese unterliegen daher dem Anwendungsbereich der Z 1 der genannten Vorschrift, sodass die Ansprüche der Kläger nicht verfallen seien. Auch auf Abschnitt römisch XIX KVAÜ könne sich die Beklagte nicht berufen. Nach dessen Ziffer 2, KVAÜ seien Überstunden-, Sonn- und Feiertagszuschläge, Schmutz-, Erschwernis- und Gefahrenzulagen sowie Reiseaufwandsentschädigungen und Wegzeitvergütungen bei sonstigem Verfall binnen vier Monaten nach ihrer Fälligkeit bzw Bekanntwerden schriftlich geltend zu machen; dies gelte nicht, soweit sie Teil von Gleichbehandlungsansprüchen iSd Gleichbehandlungsgesetzes seien. Die in Ziffer 2, genannten Ansprüche seien solche, die häufig einzeln verrechnet werden, wodurch schon nach relativ kurzen Zeiträumen Beweisprobleme auftreten könnten. Primärer Zweck der kollektivvertraglichen Verfallsbestimmung sei es, solche Schwierigkeiten hintanzuhalten. Dies leuchte schon daraus hervor, dass Ansprüche der obgenannten Art dann nicht verfallen, wenn sie Teil von Gleichbehandlungsansprüchen im Sinn des Gleichbehandlungsgesetzes sind. Diesfalls sei - wie auch hier - Umfang (bzw Art) der erbrachten Leistungen nicht strittig. Es gehe dabei nämlich nicht um die Frage, welche Überstundenleistungen (oder sonstigen Leistungen) erbracht wurden, sondern lediglich um die Höhe des dafür gebührenden Entgelts. Es sei daher davon auszugehen, dass Nachforderungsansprüche aus unterkollektivvertraglicher Entlohnung auch dann nicht verfallen, wenn und soweit sie sich auf Überstundenpauschalen beziehen. Im gegebenen Zusammenhang trete nämlich der Charakter von Überstundenpauschalen als pauschaler Entgeltbestandteil in den Vordergrund. Der Anspruch auf laufendes Entgelt unterliege gemäß Abschnitt römisch XIX Ziffer eins, KVAÜ wie alle anderen Ansprüche zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer (mit Ausnahme der in Ziffer 2, genannten) hinsichtlich Verjährung und Verfall ausschließlich den gesetzlichen Vorschriften. Es sei nicht einzusehen, dass pauschale Entgeltbestandteile insoweit anders behandelt werden sollten. Abschnitt römisch XIX Ziffer 2, KVAÜ sei daher teleologisch dahin zu reduzieren, dass davon nach dem aufgezeigten Zweck der Regelung Pauschalen nicht erfasst seien. Diese unterliegen daher dem Anwendungsbereich der Ziffer eins, der genannten Vorschrift, sodass die Ansprüche der Kläger nicht verfallen seien.

Die Revision gegen diese Entscheidung sei zuzulassen, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung der Verfallsbestimmung nach Abschnitt XIX KVAÜ fehle. Die Revision gegen diese Entscheidung sei zuzulassen, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung der Verfallsbestimmung nach Abschnitt römisch XIX KVAÜ fehle.

Zur Berufung der Kläger gegen den abweisenden Teil des Ersturteils:

Den Klägern sei beizupflichten, dass sie sich nicht - wie das Erstgericht meint - mit einem Teil der erhobenen Entgeltansprüche aus dem Vertragsverhältnis zur Beklagten an die A***** GmbH verweisen lassen müssen. Primärer Adressat der Ansprüche des überlassenen Dienstnehmers ist der Überlasser als Dienstgeber. Zwar hafte der Beschäftigte gemäß § 14 AÜG für die der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigungen in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche als Bürge entweder gemäß § 1355 ABGB (§ 14 Abs 1 AÜG) oder gemäß § 1356 ABGB (§ 14 Abs 2 AÜG), doch stehe gemäß § 14 Abs 1 AÜG der überlassenen Arbeitskraft ein Wahlrecht zu, ob sie das beim Überlasser als eigentlichem Schuldner erfolglos eingemahnte Entgelt gegenüber diesem oder dem Bürgen klageweise geltend macht. Nach § 14 Abs 2 AÜG sei eine Belangung des Beschäftigten überhaupt erst dann möglich, wenn das Entgelt trotz Klage und Exekution gegen den Überlasser uneinbringlich geblieben sei. Der überlassene Dienstnehmer könne somit sämtliche Entgeltansprüche gegen den Überlasser als seinen Dienstgeber richten. Den Klägern sei beizupflichten, dass sie sich nicht - wie das Erstgericht meint - mit einem Teil der erhobenen Entgeltansprüche aus dem

Vertragsverhältnis zur Beklagten an die A***** GmbH verweisen lassen müssen. Primärer Adressat der Ansprüche des überlassenen Dienstnehmers ist der Überlasser als Dienstgeber. Zwar haftete der Beschäftigte gemäß Paragraph 14, AÜG für die der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigungen in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche als Bürge entweder gemäß Paragraph 1355, ABGB (Paragraph 14, Absatz eins, AÜG) oder gemäß Paragraph 1356, ABGB (Paragraph 14, Absatz 2, AÜG), doch stehe gemäß Paragraph 14, Absatz eins, AÜG der überlassenen Arbeitskraft ein Wahlrecht zu, ob sie das beim Überlasser als eigentlichem Schuldner erfolglos eingemahnte Entgelt gegenüber diesem oder dem Bürgen klageweise geltend macht. Nach Paragraph 14, Absatz 2, AÜG sei eine Belangung des Beschäftigten überhaupt erst dann möglich, wenn das Entgelt trotz Klage und Exekution gegen den Überlasser uneinbringlich geblieben sei. Der überlassene Dienstnehmer könne somit sämtliche Entgeltansprüche gegen den Überlasser als seinen Dienstgeber richten.

Auch im Fall von Subüberlassungen („Ketten-, Zwischen- oder Mehrfachverleih“) habe als Beschäftigter jene Person zu gelten, in deren Betrieb der Dienstnehmer für betriebseigene Aufgaben tatsächlich eingesetzt werde (§ 3 Abs 3 AÜG). Subüberlassung liege vor, wenn zwischen dem überlassenden Dienstgeber und dem die Leistung tatsächlich entgegennehmenden Beschäftigten eine oder mehrere Personen eingeschaltet seien, die die Arbeitskraft weiter überlassen. Die Subüberlassung sei im AÜG nicht ausdrücklich geregelt. Sie sei, solange der Vertragspartner der überlassenen Arbeitskraft alle Pflichten eines Dienstgebers und jene Person, in deren Betrieb die Arbeitskraft letztlich tatsächlich eingesetzt wird, alle Pflichten eines Beschäftigten trägt, nicht verboten. Darüber hinaus habe der Sub(Zwischen)überlasser die Pflichten sowohl eines Überlassers als auch eines Beschäftigten zu tragen, um einen Verstoß gegen § 4 Abs 4 AMFG (verbotene Arbeitsvermittlung) zu vermeiden. Als (Erst-)Beschäftigter sei der Subüberlasser anzusehen. Soweit der Subüberlasser die Arbeitskraft aufgrund der gegenüber ihrem Dienstgeber bestehenden Pflicht zur Arbeitsleistung weiter überlässt, ist er - im Verhältnis zum „Zweitbeschäftigten“ - auch Überlasser. Allerdings bleiben hinsichtlich der Arbeitsbedingungen des überlassenen Dienstnehmers Überlasser und Beschäftigter im ursprünglichen, also im AÜG geregelten Sinn (§ 3 Abs 2 und 3 AÜG), maßgeblich. Auf den (die) Sub(Zwischen)überlasser komme es insofern nicht an. Dies ergebe sich aus den §§ 3 Abs 3, 5 Abs 1 AÜG sowie auch aus §§ 4, 8 Abs 2 AÜG. Danach seien Vereinbarungen zwischen Überlasser und Beschäftigten, die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen, verboten. Darunter fallen insbesondere alle Vereinbarungen, die im Ergebnis den Entgeltanspruch oder sonstige Rechte des überlassenen Dienstnehmers schmälern. Maßstab für den Entgeltanspruch seien dabei einerseits das Gesetz (§ 10 Abs 1 erster Satz AÜG) und andererseits die für den Überlasser (§ 10 Abs 1 zweiter Satz AÜG) und den Beschäftigten (§ 10 Abs 1 dritter Satz AÜG) wirksamen Kollektivverträge. Auch im Fall von Subüberlassungen („Ketten-, Zwischen- oder Mehrfachverleih“) habe als Beschäftigter jene Person zu gelten, in deren Betrieb der Dienstnehmer für betriebseigene Aufgaben tatsächlich eingesetzt werde (Paragraph 3, Absatz 3, AÜG). Subüberlassung liege vor, wenn zwischen dem überlassenden Dienstgeber und dem die Leistung tatsächlich entgegennehmenden Beschäftigten eine oder mehrere Personen eingeschaltet seien, die die Arbeitskraft weiter überlassen. Die Subüberlassung sei im AÜG nicht ausdrücklich geregelt. Sie sei, solange der Vertragspartner der überlassenen Arbeitskraft alle Pflichten eines Dienstgebers und jene Person, in deren Betrieb die Arbeitskraft letztlich tatsächlich eingesetzt wird, alle Pflichten eines Beschäftigten trägt, nicht verboten. Darüber hinaus habe der Sub(Zwischen)überlasser die Pflichten sowohl eines Überlassers als auch eines Beschäftigten zu tragen, um einen Verstoß gegen Paragraph 4, Absatz 4, AMFG (verbotene Arbeitsvermittlung) zu vermeiden. Als (Erst-)Beschäftigter sei der Subüberlasser anzusehen. Soweit der Subüberlasser die Arbeitskraft aufgrund der gegenüber ihrem Dienstgeber bestehenden Pflicht zur Arbeitsleistung weiter überlässt, ist er - im Verhältnis zum „Zweitbeschäftigten“ - auch Überlasser. Allerdings bleiben hinsichtlich der Arbeitsbedingungen des überlassenen Dienstnehmers Überlasser und Beschäftigter im ursprünglichen, also im AÜG geregelten Sinn (Paragraph 3, Absatz 2 und 3 AÜG), maßgeblich. Auf den (die) Sub(Zwischen)überlasser komme es insofern nicht an. Dies ergebe sich aus den Paragraphen 3, Absatz 3, 5 Absatz eins, AÜG sowie auch aus Paragraphen 4, 8 Absatz 2, AÜG. Danach seien Vereinbarungen zwischen Überlasser und Beschäftigten, die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen, verboten. Darunter fallen insbesondere alle Vereinbarungen, die im Ergebnis den Entgeltanspruch oder sonstige Rechte des überlassenen Dienstnehmers schmälern. Maßstab für den Entgeltanspruch seien dabei einerseits das Gesetz (Paragraph 10, Absatz eins, erster Satz AÜG) und andererseits die für den Überlasser (Paragraph 10, Absatz eins, zweiter Satz AÜG) und den Beschäftigten (Paragraph 10, Absatz eins, dritter Satz AÜG) wirksamen Kollektivverträge.

Ein Anwendungsfall des Konzernprivilegs (§ 1 Abs 2 Z 5 AÜG) liege hier nicht vor. Dafür sei ausschlaggebend, dass nicht

(nur) eine Überlassung im Konzern, sondern primär eine Überlassung von außen in den Konzern zu prüfen sei. Soweit es zu einer Subüberlassung (auch) im Konzern gekommen sei, sei auf die hier eingreifende Rückausnahme in § 1 Abs 4 AÜG zu verweisen. Im Übrigen gelte auch insoweit, dass hinsichtlich der Arbeitsbedingungen des überlassenen Dienstnehmers auf Überlasser und Beschäftiger im ursprünglichen Sinn und nicht auf Sub(Zwischen)überlasser abzustellen ist. Ein Anwendungsfall des Konzernprivilegs (Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 5, AÜG) liege hier nicht vor. Dafür sei ausschlaggebend, dass nicht (nur) eine Überlassung im Konzern, sondern primär eine Überlassung von außen in den Konzern zu prüfen sei. Soweit es zu einer Subüberlassung (auch) im Konzern gekommen sei, sei auf die hier eingreifende Rückausnahme in Paragraph eins, Absatz 4, AÜG zu verweisen. Im Übrigen gelte auch insoweit, dass hinsichtlich der Arbeitsbedingungen des überlassenen Dienstnehmers auf Überlasser und Beschäftiger im ursprünglichen Sinn und nicht auf Sub(Zwischen)überlasser abzustellen ist.

Dies habe zur Folge, dass eine Prüfung des den Klägern gemäß § 10 Abs 1 dritter Satz AÜG gebührenden Überlassungsentgelts bloß nach dem für die als Sub(Zwischen)überlasser anzusehende A***** GmbH geltenden Kollektivvertrag nicht in Betracht komme. Als Beschäftiger gemäß § 3 Abs 3 AÜG sei die O***** AG anzusehen, die die Kläger im Rahmen eines ihrer Betriebe (Flugtanklager am Flughafen Wien) für betriebseigene Aufgaben eingesetzt habe. Es komme bei der Beurteilung der erhobenen Entgeltansprüche daher darauf an, ob die O***** AG mit ihrem Betrieb am Flughafen Wien einem Kollektivvertrag unterliege, gegebenenfalls welchem. Für die Ermittlung des Überlassungsentgelts sei auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertraglich oder gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen (§ 10 Abs 1 dritter Satz AÜG). Nach der genannten Bestimmung müsse der Überlasser den Dienstnehmer hinsichtlich des Entgelts so stellen, wie wenn dieser vom Beschäftiger selbst aufgenommen und nach den danach gültigen Normen zu bezahlen wäre. Dies habe zur Folge, dass eine Prüfung des den Klägern gemäß Paragraph 10, Absatz eins, dritter Satz AÜG gebührenden Überlassungsentgelts bloß nach dem für die als Sub(Zwischen)überlasser anzusehende A***** GmbH geltenden Kollektivvertrag nicht in Betracht komme. Als Beschäftiger gemäß Paragraph 3, Absatz 3, AÜG sei die O***** AG anzusehen, die die Kläger im Rahmen eines ihrer Betriebe (Flugtanklager am Flughafen Wien) für betriebseigene Aufgaben eingesetzt habe. Es komme bei der Beurteilung der erhobenen Entgeltansprüche daher darauf an, ob die O***** AG mit ihrem Betrieb am Flughafen Wien einem Kollektivvertrag unterliege, gegebenenfalls welchem. Für die Ermittlung des Überlassungsentgelts sei auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertraglich oder gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen (Paragraph 10, Absatz eins, dritter Satz AÜG). Nach der genannten Bestimmung müsse der Überlasser den Dienstnehmer hinsichtlich des Entgelts so stellen, wie wenn dieser vom Beschäftiger selbst aufgenommen und nach den danach gültigen Normen zu bezahlen wäre.

Beim Vergleich, ob das mit dem Überlasser vereinbarte Grundentgelt oder jenes nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag (Überlassungsentgelt) höher ist, sei nach den selben Grundsätzen wie beim Gruppenvergleich nach § 3 Abs 2 ArbVG vorzugehen, wobei allerdings Verfalls- und Verjährungsvorschriften des Beschäftiger-Kollektivvertrags nicht anzuwenden seien. Beim Vergleich, ob das mit dem Überlasser vereinbarte Grundentgelt oder jenes nach dem Beschäftiger-Kollektivvertrag (Überlassungsentgelt) höher ist, sei nach den selben Grundsätzen wie beim Gruppenvergleich nach Paragraph 3, Absatz 2, ArbVG vorzugehen, wobei allerdings Verfalls- und Verjährungsvorschriften des Beschäftiger-Kollektivvertrags nicht anzuwenden seien.

Komme auf den Beschäftigerbetrieb kein Kollektivvertrag (und keine sonstige Mindestentgelte regelnde Vorschrift) zur Anwendung, sei die Ermittlung eines Überlassungslohnes gemäß § 10 Abs 1 dritter Satz AÜG ausgeschlossen. Diesfalls habe es bei den aus § 10 Abs 1 erster und zweiter Satz AÜG resultierenden Ansprüchen der Dienstnehmer zu bleiben. Komme auf den Beschäftigerbetrieb kein Kollektivvertrag (und keine sonstige Mindestentgelte regelnde Vorschrift) zur Anwendung, sei die Ermittlung eines Überlassungslohnes gemäß Paragraph 10, Absatz eins, dritter Satz AÜG ausgeschlossen. Diesfalls habe es bei den aus Paragraph 10, Absatz eins, erster und zweiter Satz AÜG resultierenden Ansprüchen der Dienstnehmer zu bleiben.

Hier ergäben sich in diesem Fall für die Kläger für den Zeitraum ab 1. 3. 2002 nur die bereits zuerkannten Ansprüche nach dem KVAÜ. Ein Anspruch auf erhöhtes Überlassungsentgelt nach Abschnitt IX/3 KVAÜ bestünde mangels Vorliegens eines von einem Referenzverband abgeschlossenen Beschäftiger-Kollektivvertrags (Abschnitt IX/4 KVAÜ) ebenfalls nicht. Für den Zeitraum bis 28. 2. 2002 wäre § 10 Abs 1 erster Satz AÜG maßgeblich. Hier ergäben sich in diesem Fall für die Kläger für den Zeitraum ab 1. 3. 2002 nur die bereits zuerkannten Ansprüche nach dem KVAÜ. Ein

Anspruch auf erhöhtes Überlassungsentgelt nach Abschnitt IX/3 KVAÜ bestünde mangels Vorliegens eines von einem Referenzverband abgeschlossenen Beschäftigter-Kollektivvertrags (Abschnitt IX/4 KVAÜ) ebenfalls nicht. Für den Zeitraum bis 28. 2. 2002 wäre Paragraph 10, Absatz eins, erster Satz AÜG maßgeblich.

Feststellungen des Erstgerichts zur Kollektivvertragsangehörigkeit der O***** AG fehlten aber ebenso wie Feststellungen, die eine Beurteilung des Entgeltanspruchs gemäß § 10 Abs 1 erster Satz AÜG ermöglichen würden. Das Verfahren sei daher ergänzungsbedürftig. Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht die dazu nötigen Erhebungen und Feststellungen nachzutragen haben. Feststellungen des Erstgerichts zur Kollektivvertragsangehörigkeit der O***** AG fehlten aber ebenso wie Feststellungen, die eine Beurteilung des Entgeltanspruchs gemäß Paragraph 10, Absatz eins, erster Satz AÜG ermöglichen würden. Das Verfahren sei daher ergänzungsbedürftig. Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht die dazu nötigen Erhebungen und Feststellungen nachzutragen haben.

Mit seinen weiteren Ausführungen erläutert das Berufungsgericht mit umfangreichen Ausführungen die für die Ermittlung der Kollektivvertragsangehörigkeit maßgebende Rechtslage und das System der in § 10 AÜG geregelten Entlohnungsansprüche (S 36 bis S 46 des Berufungsurteils). Diese Ausführungen werden im Revisionsverfahren mit keinem Wort in Frage gestellt und brauchen daher hier nicht wiedergegeben zu werden. Mit seinen weiteren Ausführungen erläutert das Berufungsgericht mit umfangreichen Ausführungen die für die Ermittlung der Kollektivvertragsangehörigkeit maßgebende Rechtslage und das System der in Paragraph 10, AÜG geregelten Entlohnungsansprüche (S 36 bis S 46 des Berufungsurteils). Diese Ausführungen werden im Revisionsverfahren mit keinem Wort in Frage gestellt und brauchen daher hier nicht wiedergegeben zu werden.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zuzulassen, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Subüberlassung fehle.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision und der Rekurs der Beklagten. In ihrer Revision beantragt die Beklagte, das Urteil des Berufungsgerichts im klageabweisenden Sinn abzuändern; hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag. Im Rekurs beantragt die Beklagte die Wiederherstellung des hiervon erfassten klageabweisenden Teil des Ersturteils.

Die Kläger beantragen, Revision und Rekurs zurückzuweisen, hilfsweise, der Revision nicht Folge zu geben bzw dem Rekurs „ nicht Folge (zu) geben und allenfalls in der Sache selbst (zu) entscheiden".

Rechtliche Beurteilung

Beide Rechtsmittel sind aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig, aber nicht berechtigt.

Zur Revision:

Zur Einstufung der Kläger in die Lohngruppen des KVAÜ:

Die zu dieser Frage vertretene Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ist zutreffend, sodass auf die dazu angeführten Überlegungen in der angefochtenen Entscheidung verwiesen werden kann (§ 510 Abs 3 ZPO). Ergänzend ist den Revisionsausführungen, wonach die Einstufung nach der vom Dienstnehmer tatsächlich ausgeübten Tätigkeit und im Fall einer Mischverwendung nach der zeitlich überwiegend ausgeübten Tätigkeit zu erfolgen habe, wie folgt entgegenzutreten: Die zu dieser Frage vertretene Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ist zutreffend, sodass auf die dazu angeführten Überlegungen in der angefochtenen Entscheidung verwiesen werden kann (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Ergänzend ist den Revisionsausführungen, wonach die Einstufung nach der vom Dienstnehmer tatsächlich ausgeübten Tätigkeit und im Fall einer Mischverwendung nach der zeitlich überwiegend ausgeübten Tätigkeit zu erfolgen habe, wie folgt entgegenzutreten:

Gerade der von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Wortlaut der Bestimmungen des KVAÜ über die Lohngruppenmerkmale spricht für die Richtigkeit der vom Berufungsgericht unter Berufung auf Schindler (Arbeitskräfteüberlassungs-KollV Abschnitt IX Rz 3, 10) vertretenen Rechtsauffassung: Die hier in Rede stehende Lohngruppe 3 („Facharbeiter“), bei der es sich um die niedrigste Facharbeiter-Lohngruppe handelt, ist im KVAÜ wie folgt umschrieben: Gerade der von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Wortlaut der Bestimmungen des KVAÜ über die Lohngruppenmerkmale spricht für die Richtigkeit der vom Berufungsgericht unter Berufung auf Schindler (Arbeitskräfteüberlassungs-KollV Abschnitt römisch IX Rz 3, 10) vertretenen Rechtsauffassung: Die hier in Rede stehende Lohngruppe 3 („Facharbeiter“), bei der es sich um die niedrigste Facharbeiter-Lohngruppe handelt, ist im

KVAÜ wie folgt umschrieben:

„Abgeschlossene Berufsausbildung (Lehrabschlussprüfung), auch Lehrabschlussprüfung in technologisch verwandten bzw technologisch ähnlichen Berufen; Befähigung berufseinschlägige Arbeiten nach Anweisung verantwortungsbewusst zu verrichten.“

Zudem folgt der Aufzählung der Lohngruppenmerkmale folgende - unmissverständliche - Anordnung:

„Arbeitnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung (Lehrabschlussprüfung) sind in eine der Facharbeiter-Lohngruppen einzustufen, es sei denn, dass sie tatsächlich ausschließlich außerhalb des erlernten Lehrberufes und auch außerhalb technologisch verwandter bzw technologisch ähnlicher Berufe eingesetzt werden.“

Diese Bestimmungen sind vor dem Hintergrund der Besonderheiten der Arbeitskräfteüberlassung zu sehen, bei der ja die zukünftigen Einsätze sehr oft nicht genau vorhersehbar sind. Maßgeblich ist daher das vereinbarte „Einsatzfeld“ und die dafür überwiegend nötige oder prägende Qualifikation. Der bisherigen Berufstätigkeit bzw der Ausbildung des Arbeitnehmers kommt ein besonderer Stellenwert zu, weil für den Überlasser höherwertige Kenntnisse und Fertigkeiten auch dann wesentlich sind, wenn sie zeitlich nicht überwiegen (Schindler aaO, Abschnitt IX Rz 3). Diese Bestimmungen sind vor dem Hintergrund der Besonderheiten der Arbeitskräfteüberlassung zu sehen, bei der ja die zukünftigen Einsätze sehr oft nicht genau vorhersehbar sind. Maßgeblich ist daher das vereinbarte „Einsatzfeld“ und die dafür überwiegend nötige oder prägende Qualifikation. Der bisherigen Berufstätigkeit bzw der Ausbildung des Arbeitnehmers kommt ein besonderer Stellenwert zu, weil für den Überlasser höherwertige Kenntnisse und Fertigkeiten auch dann wesentlich sind, wenn sie zeitlich nicht überwiegen (Schindler aaO, Abschnitt römisch IX Rz 3).

Hier von Bedeutung ist vor allem die im Kollektivvertrag im Anschluss an die Aufzählung der Lohngruppenmerkmale angeführte Anordnung über die Einstufung von Arbeitnehmern mit abgeschlossener Berufsausbildung, mit der der Kollektivvertrag einen besonderen Facharbeiterschutz normiert: Nach dieser Bestimmung sind Facharbeiter zwingend in eine der Facharbeiter-Lohngruppen einzustufen, es sei denn, dass sie „ausschließlich“ außerhalb des erlernten Lehrberufs oder technologisch verwandter bzw ähnlicher Berufe eingesetzt werden. Nach dieser klaren Anordnung kommt es im Rahmen dieser Bestimmung also gerade nicht auf das Überwiegen von Facharbeit bzw nicht einmal darauf an, dass Facharbeit für den vereinbarten Tätigkeitsbereich prägend ist. Die Verwendung des Wortes „ausschließlich“ rechtfertigt den von der zweiten Instanz gezogenen Schluss, dass Facharbeiter schon dann in eine der Facharbeiter-Lohngruppen eingestuft werden müssen, wenn sie auch nur in untergeordnetem Ausmaß, selten oder nur vorübergehend in ihrem Berufsfeld eingesetzt werden (Schindler aaO, Abschnitt IX Rz 10). Lediglich dann, wenn Facharbeiter für eine völlig berufsfremde Tätigkeit aufgenommen werden (Schindler illustriert dies am Beispiel einer für die Arbeit in Produktionsbetrieben aufgenommenen Friseurin) hat die verrichtete Tätigkeit keinerlei Bezug zum abgeschlossenen Lehrberuf, sodass eine Facharbeitereinstufung nicht gerechtfertigt wäre. Hier von Bedeutung ist vor allem die im Kollektivvertrag im Anschluss an die Aufzählung der Lohngruppenmerkmale angeführte Anordnung über die Einstufung von Arbeitnehmern mit abgeschlossener Berufsausbildung, mit der der Kollektivvertrag einen besonderen Facharbeiterschutz normiert: Nach dieser Bestimmung sind Facharbeiter zwingend in eine der Facharbeiter-Lohngruppen einzustufen, es sei denn, dass sie „ausschließlich“ außerhalb des erlernten Lehrberufs oder technologisch verwandter bzw ähnlicher Berufe eingesetzt werden. Nach dieser klaren Anordnung kommt es im Rahmen dieser Bestimmung also gerade nicht auf das Überwiegen von Facharbeit bzw nicht einmal darauf an, dass Facharbeit für den vereinbarten Tätigkeitsbereich prägend ist. Die Verwendung des Wortes „ausschließlich“ rechtfertigt den von der zweiten Instanz gezogenen Schluss, dass Facharbeiter schon dann in eine der Facharbeiter-Lohngruppen eingestuft werden müssen, wenn sie auch nur in untergeordnetem Ausmaß, selten oder nur vorübergehend in ihrem Berufsfeld eingesetzt werden (Schindler aaO, Abschnitt römisch IX Rz 10). Lediglich dann, wenn Facharbeiter für eine völlig berufsfremde Tätigkeit aufgenommen werden (Schindler illustriert dies am Beispiel einer für die Arbeit in Produktionsbetrieben aufgenommenen Friseurin) hat die verrichtete Tätigkeit keinerlei Bezug zum abgeschlossenen Lehrberuf, sodass eine Facharbeitereinstufung nicht gerechtfertigt wäre.

Abschnitt IX Punkt 5. KVAÜ steht mit dieser Auslegung des Kollektivvertrags nicht in Widerspruch. Abschnitt römisch IX Punkt 5. KVAÜ steht mit dieser Auslegung des Kollektivvertrags nicht in Widerspruch.

Dass die Kläger nicht „ausschließlich außerhalb des erlernten Lehrberufes und auch außerhalb technologisch verwandter bzw technologisch ähnlicher Berufe eingesetzt“ wurden, hat das Berufungsgericht nachvollziehbar begründet. Diese Begründung wird in der Revision gar nicht in Frage gestellt. Die Einstufung der Kläger in

die Lohngruppe 3 ist daher nicht zu beanstanden.

Dass die Arbeitsverhältnisse der Kläger zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der KVAÜ bereits bestanden haben, kann an diesem Ergebnis nichts ändern. Der KVAÜ ist mit 1. 3. 2002 in Kraft getreten und ab diesem Zeitpunkt auf die von ihm erfassten Arbeitsverhältnisse anzuwenden. Übergangsbestimmungen, wonach bestehende, für die Arbeitnehmer ungünstigere Vereinbarungen aufrecht bleiben, enthält er nicht.

Zur vereinbarten Überstundenpauschalierung:

Zur Beurteilung der Vereinbarung der Parteien über die Überstundenpauschalierung und zur Bedeutung des Ausgleichsvorbehalts der Beklagten kann ebenfalls auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Zur Beurteilung der Vereinbarung der Parteien über die Überstundenpauschalierung und zur Bedeutung des Ausgleichsvorbehalts der Beklagten kann ebenfalls auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Die Vereinbarung einer Überstundenpauschalierung wird von der Revisionswerberin nach wie vor nicht bestritten; sie verweist aber abermals auf ihren von der zweiten Instanz ohnedies berücksichtigten Vorbehalt, am Jahresende die tatsächlich geleisteten Überstunden den bereits bezahlten gegenüberzustellen. Das Berufungsgericht hat diesen Vorbehalt iS der Vereinbarung eines Vorbehalts, die Pauschalabrechnung zu widerrufen, qualifiziert (vgl dazu die schon von der zweiten Instanz zitierte, in RIS-Justiz RS0051758 ersichtliche Rechtsprechung). Dem ist beizupflichten. Damit geht es aber nicht - wie die Beklagte meint - darum, ob sie iSd § 863 ABGB auf ihr Widerrufsrecht verzichtet hat, sondern darum, ob sie zum vorgesehenen Zeitpunkt (jeweils zum Jahresende) von ihrer Widerrufsmöglichkeit Gebrauch gemacht hat. Das war - wie gar nicht strittig ist - nicht der Fall. Das Berufungsgericht ist daher zu Recht von einer nie widerrufenen und daher wirksamen Überstundenpauschalierung ausgegangen. Die Vereinbarung einer Überstundenpauschalierung wird von der Revisionswerberin nach wie vor nicht bestritten; sie verweist aber abermals auf ihren von der zweiten Instanz ohnedies berücksichtigten Vorbehalt, am Jahresende die tatsächlich geleisteten Überstunden den bereits bezahlten gegenüberzustellen. Das Berufungsgericht hat diesen Vorbehalt iS der Vereinbarung eines Vorbehalts, die Pauschalabrechnung zu widerrufen, qualifiziert vergleiche dazu die schon von der zweiten Instanz zitierte, in RIS-Justiz RS0051758 ersichtliche Rechtsprechung). Dem ist beizupflichten. Damit geht es aber nicht - wie die Beklagte meint - darum, ob sie iSd Paragraph 863, ABGB auf ihr Widerrufsrecht verzichtet hat, sondern darum, ob sie zum vorgesehenen Zeitpunkt (jeweils zum Jahresende) von ihrer Widerrufsmöglichkeit Gebrauch gemacht hat. Das war - wie gar nicht strittig ist - nicht der Fall. Das Berufungsgericht ist daher zu Recht von einer nie widerrufenen und daher wirksamen Überstundenpauschalierung ausgegangen.

Im Übrigen wirft die Revisionswerberin dem Berufungsgericht vor, das Wesen eines kollektivvertraglichen Mindestentgelts nicht beachtet zu haben. Ob der vereinbarte Pauschalbetrag dieses Mindestentgelt unterschreite, könne nur beurteilt werden, wenn feststehe, wie viele Überstunden überhaupt geleistet worden seien.

Auch dieser Einwand ist nicht berechtigt:

Der Revisionswerberin ist beizupflichten, dass die Parteien bei Abschluss ihrer Vereinbarung nicht bedacht haben, dass sie dem Vertrag einen zu niedrigen Stundensatz zugrunde legen. Es bedarf daher - wie auch die Revisionswerberin erkennt - der ergänzenden Vertragsauslegung, bei der aber zu berücksichtigen ist, dass die Streitteile ihrer Überstunden-Pauschalvereinbarung nicht einfach einen Geldbetrag, sondern eine genau bezeichnete Anzahl von Überstunden und einen ebenso genau bezeichneten Zuschlag zum Stundenlohn zugrunde gelegt haben. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass die Parteien sowohl die Zahl der vereinbarten Stunden als auch den vereinbarten Zuschlag zum Grundlohn als angemessen erachtet haben. In diesem Sinn ist davon auszugehen, dass redliche Parteien, wären sie mit der Unzulässigkeit des vereinbarten Grundlohnes konfrontiert worden, auch ihrer Vereinbarung den zulässigen (höheren) Grundlohn zugrunde gelegt hätten.

Zum Verfall des Überstundenentgelts:

Auch in diesem Zusammenhang kann auf die zutreffende rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Auch in dies

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at