

TE OGH 2002/3/28 8ObA50/02i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.03.2002

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer und Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Dr. Walter Zeiler und Claus Bauer als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Alexander S*****, vertreten durch Dr. Vera Kremslehner ua, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei T***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Bernhard Steinbüchler und Mag. Harald Mühlleitner, Rechtsanwälte in St. Florian, wegen restlicher 5.492,39 EUR sA, infolge Rekurses der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 5. Dezember 2001, GZ 8 Ra 342/01z-15, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Korneuburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 29. März 2001, GZ 34 Cga 273/00d-10, teilweise aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung, an das Erstgericht zurückverwiesen wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

1. Der Antrag der beklagten Partei auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens wird zurückgewiesen.
2. Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Kosten des Verfahrens erster Instanz.

Text

Begründung:

Der Kläger ist gelernter Elektromechaniker, hat über 30 Jahre Berufserfahrung und Kenntnisse, die weit über den Lehrabschluss hinausgehen. Er war bei der beklagten Leiharbeitsfirma, die in Wien eine Niederlassung hat, seit 21. 7. 1997 nach der Vereinbarung als "Elektriker-Facharbeiter" beschäftigt und mit Ausnahme weniger Tage immer in Industriebetrieben eingesetzt. Dabei hatte er im Wesentlichen selbstbestimmt und eigenverantwortlich elektrische Aggregate einzubauen, anzuschließen und Verkabelungen nach Schaltplänen herzustellen, was eine große Berufserfahrung voraussetzt.

Es bezog vom November 1997 bis Jänner 1998 einen Bruttostundenlohn von S 102,50 - von Februar 1998 bis Oktober 1998 von S 104,50, von November 1998 bis Oktober 1999 von S 108,30, für November 1999 bis Oktober 2000 einen solchen von S 110,90 - und für November und Dezember 2000 von S 114,90.

Im Einzelnen festgestellt wurden auch noch die in Österreich durchschnittlich bestehenden Kollektivvertragsüberzahlungen, die durchschnittliche Entlohnung in der Eisen- und Metallwarenindustrie, der Metallindustrie und der Elektro- und Elektronikindustrie sowie die bestehenden Statistiken für die Durchschnittslöhne

der nach sechs Berufsgruppen gegliederten Arbeiter (Facharbeiter,), die österreichweit auch noch nach Branchen gegliedert sind, während regional diese Untergliederung nicht besteht.

Der Kläger begehrte letztlich S 146.149,48 brutto samt gestaffeltem Zinsenbegehren. Er stützte dies darauf, dass er Anspruch auf ein angemessenes ortsübliches Entgelt habe, das in Wien für Facharbeiter 1997 S 21.420, 1998 S 21.960 und 1999 S 22.320 sowie 2000 S 22.860 monatlich betragen habe. Dies sei als sein Grundentgelt gemäß § 10 Abs 1 erster Satz AÜG anzusehen und unabhängig vom Entgeltanspruch aufgrund des in einem Beschäftigterbetrieb anzuwendenden Kollektivvertrages zu bezahlen. Dieses Grundentgelt sei ohne Aufsplittung nach Branchen nur nach einer groben Einteilung in Facharbeiter, angelernte Arbeiter und ungelernte Arbeiter zu ermitteln. Hilfsweise stützte sich der Kläger auch darauf, dass er unter Zugrundelegung des sach einschlägigen Kollektivvertrages der eisen- und metallerzeugenden Industrie und der dort bestehenden Überzahlung aber auch unter Zugrundelegung der Beschäftigterkollektivverträge zu niedrig entlohnt gewesen sei, was er noch näher ausführte. Der Kläger begehrte letztlich S 146.149,48 brutto samt gestaffeltem Zinsenbegehren. Er stützte dies darauf, dass er Anspruch auf ein angemessenes ortsübliches Entgelt habe, das in Wien für Facharbeiter 1997 S 21.420, 1998 S 21.960 und 1999 S 22.320 sowie 2000 S 22.860 monatlich betragen habe. Dies sei als sein Grundentgelt gemäß Paragraph 10, Absatz eins, erster Satz AÜG anzusehen und unabhängig vom Entgeltanspruch aufgrund des in einem Beschäftigterbetrieb anzuwendenden Kollektivvertrages zu bezahlen. Dieses Grundentgelt sei ohne Aufsplittung nach Branchen nur nach einer groben Einteilung in Facharbeiter, angelernte Arbeiter und ungelernte Arbeiter zu ermitteln. Hilfsweise stützte sich der Kläger auch darauf, dass er unter Zugrundelegung des sach einschlägigen Kollektivvertrages der eisen- und metallerzeugenden Industrie und der dort bestehenden Überzahlung aber auch unter Zugrundelegung der Beschäftigterkollektivverträge zu niedrig entlohnt gewesen sei, was er noch näher ausführte.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete im Wesentlichen ein, dass zwischen dem Grundentgelt und dem Entgeltanspruch während der Überlassung zu unterscheiden sei. Das Grundentgelt sei nach dem üblicherweise von den gewerblichen Arbeitskräfteüberlassern bezahlten Entgelt zu ermitteln. Es liege jedenfalls unter den Löhnen der Industrie.

Das Erstgericht folgte rechtlich aus dem einleitend dargestellten Sachverhalt, dass für die Feststellung des Anspruchs auf das Grundentgelt im Falle des Fehlens einer kollektivvertraglichen Entgeltregelung auf das "angemessene, ortsübliche" Entgelt abzustellen sei. Dies sei nun kein statistischer Durchschnittslohn. Angemessen sei regelmäßig ein kollektivvertraglich festgelegtes Entgelt. Dazu sei ein möglichst sach einschlägiger Kollektivvertrag heranzuziehen, nicht aber auch noch die ortsübliche Überzahlung. Letzteres würde eine sachlich nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung gegenüber anderen Branchen bedeuten. Die Leiharbeitsfirmen seien dann ohnehin durch die Marktkräfte zu Überzahlungen gezwungen. Es sei daher nur auf den anzuwendenden örtlich maßgeblichen Kollektivvertrag abzustellen. Als sach einschlägiger Kollektivvertrag sei hier jener für Arbeiter des eisen- und metallverarbeitenden Gewerbes heranzuziehen. Dabei sei der Kläger aber nur in die Lohngruppe 3 einzustufen, da er zwar eine besondere Berufserfahrung und Kenntnisse habe, jedoch eine Einschränkung auf besonders qualifizierte Tätigkeiten im Dienstvertrag nicht erfolgt sei. Das Grundentgelt sei daher von der Beklagten zutreffend festgelegt worden. Der Kläger habe aber für die Zeiten der Überlassung Anspruch auf eine seiner konkreten, qualifizierten Tätigkeit entsprechenden Entlohnung nach dem Kollektivvertrag, und zwar nach der höheren Lohngruppe 2. Daraus errechnete das Erstgericht einen nicht verfallenen Anspruch auf eine Entgeltdifferenz von S 70.572,53. Insoweit gab es der Klage rechtskräftig statt, wies jedoch das darüber hinausgehende Mehrbegehren ab.

Das Berufungsgericht gab der gegen den klagsabweisenden Teil dieses Urteils erhobenen Berufung des Klägers Folge, hob das angefochtene Urteil auf und verwies die Rechtssache zur Verfahrensergänzung an das Erstgericht. Es ging davon aus, dass auch die ortsübliche Überzahlung des Kollektivvertrages zu berücksichtigen sei. Dies sei auch nicht verfassungsrechtlich bedenklich. Dazu wies es auch nach, dass das Erstgericht die für seine Auffassung herangezogene Meinung von Schrank (ZAS 1991, 49) missverstanden hat. Der Gesetzgeber habe mit der Festlegung eines gesetzlichen Entlohnungsanspruches den Besonderheiten der Arbeitskräfteüberlassung sachlich Rechnung getragen. Würden doch die Arbeitnehmer in dieser Branche häufiger in neuen Betrieben eingesetzt. Auch habe es der Arbeitgeber sonst in der Hand, die Arbeitskräfte an ausgesprochene Billiglohnbranchen zu überlassen. Den Arbeitnehmer solle aber ein von den Arbeitseinsätzen unabhängiges Einkommensniveau gesichert werden. Die Konkurrenz zweier Produktionsbetriebe könne nicht mit jener von Stammarbeitern und Leiharbeitern verglichen werden. Regelmäßig gefährde nur letztere das Lohnniveau. Häufig sei bei Leiharbeitern nur deren Grundqualifikation und deren Verfügbarkeit entscheidend. Schon

vor dem AÜG sei zur Feststellung des angemessenen Entgeltes auch auf die ortsübliche Überzahlungen abgestellt worden. Im Ergebnis sei aus den beiden in Betracht kommenden Kollektivverträgen (Metall-Industrie und Metall-Gewerbe) sowie den ortsüblichen Überzahlungen das arithmetische Mittel heranzuziehen.

Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof erachtete das Berufungsgericht als zulässig, da eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Auslegung des Begriffes des "sachnächsten Kollektivvertrages" fehle.

Rechtliche Beurteilung

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs der Beklagten.

1. Zum Antrag auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens. Der Kläger beantragte die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens, im Zusammenhang mit behaupteten Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot.

Die Verfahrensparteien sind nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht berechtigt, die Einholung einer Vorabentscheidung gemäß Art 234 EG (früher Art 177 EGV) zu beantragen. Ein solcher Antrag ist deshalb zurückzuweisen (SZ 70/262; SZ 69/5; SZ 68/89 uva; allg RIS-Justiz RS0058452). Die Verfahrensparteien sind nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht berechtigt, die Einholung einer Vorabentscheidung gemäß Artikel 234, EG (früher Artikel 177, EGV) zu beantragen. Ein solcher Antrag ist deshalb zurückzuweisen (SZ 70/262; SZ 69/5; SZ 68/89 uva; allg RIS-Justiz RS0058452).

2. Zur Sachentscheidung:

Der gegen den Beschluss des Berufungsgerichtes erhobene Rekurs der beklagten Partei ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, aber nicht berechtigt. Zum Zeitpunkt der Erhebung des Rechtsmittels war eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu dieser Frage noch nicht veröffentlicht.

Der erkennende Senat hat allerdings am 13. 12. 2001 in seiner zu einem ähnlichen Sachverhalt ergangenen Entscheidung zu 8 ObA 226/01w bereits folgendes ausgeführt:

"Nach § 11 Abs 1 AÜG hat der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer im Falle von Arbeitskräfteüberlassungen neben der Höhe des Entgeltes (Z 1) unter anderem die voraussichtliche Art der Arbeitsleistung (Z 4) zu vereinbaren." Nach Paragraph 11, Absatz eins, AÜG hat der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer im Falle von Arbeitskräfteüberlassungen neben der Höhe des Entgeltes (Ziffer eins,) unter anderem die voraussichtliche Art der Arbeitsleistung (Ziffer 4,) zu vereinbaren.

§ 10 Abs 1 AÜG legt zu den Ansprüchen des Arbeitnehmers folgendes fest: Paragraph 10, Absatz eins, AÜG legt zu den Ansprüchen des Arbeitnehmers folgendes fest:

Satz 1: "Die Arbeitskraft hat Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt, das mindestens einmal monatlich auszuzahlen und schriftlich abzurechnen ist."

Satz 2: "Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, denen der Überlasser unterworfen ist, bleiben unberührt."

Satz 3: "Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt Bedacht zu nehmen."

Der Oberste Gerichtshof hat dies nun in seinen Entscheidungen vom 20. 11. 1991 zu 9 ObA 196/91 (= SZ 64/161 = Arb 10.977 = JBl 1992, 265 = DRdA 1992/45 ua) sowie 9 ObA 602/91 (Arb 10.979 = 64/162 = DRdA 1992/46) und auch in den nachfolgenden Entscheidungen (vgl etwa zuletzt OGH 5. 9. 2001, 9 ObA 195/01v und OGH 25. 10. 2001, 8 ObA 28/01b) dahin ausgelegt, dass mit Satz 1 und 2 der Bestimmung der gemäß § 10 Abs 1 AÜG schon vor Überlassung zwischen Überlasser und Arbeitskraft unabhängig von der einzelnen Überlassung zu vereinbarende Anspruch inhaltlich geregelt wird (Grundentgelt), während Satz 3 eine ergänzende Regelung für die Zeit der Überlassung trifft (Beschäftigterentgelt). Weiters wurde dabei stets daran festgehalten, dass für das Grundentgelt außerhalb der Überlassungszeiten, sowie jenes im Sinne der Sätze 1 und 2 in erster Linie ein für den Überlasserbetrieb geltender Kollektivvertrag im Sinne des Satzes 2 maßgeblich ist. Dann ist auch dessen Zugehörigkeit in der Wirtschaftskammer (Gewerbe) entscheidend. Nur dann, wenn - so wie hier - kein Kollektivvertrag für den Überlasserbetrieb besteht, ist der Grundanspruch nach Satz 1 zu bestimmen. Dabei ist dann nicht nur auf einen "möglichen sacheinschlägigen Kollektivvertrag", sondern auch auf eine ortsübliche Überzahlung des kollektivvertraglichen Mindestentgeltes zur Feststellung des angemessenen,

ortsüblichen Entgeltes im Sinne des Satzes 1 abzustellen. Für die Ortsüblichkeit wurde dabei auch bereits wiederholt festgehalten, dass nicht auf die Ortsgemeinde, sondern auf die als einheitlicher Arbeitsmarkt in Betracht kommende Region abzustellen ist. Dieser - so - festgestellte Grundentgeltanspruch ist dem Arbeitnehmer als Untergrenze jedenfalls gesichert, und zwar auch dann, wenn er in einem Beschäftigterbetrieb eingesetzt wird, bei dem ein Kollektivvertrag ein niedrigeres Mindestentgelt vorsieht (vgl OGH 9. 3. 2000, 8 ObA 332/99b = DRdA 2001/4 [Schindler]). Der Oberste Gerichtshof hat dies nun in seinen Entscheidungen vom 20. 11. 1991 zu 9 ObA 196/91 (= SZ 64/161 = Arb 10.977 = JBl 1992, 265 = DRdA 1992/45 ua) sowie 9 ObA 602/91 (Arb 10.979 = 64/162 = DRdA 1992/46) und auch in den nachfolgenden Entscheidungen vergleiche etwa zuletzt OGH 5. 9. 2001, 9 ObA 195/01v und OGH 25. 10. 2001, 8 ObA 28/01b) dahin ausgelegt, dass mit Satz 1 und 2 der Bestimmung der gemäß Paragraph 10, Absatz eins, AÜG schon vor Überlassung zwischen Überlasser und Arbeitskraft unabhängig von der einzelnen Überlassung zu vereinbarende Anspruch inhaltlich geregelt wird (Grundentgelt), während Satz 3 eine ergänzende Regelung für die Zeit der Überlassung trifft (Beschäftigterentgelt). Weiters wurde dabei stets daran festgehalten, dass für das Grundentgelt außerhalb der Überlassungszeiten, sowie jenes im Sinne der Sätze 1 und 2 in erster Linie ein für den Überlasserbetrieb geltender Kollektivvertrag im Sinne des Satzes 2 maßgeblich ist. Dann ist auch dessen Zugehörigkeit in der Wirtschaftskammer (Gewerbe) entscheidend. Nur dann, wenn - so wie hier - kein Kollektivvertrag für den Überlasserbetrieb besteht, ist der Grundanspruch nach Satz 1 zu bestimmen. Dabei ist dann nicht nur auf einen "möglichen sacheinschlägigen Kollektivvertrag", sondern auch auf eine ortsübliche Überzahlung des kollektivvertraglichen Mindestentgeltes zur Feststellung des angemessenen, ortsüblichen Entgeltes im Sinne des Satzes 1 abzustellen. Für die Ortsüblichkeit wurde dabei auch bereits wiederholt festgehalten, dass nicht auf die Ortsgemeinde, sondern auf die als einheitlicher Arbeitsmarkt in Betracht kommende Region abzustellen ist. Dieser - so - festgestellte Grundentgeltanspruch ist dem Arbeitnehmer als Untergrenze jedenfalls gesichert, und zwar auch dann, wenn er in einem Beschäftigterbetrieb eingesetzt wird, bei dem ein Kollektivvertrag ein niedrigeres Mindestentgelt vorsieht vergleiche OGH 9. 3. 2000, 8 ObA 332/99b = DRdA 2001/4 [Schindler]).

Da sich der Kläger gar nicht auf allfällige Kollektivverträge in den Beschäftigterbetrieben im Sinne des § 10 Abs 1 Satz 3 stützt, ist also die von den Arbeitsvertragsparteien festgelegte Entgeltbestimmung unter dem Blickwinkel des § 10 Abs 1 Satz 1 und 2 AÜG zu überprüfen. Da sich der Kläger gar nicht auf allfällige Kollektivverträge in den Beschäftigterbetrieben im Sinne des Paragraph 10, Absatz eins, Satz 3 stützt, ist also die von den Arbeitsvertragsparteien festgelegte Entgeltbestimmung unter dem Blickwinkel des Paragraph 10, Absatz eins, Satz 1 und 2 AÜG zu überprüfen

.....

Ausgehend davon, dass der Grundanspruch sich nicht aus der Regelung einer "Norm der kollektiven Rechtsgestaltung, der der Überlassung unterworfen ist" im Sinne des § 10 Abs 1 zweiter Satz ergibt, ist also entsprechend der dargestellten Judikatur der Grundanspruch nach Satz 1 unter Heranziehung eines möglichst sacheinschlägigen Kollektivvertrages und einer ortsüblichen Überzahlung des kollektivvertraglichen Mindestentgeltes in der als einheitlicher Arbeitsmarkt in Betracht kommenden Region zu prüfen. Die Literatur hat nun gegen den in der ständigen Judikatur des Obersten Gerichtshofes festgehaltenen Ansatz, dass für die Angemessenheit vorweg auf die Kollektivverträge für vergleichbare Arbeiten abzustellen wäre (vgl dazu auch schon Ritzberger-Moser, Der Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskraft nach § 10 Abs 1 AÜG, DRdA 1992, 330 ff) Bedenken aufgezeigt. Ausgehend davon, dass der Grundanspruch sich nicht aus der Regelung einer "Norm der kollektiven Rechtsgestaltung, der der Überlassung unterworfen ist" im Sinne des Paragraph 10, Absatz eins, zweiter Satz ergibt, ist also entsprechend der dargestellten Judikatur der Grundanspruch nach Satz 1 unter Heranziehung eines möglichst sacheinschlägigen Kollektivvertrages und einer ortsüblichen Überzahlung des kollektivvertraglichen Mindestentgeltes in der als einheitlicher Arbeitsmarkt in Betracht kommenden Region zu prüfen. Die Literatur hat nun gegen den in der ständigen Judikatur des Obersten Gerichtshofes festgehaltenen Ansatz, dass für die Angemessenheit vorweg auf die Kollektivverträge für vergleichbare Arbeiten abzustellen wäre vergleiche dazu auch schon Ritzberger-Moser, Der Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskraft nach Paragraph 10, Absatz eins, AÜG, DRdA 1992, 330 ff) Bedenken aufgezeigt.

Schindler (Der Entgeltanspruch bei Arbeitskräfte-Überlassung RdW 2000/735) problematisiert dabei, dass sich der "sacheinschlägige" Kollektivvertrag auf die Tätigkeit in Branchen und Arbeitsorten beziehe, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch gar nicht bekannt seien. Auch bezögen sich die Kollektivverträge nicht auf Tätigkeiten, wie

etwa die Berufstätigkeit als Elektriker, sondern auf Branchen. Ein Elektro-Installateur könne genauso mit der Instandhaltung einer Textilfabrik wie eines Handelsunternehmens befasst sein. Noch weniger Anhaltspunkte gäbe es bei ungelernten Arbeitern. Für die überwiegende Mehrzahl der Leiharbeiter sei es unmöglich, einen "sacheinschlägigen" Kollektivvertrag ausfindig zu machen. Regelmäßig sei auch nicht die Verwendung in einer bestimmten Branche vereinbart. Im Ergebnis müsse daher von vornherein eine Kategorisierung der Tätigkeiten relativ grob vorgenommen werden und zwar im Arbeiterbereich überhaupt nur in ungelernte, angelernte und Facharbeitertätigkeiten. Für diese drei Gruppen seien auch entsprechende Lohnstatistiken vorhanden. Da das Lohnniveau in den Gewerbebetrieben im Durchschnitt um 20 % niedriger sei als in der Industrie, wäre von den Werten bei einem ausschließlich vereinbarten Arbeitseinsatz im Gewerbe dieser Prozentsatz, bei einer Mischverwendung jedoch jener von 10 % abzuziehen.

Auch Schrammel (Zum Grundlohnanspruch überlassener Arbeitskräfte, *ecolex* 2001, 252) zeigt das Problem bei der Ermittlung der "sacheinschlägigen" Vergleichskollektivverträge auf, da das Kollektivvertragssystem auf dem "Industrieverbandssystem" beruhe und sich außerdem noch die Frage der konkreten Einordnung in den Kollektivvertrag stelle. Der gleiche Arbeitnehmer könne für unterschiedlich einzustufende Tätigkeiten und auch in unterschiedlichen Branchen eingesetzt werden. Ansatzpunkt müsse daher nicht die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers, sondern der Überlasser sein, und zwar welcher Lohn in Überlasserbetrieben dieser Region gewöhnlich bezahlt werde. Sollte aber doch auf die sacheinschlägigen Kollektivverträge abgestellt werden, so wäre auf die einschlägigen Gewerbekollektivverträge abzustellen, da auch die Überlasser der Sektion Gewerbe in der Wirtschaftskammer angehören. Die Kollektivverträge für Industriebetriebe oder Spezialbranchen, wie Brauereien und Erdölverarbeitung seien von vornherein auszuschneiden, da das angemessene und ortsübliche Entgelt nur auf Grundlage von Gewerbebetrieben ermittelt werden könnte. Als "sacheinschlägig" könnten zwar die Kollektivverträge der Beschäftigterbetriebe herangezogen werden, jedoch würde dies in Widerspruch zu Satz 3 den Unterschied zwischen angemessenen Grundlohn nach Satz 1 und 2 einerseits und dem Beschäftigterlohn im Satz 3 andererseits verwischen. Dies würde auch nicht darauf Bedacht nehmen, dass die Überlassung ja in verschiedenste Branchen erfolgen könne. Ein allfälliger Durchschnittslohn aus diesen Branchen könne zu Beginn nicht ermittelt werden. Daher sei auf die tatsächlichen Lohnverhältnisse im Gewerbe der Arbeitskräfteüberlasser abzustellen. Müsse doch davon ausgegangen werden, dass in einem funktionierenden Markt angemessene und ortsübliche Löhne gezahlt werden. Eine gewisse Richtschnur biete der für den Überlasser anzuwendende Kollektivvertrag für Angestellte des Gewerbes. Der unter Zugrundelegung der vereinbarten Arbeitsgebiete ermittelte Grundlohn sei ex post unter Heranziehung der tatsächlichen Einsatzbereiche zu überprüfen.

Der Oberste Gerichtshof hält trotz der geltend gemachten Bedenken an seiner Rechtsprechung fest, dass bei Ermittlung des angemessenen ortsüblichen Entgeltes im Sinne des § 10 Abs 1 erster Satz AÜG auf einen möglichst sacheinschlägigen Kollektivvertrag sowie die ortsübliche Überzahlung des kollektivvertraglichen Mindestentgeltes abzustellen ist. Den übereinstimmenden Bedenken, dass die Ermittlung des Entgeltes schwierig sein könnte, ist entgegenzuhalten, dass der Oberste Gerichtshof bereits in der vorliegenden Entscheidung vom 20. 11. 1991 zu 9 ObA 196/91 (= SZ 64/161 = Arb 10.977 = JBl 1992, 265 = EvBl 1992/67 = DRdA 1992/45 uva) die Schwierigkeit aufgezeigt hat und folgendes ausgeführt hat: Der Oberste Gerichtshof hält trotz der geltend gemachten Bedenken an seiner Rechtsprechung fest, dass bei Ermittlung des angemessenen ortsüblichen Entgeltes im Sinne des Paragraph 10, Absatz eins, erster Satz AÜG auf einen möglichst sacheinschlägigen Kollektivvertrag sowie die ortsübliche Überzahlung des kollektivvertraglichen Mindestentgeltes abzustellen ist. Den übereinstimmenden Bedenken, dass die Ermittlung des Entgeltes schwierig sein könnte, ist entgegenzuhalten, dass der Oberste Gerichtshof bereits in der vorliegenden Entscheidung vom 20. 11. 1991 zu 9 ObA 196/91 (= SZ 64/161 = Arb 10.977 = JBl 1992, 265 = EvBl 1992/67 = DRdA 1992/45 uva) die Schwierigkeit aufgezeigt hat und folgendes ausgeführt hat:

"Erscheint dem Gesetzgeber die im Übrigen auch wesentlich praktikablere Regelung durch Kollektivverträge im Sinne des Vorranges der Tarifautonomie wünschenswert, dann kann ihm auch unterstellt werden, dass er durch eine entsprechende Höhe des subsidiären Entgeltanspruches insbesondere für die Arbeitgeber (Überlasser) einen Anreiz zum Abschluss von unmittelbar anzuwendenden Kollektivverträgen im Sinne des Satzes 2 geben wollte."

Dass aber die Ermittlung des angemessenen Entgeltes ohne Kollektivvertrag auf Grundlage des § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG auch mit den Mitteln des Verwaltungsverfahrens möglich ist, zeigt sich etwa aus der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. 11. 1995 zu ZI 93/08/208 = RdW 1996, 589 = ARD 4790/20/96; vgl auch Andexlinger,

ecolex 1997, 183). Dass aber die Ermittlung des angemessenen Entgeltes ohne Kollektivvertrag auf Grundlage des Paragraph 10, Absatz eins, Satz 1 AÜG auch mit den Mitteln des Verwaltungsverfahrens möglich ist, zeigt sich etwa aus der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. 11. 1995 zu ZI 93/08/208 = RdW 1996, 589 = ARD 4790/20/96; vergleiche auch Andexlinger, ecolex 1997, 183).

Auch sonst erachtet der Gesetzgeber ja das durch die Kollektivverträge erarbeitete Entgeltsystem als geeigneten Ausgangspunkt für die Erstreckung auf nicht erfasste Bereiche. So sieht doch etwa § 18 ArbVG vor, dass das Bundeseinigungsamt auf Antrag einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft einen Kollektivvertrag durch Erklärung zur Satzung auch außerhalb seines räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereiches rechtsverbindliche Wirkung zuerkennen kann, wenn der gehörig kundgemachte Kollektivvertrag eine überwiegende Bedeutung erlangt hat und die durch die Satzung zu erfassenden Arbeitsverhältnisse jenen, die dem Kollektivvertrag unterliegen, im Wesentlichen gleichartig sind. Auch sonst erachtet der Gesetzgeber ja das durch die Kollektivverträge erarbeitete Entgeltsystem als geeigneten Ausgangspunkt für die Erstreckung auf nicht erfasste Bereiche. So sieht doch etwa Paragraph 18, ArbVG vor, dass das Bundeseinigungsamt auf Antrag einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft einen Kollektivvertrag durch Erklärung zur Satzung auch außerhalb seines räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereiches rechtsverbindliche Wirkung zuerkennen kann, wenn der gehörig kundgemachte Kollektivvertrag eine überwiegende Bedeutung erlangt hat und die durch die Satzung zu erfassenden Arbeitsverhältnisse jenen, die dem Kollektivvertrag unterliegen, im Wesentlichen gleichartig sind.

War doch auch einer der Ausgangspunkte bei der Schaffung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes überhaupt der Umstand, dass die überlassenen Arbeitskräfte in der Regel nicht durch kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen oder Löhne geschützt sind (vgl. § 13 der RV 450 der Beil. Nr. 17. GP). War doch auch einer der Ausgangspunkte bei der Schaffung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes überhaupt der Umstand, dass die überlassenen Arbeitskräfte in der Regel nicht durch kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen oder Löhne geschützt sind (vergleiche § 13 der RV 450 der Beil. Nr. 17. GP).

Es ist nun zutreffend, dass in Österreich seit langem das System der Branchen- und Flächen-Kollektivverträge (vgl. dazu etwa Firle, Flucht aus dem Kollektivvertrag DRdA 2001, 221 [234] zur "Krise des Flächen-Kollektivvertrages") vorherrscht und dies die allein berufsbezogene und an der "voraussichtlichen Art der Arbeitsleistung" (vgl. § 11 Abs. 1 Z. 4 AÜG) anknüpfende Feststellung eines "sacheinschlägigen" Kollektivvertrages nicht einfach macht. Auszugehen ist vom wahren Willen der Parteien über die in Aussicht genommene Art der Arbeitsleistung, die der Leiharbeitnehmer zu erbringen hat. Dabei wird zu berücksichtigen sein, inwieweit entsprechende Berufsausbildungen, Berufserfahrungen und Vorkenntnisse Bedeutung haben und ob eine Einschränkung auf die Tätigkeit in bestimmten Branchen vorgesehen ist. Es ist nun zutreffend, dass in Österreich seit langem das System der Branchen- und Flächen-Kollektivverträge (vergleiche dazu etwa Firle, Flucht aus dem Kollektivvertrag DRdA 2001, 221 [234] zur "Krise des Flächen-Kollektivvertrages") vorherrscht und dies die allein berufsbezogene und an der "voraussichtlichen Art der Arbeitsleistung" (vergleiche Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 4, AÜG) anknüpfende Feststellung eines "sacheinschlägigen" Kollektivvertrages nicht einfach macht. Auszugehen ist vom wahren Willen der Parteien über die in Aussicht genommene Art der Arbeitsleistung, die der Leiharbeitnehmer zu erbringen hat. Dabei wird zu berücksichtigen sein, inwieweit entsprechende Berufsausbildungen, Berufserfahrungen und Vorkenntnisse Bedeutung haben und ob eine Einschränkung auf die Tätigkeit in bestimmten Branchen vorgesehen ist.

Auf dieser Grundlage ist dann festzustellen, von welchen Kollektivverträgen - sei es im Bereich des Gewerbes oder der Industrie (ist doch hier im Überlasserbetrieb [Gewerbe] typischerweise keine Tätigkeit zu verrichten, die ein geeigneter Anknüpfungspunkt sein könnte) - diese "Art der Arbeitsleistung" so erfasst ist, dass die größtmögliche Übereinstimmung der aufgezählten Parameter festgestellt werden kann. Bezogen auf den vorliegenden Fall ist nur festgestellt, dass der Kläger als Elektromonteur unter Berücksichtigung seiner fach einschlägigen Ausbildung beschäftigt werden sollte. Eine Einschränkung auf bestimmte Branchen der Verwendung wurde nicht festgestellt. Daher wird im Folgenden zu beurteilen sein, in welchen Kollektivverträgen auf die Tätigkeit von Elektromonteuren überhaupt konkret abgestellt wird. Primär ist auf diese speziell auf den Typus und die Art der Arbeitsleistung abstellende Kollektivverträge Bedacht zu nehmen (typische Kollektivverträge). Nur dann, wenn diese nicht vorhanden oder nicht repräsentativ sind, auf jene Kollektivverträge, die diese Art der Arbeitsleistung nur indirekt erfassen. Das

bedeutet, dass also etwa dann, wenn die Leiharbeitskraft allgemein für Reinigungsarbeiten aufgenommen wird, primär auf den Kollektivvertrag für das Reinigungsgewerbe abzustellen ist und nur dann, wenn kein solcher bestehen würde, auf andere Kollektivverträge, die diese Tätigkeit ebenfalls (indirekt) erfassen.

Bestehen auf einer dieser beiden Ebenen (typische Kollektivverträge oder nur indirekt diese Art der Tätigkeit erfassende Kollektivverträge) mehrere Kollektivverträge, so ist darauf abzustellen, ob einer dieser Kollektivverträge deutlich mehr Arbeitnehmer mit dieser "Art der Arbeitsleistung" erfasst als die anderen Kollektivverträge; dann ist dieser maßgeblich. Sollte dies nicht der Fall sein, so ist der Durchschnitt aus diesen kollektivvertraglichen Ansätzen zu bilden. Eine analoge Heranziehung der Regelungen des § 9 ArbVG - auch dies wurde als eine Möglichkeit in der Literatur erörtert (vgl Schindler aaO) - kommt nicht in Betracht. Von einer entsprechend klaren Gliederung, wie sie § 9 ArbVG für Betriebe oder Unternehmen voraussetzt, kann hier nicht ausgegangen werden. Auch kann es nicht auf die Zufälligkeit geringfügiger Schwankungen auf dem einschlägigen Arbeitsmarkt ankommen, sodass dann im Sinne der "Maßgeblichkeit" nach § 9 Abs 3 ArbVG einmal der eine und dann der andere Kollektivvertrag heranzuziehen wäre. Es ist also nur dann auf "einen" Kollektivvertrag abzustellen, wenn dieser in seiner Bedeutung deutlich überwiegt. Sind in einem Kollektivvertrag mehrere Einstufungen möglich, so ist sinngemäß vorzugehen. Bestehen auf einer dieser beiden Ebenen (typische Kollektivverträge oder nur indirekt diese Art der Tätigkeit erfassende Kollektivverträge) mehrere Kollektivverträge, so ist darauf abzustellen, ob einer dieser Kollektivverträge deutlich mehr Arbeitnehmer mit dieser "Art der Arbeitsleistung" erfasst als die anderen Kollektivverträge; dann ist dieser maßgeblich. Sollte dies nicht der Fall sein, so ist der Durchschnitt aus diesen kollektivvertraglichen Ansätzen zu bilden. Eine analoge Heranziehung der Regelungen des Paragraph 9, ArbVG - auch dies wurde als eine Möglichkeit in der Literatur erörtert vergleiche Schindler aaO) - kommt nicht in Betracht. Von einer entsprechend klaren Gliederung, wie sie Paragraph 9, ArbVG für Betriebe oder Unternehmen voraussetzt, kann hier nicht ausgegangen werden. Auch kann es nicht auf die Zufälligkeit geringfügiger Schwankungen auf dem einschlägigen Arbeitsmarkt ankommen, sodass dann im Sinne der "Maßgeblichkeit" nach Paragraph 9, Absatz 3, ArbVG einmal der eine und dann der andere Kollektivvertrag heranzuziehen wäre. Es ist also nur dann auf "einen" Kollektivvertrag abzustellen, wenn dieser in seiner Bedeutung deutlich überwiegt. Sind in einem Kollektivvertrag mehrere Einstufungen möglich, so ist sinngemäß vorzugehen.

Bei dieser Auslegung behält auch Satz 3 des § 10 Abs 1 AÜG weiter seinem Anwendungsbereich, da etwa dann, wenn bei einer Reinigungskraft für den Grundlohn nach § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG nach der dargestellten Vorgangsweise auf den Kollektivvertrag für die Reinigungsunternehmen abzustellen ist, für den Zeitraum der Überlassung an ein erdölverarbeitendes Industrieunternehmen im Sinne der Z 3 des § 10 Abs 1 AÜG der dort maßgebliche Kollektivvertrag des Beschäftigterbetriebes als Untergrenze Bedeutung erlangt. Allein auf den Markt der Arbeitnehmer bei Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen kann nicht abgestellt werden, da es ja gerade Ziel des § 10 Abs 1 AÜG ist, die Festlegung des Entgeltes nicht von dem Willensentschluss der einzelnen Arbeitnehmer abhängig zu machen. Wird es doch in der arbeitsrechtlichen Lehre geradezu als typisch für die Verhandlungssituation des potentiellen Arbeitnehmers mit dem Arbeitgeber angesehen, dass dem Arbeitnehmer bei der Vertragsgestaltung weniger Einflussmöglichkeiten zukommen, weshalb auch regelmäßig einseitig zwingende, an tatsächliche Umstände, anknüpfende Regelungen vorgesehen werden (vgl dazu etwa OGH 9. 11. 2000, 8 Obs 204/00h = RdW 2001/463 = WBI 2001/118 mwN = Tomandl in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht4 1, 109; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsverhältnisses, 76; Bei dieser Auslegung behält auch Satz 3 des Paragraph 10, Absatz eins, AÜG weiter seinem Anwendungsbereich, da etwa dann, wenn bei einer Reinigungskraft für den Grundlohn nach Paragraph 10, Absatz eins, Satz 1 AÜG nach der dargestellten Vorgangsweise auf den Kollektivvertrag für die Reinigungsunternehmen abzustellen ist, für den Zeitraum der Überlassung an ein erdölverarbeitendes Industrieunternehmen im Sinne der Ziffer 3, des Paragraph 10, Absatz eins, AÜG der dort maßgebliche Kollektivvertrag des Beschäftigterbetriebes als Untergrenze Bedeutung erlangt. Allein auf den Markt der Arbeitnehmer bei Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen kann nicht abgestellt werden, da es ja gerade Ziel des Paragraph 10, Absatz eins, AÜG ist, die Festlegung des Entgeltes nicht von dem Willensentschluss der einzelnen Arbeitnehmer abhängig zu machen. Wird es doch in der arbeitsrechtlichen Lehre geradezu als typisch für die Verhandlungssituation des potentiellen Arbeitnehmers mit dem Arbeitgeber angesehen, dass dem Arbeitnehmer bei der Vertragsgestaltung weniger Einflussmöglichkeiten zukommen, weshalb auch regelmäßig einseitig zwingende, an tatsächliche Umstände, anknüpfende Regelungen vorgesehen werden vergleiche dazu etwa OGH 9. 11. 2000, 8 Obs 204/00h = RdW 2001/463 = WBI 2001/118 mwN = Tomandl in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht4 1, 109; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsverhältnisses, 76;

Spielbüchler/Grillberger, Arbeitsrecht I 4 250; Firlei, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA 1987, 271; Schauer, Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Arbeitnehmereigenschaft, RdW 1997, 732 ff). Im Bereich der Festsetzung des Entgeltes wird dieses Verhandlungsdefizit durch die Übertragung der Möglichkeit der Festsetzung von Mindestentgelten auf die Kollektivvertragsparteien ausgeglichen. Das von diesen festgelegte Entgelt wird regelmäßig als angemessen beurteilt (vgl dazu OGH 20. 11. 1991, 9 ObA 196/91 mit den oben zitierten Fundstellen mwN).

Wurde nun in der oben dargestellten Weise der oder die sach einschlägigen Kollektivverträge ermittelt, so ist das ortsübliche Entgelt, also die Frage der ortsüblichen Überzahlung, zu ermitteln. Dafür ist in der als einheitlicher Arbeitsmarkt in Betracht kommenden Region festzustellen, wie jene Arbeitnehmer, die in diesen Kollektivverträgen Tätigkeiten der "Art der Arbeitsleistung" der Leiharbeitnehmer verrichten, über den Kollektivvertrag entlohnt werden. Dabei ist jedoch nicht nur ein Durchschnittswert festzustellen, sondern unter Ausschaltung von extremen Abweichungen, die Bandbreite, in der diese Überzahlung erfolgt. Diese Bandbreite bildet dann die Untergrenze des angemessenen Entgeltes im Sinne des § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG, die bei der gemeinsamen Festlegung des Entgeltes entsprechend § 11 Abs 1 Z 1 AÜG zu beachten ist. Soweit das nach § 11 Abs 1 Z 1 AÜG festgelegte Entgelt gegen diese Untergrenze verstößt, steht dem Arbeitnehmer die Möglichkeit offen, diese Vereinbarung gemäß § 879 ABGB anzufechten, indem er den Beweis dafür antritt, dass das festgelegte Entgelt außerhalb der Bandbreite im Sinne des § 10 Abs 1 erster Satz AÜG liegt. Zur Vermeidung der Schwierigkeiten bei dieser Entgeltermittlung werden 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 können."

Wurde nun in der oben dargestellten Weise der oder die sach einschlägigen Kollektivverträge ermittelt, so ist das ortsübliche Entgelt, also die Frage der ortsüblichen Überzahlung, zu ermitteln. Dafür ist in der als einheitlicher Arbeitsmarkt in Betracht kommenden Region festzustellen, wie jene Arbeitnehmer, die in diesen Kollektivverträgen Tätigkeiten der "Art der Arbeitsleistung" der Leiharbeitnehmer verrichten, über den Kollektivvertrag entlohnt werden. Dabei ist jedoch nicht nur ein Durchschnittswert festzustellen, sondern unter Ausschaltung von extremen Abweichungen, die Bandbreite, in der diese Überzahlung erfolgt. Diese Bandbreite bildet dann die Untergrenze des angemessenen Entgeltes im Sinne des Paragraph 10, Absatz eins, Satz 1 AÜG, die bei der gemeinsamen Festlegung des Entgeltes entsprechend Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, AÜG zu beachten ist. Soweit das nach Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, AÜG festgelegte Entgelt gegen diese Untergrenze verstößt, steht dem Arbeitnehmer die Möglichkeit offen, diese Vereinbarung gemäß Paragraph 879, ABGB anzufechten, indem er den Beweis dafür antritt, dass das festgelegte Entgelt außerhalb der Bandbreite im Sinne des Paragraph 10, Absatz eins, erster Satz AÜG liegt. Zur Vermeidung der Schwierigkeiten bei dieser Entgeltermittlung werden 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 können."

Auf diese Entscheidung ist die Beklagte mit ihrem Rekurs zu verweisen, da ja gerade zu den von der Beklagten relevanten Fragen der statistischen Durchschnittslöhne sowie der Schwierigkeiten bei der Ermittlung des nach § 10 Abs 1 AÜG angemessenen Entgeltes darin ausführlich Stellung bezogen wurde. Dadurch, dass nicht nur die Vereinbarung eines erst im nachhinein feststellbaren genauen statistischen Durchschnittslohnes zulässig ist, sondern die typische Bandbreite der ortsüblichen Überzahlungen im Sinne des obigen Beschlusses heranzuziehen ist, stellen sich die von der Beklagten relevanten verfassungsrechtlichen Bedenken gar nicht. Das Abstellen auf die ortsübliche Überzahlung rechtfertigt sich auch aus der typischerweise fehlenden Integration in einen bestimmten Betrieb und damit auch die mangelnde Teilnahme an innerbetrieblichen KV-Überzahlungen. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist auch gar nicht davon auszugehen, dass ein Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen immer höhere Löhne zu zahlen hätte als die Beschäftigterbetriebe. Dies wird nur für jene Arbeitnehmer zutreffen, bei denen sich das Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen bei der Festlegung der "Art der Arbeitsleistung" auch Überlassungen in Betriebe vorbehält, bei denen ein KV und eine KV-Überzahlungen mit einem höheren Niveau maßgeblich ist als bei der konkreten Überlassung. Dies ist aber auch gerechtfertigt, weil die breitere Möglichkeit des Einsatzes des Leiharbeitnehmers - insbesondere in unterschiedlichen Berufsbereichen - ja auch einen Vorteil für das

Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen darstellt. Die hypothetisch von der Beklagten für andere Sachverhalte, und zwar dass ein ausländischer Arbeitskräfteüberlasser Arbeitskräfte nach Österreich entsende, gestellten europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Fragen sind hier nicht zu beantworten. Gemeinschaftsrechtlich mangelt es für eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit sowie des gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes schon an einem relevanten "grenzüberschreitenden" Anknüpfungsmoment. Auf rein interne Sachverhalte kommen diese Bestimmungen nicht zur Anwendung, sondern es kann sich nur die Frage einer allenfalls verfassungsrechtlich relevanten Inländerdiskriminierung stellen (vgl. Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Vor Art 39 ff Rz 42 ff; Schwarze, EU-Kommentar, Art 12 Rz 33 ff und Art 49 Rz 35; Epiney in Calliess/Ruffert, Kommentar zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Art 12 Rz 29 f; Hailbronner in Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff Art 60 Rz 4; Borgmann Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft, 55 ff; Fischer/Köck³ Europarecht, 528 uva). Auf diese Entscheidung ist die Beklagte mit ihrem Rekurs zu verweisen, da ja gerade zu den von der Beklagten relevierten Fragen der statistischen Durchschnittslöhne sowie der Schwierigkeiten bei der Ermittlung des nach Paragraph 10, Absatz eins, AUG angemessenen Entgelts darin ausführlich Stellung bezogen wurde. Dadurch, dass nicht nur die Vereinbarung eines erst im nachhinein feststellbaren genauen statistischen Durchschnittslohnes zulässig ist, sondern die typische Bandbreite der ortsüblichen Überzahlungen im Sinne des obigen Beschlusses heranzuziehen ist, stellen sich die von der Beklagten relevierten verfassungsrechtlichen Bedenken gar nicht. Das Abstellen auf die ortsübliche Überzahlung rechtfertigt sich auch aus der typischerweise fehlenden Integration in einen bestimmten Betrieb und damit auch die mangelnde Teilnahme an innerbetrieblichen KV-Überzahlungen. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist auch gar nicht davon auszugehen, dass ein Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen immer höhere Löhne zu zahlen hätte als die Beschäftigterbetriebe. Dies wird nur für jene Arbeitnehmer zutreffen, bei denen sich das Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen bei der Festlegung der "Art der Arbeitsleistung" auch Überlassungen in Betriebe vorbehält, bei denen ein KV und eine KV-Überzahlungen mit einem höheren Niveau maßgeblich ist als bei der konkreten Überlassung. Dies ist aber auch gerechtfertigt, weil die breitere Möglichkeit des Einsatzes des Leiharbeitnehmers - insbesondere in unterschiedlichen Berufsbereichen - ja auch einen Vorteil für das Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen darstellt. Die hypothetisch von der Beklagten für andere Sachverhalte, und zwar dass ein ausländischer Arbeitskräfteüberlasser Arbeitskräfte nach Österreich entsende, gestellten europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Fragen sind hier nicht zu beantworten. Gemeinschaftsrechtlich mangelt es für eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit sowie des gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes schon an einem relevanten "grenzüberschreitenden" Anknüpfungsmoment. Auf rein interne Sachverhalte kommen diese Bestimmungen nicht zur Anwendung, sondern es kann sich nur die Frage einer allenfalls verfassungsrechtlich relevanten Inländerdiskriminierung stellen (vergleiche Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Vor Artikel 39, ff Rz 42 ff; Schwarze, EU-Kommentar, Artikel 12, Rz 33 ff und Artikel 49, Rz 35; Epiney in Calliess/Ruffert, Kommentar zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Artikel 12, Rz 29 f; Hailbronner in Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff Artikel 60, Rz 4; Borgmann Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft, 55 ff; Fischer/Köck³ Europarecht, 528 uva).

Aber auch eine solche, allenfalls verfassungsrechtlich relevante "Inländerdiskriminierung" (vgl. VfGH VfSlg 15683 VfSlg 14963 VfSlg 14863 OGH 12. 11. 1998 8ObA 238/98b & SkipToDocumentPage=True & SucheNachRechtssatz=False & SucheNachText=True" target="_blank">8ObA 238/98b = SZ 71/192) liegt nicht vor. Würde dies doch voraussetzen, dass eine Benachteiligung von Inländern gegenüber Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, die etwa von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen, vorliegt. Aber auch eine solche, allenfalls verfassungsrechtlich relevante "Inländerdiskriminierung" (vergleiche VfGH VfSlg 15683 VfSlg 14963 VfSlg 14863 OGH 12. 11. 1998 8ObA 238/98b = SZ 71/192) liegt nicht vor. Würde dies doch voraussetzen, dass eine Benachteiligung von Inländern gegenüber Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, die etwa von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen, vorliegt.

Dazu ist aber vorweg auf die Bestimmungen der "Entsenderichtlinie" 96/71/EG zu verweisen. Nach Art 1 Abs 3 lit c der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16. 12. 1996 sind von dieser Richtlinie auch die grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassungen im Rahmen von Leiharbeitsverhältnissen innerhalb der Mitgliedstaaten erfasst. Entsprechend Art 3 Abs 1 lit c der Richtlinie sind die Mindestlohnsätze des Beschäftigterstaates unabhängig vom sonst anzuwendenden Recht zu garantieren; lit d dieser Ziffer bezieht sich auch auf die Bedingungen der Überlassung. Was Mindestlohnsätze sind bestimmt sich zufolge des

letzten Satzes des Art 3 Abs 1 der Richtlinie ohnehin nach dem Recht des Beschäftigerstaates, sohin in dem von der Beklagten herangezogenen Beispiel nach österreichischem Recht. Auch stehen diese Bestimmungen zufolge Art 3 Abs 7 der Richtlinie 96/71/EG allfälligen für den Arbeitnehmer günstigeren Arbeitsbedingungen nicht entgegen. Jedenfalls können die Mitgliedstaaten nach Art 3 Abs 9 der Richtlinie vorsehen, dass Leiharbeiter aus anderen Mitgliedstaaten die gleichen Ansprüche haben, wie jene des eigenen Landes. Dazu ist aber vorweg auf die Bestimmungen der "Entsenderichtlinie" 96/71/EG zu verweisen. Nach Artikel eins, Absatz 3, Litera c, der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16. 12. 1996 sind von dieser Richtlinie auch die grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassungen im Rahmen von Leiharbeitsverhältnissen innerhalb der Mitgliedstaaten erfasst. Entsprechend Artikel 3, Absatz eins, Litera c, der Richtlinie sind die Mindestlohnsätze des Beschäftigerstaates unabhängig vom sonst anzuwendenden Recht zu garantieren; Litera d, dieser Ziffer bezieht sich auch auf die Bedingungen der Überlassung. Was Mindestlohnansätze sind bestimmt sich zufolge des letzten Satzes des Artikel 3, Absatz eins, der Richtlinie ohnehin nach dem Recht des Beschäftigerstaates, sohin in dem von der Beklagten herangezogenen Beispiel nach österreichischem Recht. Auch stehen diese Bestimmungen zufolge Artikel 3, Absatz 7, der Richtlinie 96/71/EG allfälligen für den Arbeitnehmer günstigeren Arbeitsbedingungen nicht entgegen. Jedenfalls können die Mitgliedstaaten nach Artikel 3, Absatz 9, der Richtlinie vorsehen, dass Leiharbeiter aus anderen Mitgliedstaaten die gleichen Ansprüche haben, wie jene des eigenen Landes.

So hält auch § 7b Abs 1 Z 1 AVRAG zu der von der Beklagten relevierten Frage des Entgeltes bei einer Entsendung (vgl im Übrigen zur Abgrenzung der Umsetzung der Entsenderrichtlinie für den Bereich der Überlassung unmittelbar durch das AÜG etwa den AB 1970 dBlgNR 20. GP, 3) fest, dass die Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung unter anderem zumindest jenes gesetzlich festgelegte Entgelt - hier nach § 10 Abs 1 AÜG - zu erhalten haben wie vergleichbare Arbeitnehmer von vergleichbaren Arbeitgebern. Daher mangelt es für die von der Beklagten behauptete Diskriminierung schon im Ansatz an einer unterschiedlichen Regelung für Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten. So hält auch Paragraph 7 b, Absatz eins, Ziffer eins, AVRAG zu der von der Beklagten relevierten Frage des Entgeltes bei einer Entsendung vergleiche im Übrigen zur Abgrenzung der Umsetzung der Entsenderrichtlinie für den Bereich der Überlassung unmittelbar durch das AÜG etwa den AB 1970 dBlgNR 20. GP, 3) fest, dass die Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung unter anderem zumindest jenes gesetzlich festgelegte Entgelt - hier nach Paragraph 10, Absatz eins, AÜG - zu erhalten haben wie vergleichbare Arbeitnehmer von vergleichbaren Arbeitgebern. Daher mangelt es für die von der Beklagten behauptete Diskriminierung schon im Ansatz an einer unterschiedlichen Regelung für Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten.

§ 7b AVRAG verstößt auch allgemein betrachtet nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit (vgl zur Abgrenzung zur Freizügigkeit auch EuGH 25. 10. 2001 C-49/98 ua Finalarte ua Rz 19 ff), weil der EuGH bereits wiederholt ausgesprochen hat, dass zu den Allgemeininteressen, aus denen zulässige Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im erforderlichen Maße vorgenommen werden können, auch der Schutz der Arbeitnehmer gehört, wobei das Schutzniveau in dem jeweiligen Mitgliedstaaten unterschiedlich festgelegt werden kann (vgl EuGH 25. 10. 2001 C-49/98 ua Finalarte Rz 31 ff und 58 f; EuGH 24. 1. 2002 Rs C 164/99 Portugaia Rz 19 ff; EuGH 29. 9. 1999 Rs C-165/98 Mazzoleni Slg 2001 I-2189 Rz 25 ff). Selbst die unterschiedliche Behandlung von im eigenen Staat ansässigen Unternehmen und solchen in einem anderen Mitgliedstaat bei der Durchführung kann objektiv gerechtfertigt sein (EuGH 25. 10. 2001 C-49/98 ua Bau- und Lohnausgleichskasse Rz 63 ff; EuGH 24. 1. 2002 Rs C 164/99 Portugaia Rz 33 - ablehnend zur fehlenden Möglichkeit von Firmenkollektivverträgen). Wiederholt ausgesprochen wurde auch, dass nationale Vorschriften über Mindestlöhne - insbesondere Tarifverträge - auch auf Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten, die jedoch in dem jeweiligen Mitgliedstaat ihre Arbeit erbringen, erstreckt werden können (EuGH 24. 1. 2002 Rs C 164/99 Portugaia Rz 21 mwN; EuGH 29. 9. 1999 Rs C-165/98 Mazzoleni Slg 2001 I-2189 Rz 28 mwN). Zu prüfen ist dabei stets die Erforderlichkeit der Regelung zum Schutz der Arbeitnehmer. Insbesondere, ob dieser nicht ohnehin schon durch die Bestimmungen des Entsendestaates Rechnung getragen wurde (EuGH 29. 9. 1999 Rs C-165/98 Mazzoleni Slg 2001 I-02189 Rz 30 ff; EUGH 23. 11. 1999 C-369/96, Arblade ua Slg 1999, I-8453 Rz 51). Dies kann aber nur im konkreten Einzelfall geprüft werden. Ein Anhaltspunkt dafür, dass allgemein die Regelung des § 7b Abs 1 Z 1 AVRAG unangewendet zu bleiben hätte liegt daher nicht vor. Ausgehend von deren Maßgeblichkeit und der Anwendbarkeit des § 10 AÜG fehlt es rechtlich aber schon im Ansatz an der von der Beklagten geltend gemachten unsachlichen Inländerdiskriminierung. Paragraph 7 b, AVRAG verstößt auch allgemein betrachtet nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit vergleiche zur Abgrenzung zur Freizügigkeit auch EuGH 25. 10. 2001 C-49/98 ua Finalarte ua Rz

19 ff), weil der EuGH bereits wiederholt ausgesprochen hat, dass zu den Allgemeininteressen, aus denen zulässige Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im erforderlichen Maße vorgenommen werden können, auch der Schutz der Arbeitnehmer gehört, wobei das Schutzniveau in dem jeweiligen Mitgliedstaaten unterschiedlich festgelegt werden kann (vergleiche EuGH 25. 10. 2001 C-49/98 ua Finalarte Rz 31 ff und 58 f; EuGH 24. 1. 2002 Rs C 164/99 Portugaia Rz 19 ff; EuGH 29. 9. 1999 Rs C-165/98 Mazzoleni Slg 2001 I-2189 Rz 25 ff). Selbst die unterschiedliche Behandlung von im eigenen Staat ansässigen Unternehmen und solchen in einem anderen Mitgliedstaat bei der Durchführung kann objektiv gerechtfertigt sein (EuGH 25. 10. 2001 C-49/98 ua Bau- und Lohnausgleichskasse Rz 63 ff; EuGH 24. 1. 2002 Rs C 164/99 Portugaia Rz 33 - ablehnend zur fehlenden Möglichkeit von Firmenkollektivverträgen). Wiederholt ausgesprochen wurde auch, dass nationale Vorschriften über Mindestlöhne - insbesondere Tarifverträge - auch auf Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten, die jedoch in dem jeweiligen Mitgliedstaat ihre Arbeit erbringen, erstreckt werden können (EuGH 24. 1. 2002 Rs C 164/99 Portugaia Rz 21 mwN; EuGH 29. 9. 1999 Rs C-165/98 Mazzoleni Slg 2001 I-2189 Rz 28 mwN). Zu prüfen ist dabei stets die Erforderlichkeit der Regelung zum Schutz der Arbeitnehmer. Insbesondere, ob dieser nicht ohnehin schon durch die Bestimmungen des Entsendestaates Rechnung getragen wurde (EuGH 29. 9. 1999 Rs C-165/98 Mazzoleni Slg 2001 I-2189 Rz 30 ff; EuGH 23. 11. 1999 C-369/96, Arblade ua Slg 1999, I-8453 Rz 51). Dies kann aber nur im konkreten Einzelfall geprüft werden. Ein Anhaltspunkt dafür, dass allgemein die Regelung des Paragraph 7 b, Absatz eins, Ziffer eins, AVRAG unangewendet zu bleiben hätte liegt daher nicht vor. Ausgehend von deren Maßgeblichkeit und der Anwendbarkeit des Paragraph 10, AÜG fehlt es rechtlich aber schon im Ansatz an der von der Beklagten geltend gemachten unsachlichen Inländerdiskriminierung.

Auch hier wird im fortgesetzten Verfahren das Erstgericht vorweg mit den Parteien zu erörtern sein, auf welche Kollektivverträge und welche regionale Überzahlung sie sich - ausgehend von der Wiener Niederlassung - berufen; dies wird dann im Sinne der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 13. 12. 2001 zu 8 ObA 226/01w zu beurteilen sein.

Dem Rekurs der Beklagten war daher nicht Folge zu geben. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 2 ASGG und 52 ZPO. Dem Rekurs der Beklagten war daher nicht Folge zu geben. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 2, ASGG und 52 ZPO.

Anmerkung

E65138 8ObA50.02i

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2002:008OBA00050.02I0328.000

Dokumentnummer

JJT_20020328_OGH0002_008OBA00050_02I0000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at