

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 2001/10/25 80bA28/01b

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.10.2001

#### Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer und Dr. Rohrer sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Eberhard Piso und Walter Darmstädter als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Arnold B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Helmut Malek, Rechtsanwalt in Krems, wider die beklagte Partei T\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\* wegen S 67.658,16 brutto sA (Revisionsinteresse: S 63.112,56 brutto), infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 18. September 2000, GZ 7 Ra 44/00t-36, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht vom 15. September 1999, GZ 33 Cga 50/98g-22, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

#### **Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen, die in Ansehung eines Zuspruchs von S 4.545,60 brutto samt 4,5 % Zinsen seit 1. 11. 1997 als unangefochten unberührt bleiben, werden im Übrigen aufgehoben. Die Rechtssache wird in diesem Umfang an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

#### **Text**

Begründung:

Der Kläger stand ab 14. 7. 1997 zur Beklagten in einem Arbeitsverhältnis, das mit Schreiben vom 27. 10. 1997 zum 31. 10. 1997 aufgekündigt wurde. Die Arbeit des Klägers bestand im Wesentlichen im Zuschneiden von Isolierplatten. Er erhielt vereinbarungsgemäß einen Bruttostundenlohn von S 100,-, weiters Trennungsgeld, einen Fahrtkostenbeitrag sowie eine Prämie, die sich im Wesentlichen nach den Quadratmetern der zugeschnittenen Platten richtete.

Zum Zeitpunkt der Einstellung des Klägers besaß die Beklagte die Gewerbeberechtigung als Handelsbetrieb und übte zudem das freie Gewerbe "Aufstellung und Montage von mobilen, statisch belanglosen, Trenn- und Ständerwänden durch Verschraubungen fertig bezogener Elemente" aus. Im Jahr 1998 erwarb sie zudem die Bewilligung zur Ausübung des Gewerbes der Überlassung von Arbeitskräften gemäß § 257 GewO 1994.Zum Zeitpunkt der Einstellung des Klägers besaß die Beklagte die Gewerbeberechtigung als Handelsbetrieb und übte zudem das freie Gewerbe "Aufstellung und

Montage von mobilen, statisch belanglosen, Trenn- und Ständerwänden durch Verschraubungen fertig bezogener Elemente" aus. Im Jahr 1998 erwarb sie zudem die Bewilligung zur Ausübung des Gewerbes der Überlassung von Arbeitskräften gemäß Paragraph 257, GewO 1994.

Bei Arbeitsbeginn des Klägers befand sich die Beklagte in ständiger Geschäftsbeziehung mit einer GesmbH des Geschäftszweiges Dämmtechnik. Die beiden Unternehmen hatten vereinbart, dass die GesmbH die von einem dritten Lieferanten bezogenen Isolierplatten von einem Mitarbeiter der Beklagten der dementsprechende Qualifikationen haben sollte, zuschneiden lässt. Diese Zuschneidearbeiten sollten der Beklagten nach Quadratmeterpreisen weiter verrechnet werden. Es war geplant, dass die Beklagte in späterer Folge die Isolierplatten selbst an die Gesellschaft mbH liefert und einen ihrer Mitarbeiter für die Zuschneidearbeiten bereitstellt.

Die GesmbH war hinsichtlich eines Bauvorhabens in der österreichischen Nationalbank Subunternehmer eines mit der Anbringung von Isolierplatten beauftragten Unternehmens. Nur dieses letztere Unternehmen war Auftragnehmer der Österreichischen Nationalbank, unter dessen Firma auch der Subunternehmer und die Beklagte ihre Leistungen erbrachten.

Der Geschäftsführer der Beklagten trug dem Kläger auf, sich zum vereinbarten Arbeitsbeginn am 14. 7. 1997 bei einem Angestellten der Gesellschaft mbH zum Dienstantritt zu melden, sein Aufgabengebiet sei das Zuschneiden von Trennwänden in der Österreichischen Nationalbank. Nach einer Woche wurde dem Kläger ein Firmenquartier entweder bei der Beklagten oder bei der Gesellschaft mbH angeboten. Der Kläger wohnte sodann unentgeltlich in einem Quartier der Gesellschaft mbH, von wo er wie die übrigen Mitarbeiter der Gesellschaft mbH regelmäßig mit dem Firmenbus zur Arbeitsstelle gebracht und am Abend von dieser abgeholt wurde. Der Kläger arbeitete ca vier Wochen mit einem anderen Arbeiter zusammen, der von einer denselben kennzeichnenden Firmenbestandteil wie die Beklagte aufweisenden Personalbereitstellungsgesellschaft an die GesmbH "verleast" worden war. Dieser Arbeiter hatte die vom Kläger zugeschnittenen Isolierplatten zu montieren.

Der Kläger musste seine Arbeitszeiten in ein ihm zur Verfügung stehendes Buch eintragen und von einem Angestellten der GesmbH gegenzeichnen lassen. Eine Kopie davon ging an die Beklagte. Dieses Vorgehen war deshalb vereinbart, da der Geschäftsführer der Beklagten nicht ständig an der Baustelle anwesend war.

Während seines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten arbeitete der Kläger nicht ausschließlich in der Österreichischen Nationalbank, sondern hatte im Herbst 1997 auch einige Wochen für die GesmbH Arbeiten in Baden zu verrichten. Er wurde von der Beklagten aber auch an der Baustelle eines anderen Unternehmens für Zuschneidearbeiten eingesetzt. Auch hier führte der Kläger Arbeitszeitaufzeichnungen, die er an die Beklagte weiterleitete.

Am 27. 10. 1997 erkrankte der Kläger. Mit Schreiben gleichen Datums kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. 10. 1997.

Mit seiner am 1. 4. 1998 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte der Kläger zuletzt S 67.658,16 brutto sA. Er sei bei der Beklagten als Facharbeiter beschäftigt gewesen. Auf seine Tätigkeit komme der Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe, Gebietsgruppe Wien, zur Anwendung, nach welchem ein Bruttostundenlohn von S 123,30 zustehe. Die Beklagte habe jedoch aufgrund des Kollektivvertrags für Tischler lediglich S 100 brutto pro Stunde bezahlt. Der Kläger sei von der Beklagten an eine GesmbH verliehen worden, deren Unternehmen dem Bauhilfsgewerbe, Fachgruppe Isolierer zuzuordnen sei. Auch die Beklagte sei in diesem Gewerbe tätig. Auch habe die Beklagte die vom Kläger tatsächlich geleisteten Stunden nicht vollständig abgerechnet. Die Fahrzeiten seien nicht - wie es dem Kollektivvertrag entsprochen hätte - als Arbeitszeit verrechnet worden. Die Tätigkeit des Klägers falle in den Anwendungsbereich des Bauarbeiter-, Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes (BUAG), doch habe die Beklagte es unterlassen, den Kläger entsprechend anzumelden, sodass so vorgegangen werden müsse, als ob die Zuschläge von der Beklagten ordnungsgemäß einbezahlt worden wären. Schließlich werde Aufwandsentschädigung für die Einholung von Auskünften bei Kammern, Gebietskrankenkasse und Gewerkschaft der Gewerbebehörde und der Bauarbeiter-, Urlaubs- und Abfertigungskasse begehrt.

Die Beklagte wendete dagegen ein, der Kläger wäre richtigerweise als Handelsarbeiter mit einem Mindeststundenlohn von S 88,86 einzustufen gewesen und sei tatsächlich weit über dem Kollektivvertrag entlohnt worden. Selbst im Bauhilfsgewerbe wäre der Kläger, ein gelernter Tischler, nicht als Isolierer, sondern als Facharbeiter-Professionist einzustufen gewesen. Der Kläger sei nicht an eine anderes Unternehmen verliehen worden, seine Tätigkeit sei ausgehend vom Unternehmenszweck der Beklagten nicht dem BUAG unterlegen.

Das Erstgericht gab (unbekämpft) dem Klagebegehren mit einem Betrag von S 4.545,60 brutto samt 4,5 % Zinsen seit 1. 11. 1997 statt und wies das Mehrbegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, ein "Leasingverhältnis" des Klägers zur GesmbH habe nicht bestanden, sodass sich die Entlohnung nach dem für die Beklagte geltenden Kollektivvertrag der Handelsarbeiter richte. Demgemäß sei der Kläger mit S 100 brutto über diesen Kollektivvertrag entlohnt worden. Er habe Trennungsgeld erhalten, obwohl dies im Kollektivvertrag nicht vorgesehen sei. Gleiches gelte für die geleistete Fahrtkostenvergütung und die Leistungsprämie. In Bezug auf das aufrechte Arbeitsverhältnis sei der Kläger daher ordnungsgemäß entlohnt worden. Lediglich 5,5 Stunden, welche von der Beklagten als noch nicht bezahlt zugestanden worden seien und die nach Art 12 des Kollektivvertrags für Handelsarbeiter geltende Entschädigung für die einwöchige Kündigungsfrist inklusive Sonderzahlungen stehe dem Kläger zu. Das Erstgericht gab (unbekämpft) dem Klagebegehren mit einem Betrag von S 4.545,60 brutto samt 4,5 % Zinsen seit 1. 11. 1997 statt und wies das Mehrbegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, ein "Leasingverhältnis" des Klägers zur GesmbH habe nicht bestanden, sodass sich die Entlohnung nach dem für die Beklagte geltenden Kollektivvertrag der Handelsarbeiter richte. Demgemäß sei der Kläger mit S 100 brutto über diesen Kollektivvertrag entlohnt worden. Er habe Trennungsgeld erhalten, obwohl dies im Kollektivvertrag nicht vorgesehen sei. Gleiches gelte für die geleistete Fahrtkostenvergütung und die Leistungsprämie. In Bezug auf das aufrechte Arbeitsverhältnis sei der Kläger daher ordnungsgemäß entlohnt worden. Lediglich 5,5 Stunden, welche von der Beklagten als noch nicht bezahlt zugestanden worden seien und die nach Artikel 12, des Kollektivvertrags für Handelsarbeiter geltende Entschädigung für die einwöchige Kündigungsfrist inklusive Sonderzahlungen stehe dem Kläger zu.

Das Berufungsgericht gab der dagegen erhobenen Berufung des Klägers nicht Folge und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei. Es übernahm die wesentlichen erstinstanzlichen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, die zwischen der Beklagten und der GesmbH getroffene Vereinbarung sei als Werkvertrag zu qualifizieren, der als konkreten Erfolg das Zuschneiden von Isolierplatten durch eine qualifizierte Fachkraft zum Gegenstand gehabt habe. Insbesondere im Hinblick auf die in Aussicht genommene Erweiterung der Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen sei der gemäß § 4 AÜG maßgebliche wahre wirtschaftliche Gehalt der Bereitstellung eines Mitarbeiters dahin zu beurteilen, dass der Kläger in Erfüllung der Verpflichtungen der Beklagten aus dem Werkvertrag tätig geworden sei. Es treffe zwar zu, dass der Kläger seine Arbeitsleistungen im Betrieb des Werkbestellers und in Erfüllung eines Werkvertrags erbracht und die Arbeit nicht vorwiegend mit dem Material des Werkunternehmers geleistet habe, doch stellten die unter § 4 Abs 2 AÜG aufgezählten Kriterien für sich genommen keine abschließende Definition des Begriffes des "wahren wirtschaftlichen Gehalts" im Hinblick auf die Erbringung von Werkverträgen dar, sondern entfalteten bloß Indizwirkung. Für die Beurteilung, ob die Bereitstellung eines Arbeitnehmers eine Überlassung von Arbeitskräften unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Gehalts darstelle, seien die momentanen, aber auch die in Aussicht genommenen Geschäftsbeziehungen des Arbeitgebers zum Werkbesteller zu berücksichtigen. Die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, dass ein "Leasingverhältnis" des Klägers zur GesmbH nicht bestanden habe, sei daher richtig. Die Entlohnung des Klägers richte sich gemäß § 8 ArbVG nach dem Kollektivvertrag für Handelsarbeiter.Das Berufungsgericht gab der dagegen erhobenen Berufung des Klägers nicht Folge und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei. Es übernahm die wesentlichen erstinstanzlichen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, die zwischen der Beklagten und der GesmbH getroffene Vereinbarung sei als Werkvertrag zu qualifizieren, der als konkreten Erfolg das Zuschneiden von Isolierplatten durch eine qualifizierte Fachkraft zum Gegenstand gehabt habe. Insbesondere im Hinblick auf die in Aussicht genommene Erweiterung der Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen sei der gemäß Paragraph 4, AÜG maßgebliche wahre wirtschaftliche Gehalt der Bereitstellung eines Mitarbeiters dahin zu beurteilen, dass der Kläger in Erfüllung der Verpflichtungen der Beklagten aus dem Werkvertrag tätig geworden sei. Es treffe zwar zu, dass der Kläger seine Arbeitsleistungen im Betrieb des Werkbestellers und in Erfüllung eines Werkvertrags erbracht und die Arbeit nicht vorwiegend mit dem Material des Werkunternehmers geleistet habe, doch stellten die unter Paragraph 4, Absatz 2, AÜG aufgezählten Kriterien für sich genommen keine abschließende Definition des Begriffes des "wahren wirtschaftlichen Gehalts" im Hinblick auf die Erbringung von Werkverträgen dar, sondern entfalteten bloß Indizwirkung. Für die Beurteilung, ob die Bereitstellung eines Arbeitnehmers eine Überlassung von Arbeitskräften unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Gehalts darstelle, seien die momentanen, aber auch die in Aussicht genommenen Geschäftsbeziehungen des Arbeitgebers zum Werkbesteller zu berücksichtigen. Die rechtliche

Beurteilung des Erstgerichts, dass ein "Leasingverhältnis" des Klägers zur GesmbH nicht bestanden habe, sei daher richtig. Die Entlohnung des Klägers richte sich gemäß Paragraph 8, ArbVG nach dem Kollektivvertrag für Handelsarbeiter.

#### **Rechtliche Beurteilung**

Die dagegen erhobene Revision ist zulässig und berechtigt.

Die Revision ist nur dann gemäß § 46 Abs 3 Z 1 ASGG jedenfalls zulässig, wenn ein Verfahren "über die Beendigung" des Arbeitsverhältnisses vorliegt, in dem es um die Beendigung oder um die Art der Beendigung geht, wobei allerdings nicht erforderlich ist, dass diese Frage die Hauptfrage darstellt. Es muss sich aber um einen Rechtsstreit handeln, in dem die Frage der Beendigung oder der Art der Beendigung für den Bestand des daran geknüpften Leistungsanspruches eine Rolle spielt. Im vorliegenden Verfahren ist nicht strittig, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers von der Beklagten mit Schreiben vom 27. 10. 1997 zum 31. 10. 1997 aufgekündigt wurde. Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung hat daher - selbst wenn sie fristwidrig erfolgt sein sollte - das Arbeitsverhältnis jedenfalls zum 31. 7. 1997 beendet. Im Zusammenhang mit dem aus dem Titel Kündigungsentschädigung geltend gemachten Anspruchsteil ist lediglich die strittige Rechtsfrage zu klären, welchem Kollektivvertrag das Arbeitsverhältnis des Klägers zu unterstellen ist und ob daher statt einer einwöchigen Kündigungsfrist eine solche von 14 Tagen zugrundezulegen und welcher Stundenlohn als Berechnungsgrundlage heranzuziehen ist. Damit liegt aber kein Fall des § 46 Abs 3 Z 1 ASGG vor (RIS-Justiz RS0085924; 9 ObA 201/97t; 9 ObA 259/99z ua). Die Revision ist aber dennoch gemäß § 46 Abs 1 ASGG zulässig, weil die Vorinstanzen die Fragen der Anwendbarkeit der Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) und der sich daraus für die Ansprüche des Klägers ergebenden Folgerungen unrichtig gelöst haben und somit zur Wahrung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit eine Richtig- und Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof geboten ist. Die Revision ist nur dann gemäß Paragraph 46, Absatz 3, Ziffer eins, ASGG jedenfalls zulässig, wenn ein Verfahren "über die Beendigung" des Arbeitsverhältnisses vorliegt, in dem es um die Beendigung oder um die Art der Beendigung geht, wobei allerdings nicht erforderlich ist, dass diese Frage die Hauptfrage darstellt. Es muss sich aber um einen Rechtsstreit handeln, in dem die Frage der Beendigung oder der Art der Beendigung für den Bestand des daran geknüpften Leistungsanspruches eine Rolle spielt. Im vorliegenden Verfahren ist nicht strittig, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers von der Beklagten mit Schreiben vom 27. 10. 1997 zum 31. 10. 1997 aufgekündigt wurde. Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung hat daher - selbst wenn sie fristwidrig erfolgt sein sollte - das Arbeitsverhältnis jedenfalls zum 31. 7. 1997 beendet. Im Zusammenhang mit dem aus dem Titel Kündigungsentschädigung geltend gemachten Anspruchsteil ist lediglich die strittige Rechtsfrage zu klären, welchem Kollektivvertrag das Arbeitsverhältnis des Klägers zu unterstellen ist und ob daher statt einer einwöchigen Kündigungsfrist eine solche von 14 Tagen zugrundezulegen und welcher Stundenlohn als Berechnungsgrundlage heranzuziehen ist. Damit liegt aber kein Fall des Paragraph 46, Absatz 3, Ziffer eins, ASGG vor (RIS-Justiz RS0085924; 9 ObA 201/97t; 9 ObA 259/99z ua). Die Revision ist aber dennoch gemäß Paragraph 46, Absatz eins, ASGG zulässig, weil die Vorinstanzen die Fragen der Anwendbarkeit der Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) und der sich daraus für die Ansprüche des Klägers ergebenden Folgerungen unrichtig gelöst haben und somit zur Wahrung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit eine Richtig- und Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof geboten ist.

Gemäß § 1 Abs 1 AÜG gilt das Bundesgesetz für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden. Auch die bloße gelegentliche Überlassung von Arbeitskräften fällt unter das AÜG (SZ 69/276; 8 ObA 2255/96t). Von den in § 1 Abs 2 AÜG genannten Ausnahmen vom Geltungsbereich des Gesetzes kommt hier nur jene der Z 4 lit a in Betracht, wonach die Überlassung von Arbeitskräften innerhalb einer Arbeitsgemeinschaft oder bei der betrieblichen Zusammenarbeit zur Erfüllung gemeinsam übernommener Aufträge nicht den Bestimmungen des Gesetzes unterliegt. Im Verfahren hat sich keinerlei Anhaltspunkt für einen der Beklagten und dem in unmittelbarer Rechtsbeziehung zur Österreichischen Nationalbank stehenden Unternehmen gemeinsam erteilten Auftrag ergeben, sondern liegen geradezu gegenteilige Feststellungen dahin vor, dass die Beteiligung der Beklagten und der GesmbH an der Auftragserfüllung gegenüber dem Auftraggeber verschwiegen werden musste. Selbst wenn man unter dem Begriff der "betrieblichen Zusammenarbeit" auch das Verhältnis zwischen General- und Subunternehmer sehen wollte (Kerschner, Rohrverlegung in "Subauftrag", DRdA 1989, 134 f) und in diesem Fall den Begriff des "gemeinsamen Auftrags" weiter etwa in dem Sinn verstehen wollte, dass Auftragsteile vom Generalunternehmer überbunden werden, wäre für den Standpunkt der Beklagten nichts gewonnen, weil auch eine derartige Überbindung nicht stattgefunden

hat und sich aus den Feststellungen über die Einweisung des Klägers durch einen Angestellten der GesmbH (AS 205 = S 9 des Ersturteils) ergibt, dass der Kläger in die Aufgabenerfüllung des anderen Unternehmens eingegliedert war. Es ist nicht zu ersehen, inwieweit die Beklagte fachliche Beiträge aufgrund ihrer eigenen gewerblichen Kompetenz im Rahmen der Zusammenarbeit zu erbringen hatte, sodass sich die Überlassung des - wenngleich möglicherweise fachlich versierten - Klägers als ausschließlicher eigenständiger wirtschaftlicher Zweck im Rahmen der betrieblichen Zusammenarbeit darstellt, weshalb die zitierte Ausnahmebestimmung auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zum Tragen kommt (Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG, 48).Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, AÜG gilt das Bundesgesetz für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden. Auch die bloße gelegentliche Überlassung von Arbeitskräften fällt unter das AÜG (SZ 69/276; 8 ObA 2255/96t). Von den in Paragraph eins, Absatz 2, AÜG genannten Ausnahmen vom Geltungsbereich des Gesetzes kommt hier nur jene der Ziffer 4, Litera a, in Betracht, wonach die Überlassung von Arbeitskräften innerhalb einer Arbeitsgemeinschaft oder bei der betrieblichen Zusammenarbeit zur Erfüllung gemeinsam übernommener Aufträge nicht den Bestimmungen des Gesetzes unterliegt. Im Verfahren hat sich keinerlei Anhaltspunkt für einen der Beklagten und dem in unmittelbarer Rechtsbeziehung zur Österreichischen Nationalbank stehenden Unternehmen gemeinsam erteilten Auftrag ergeben, sondern liegen geradezu gegenteilige Feststellungen dahin vor, dass die Beteiligung der Beklagten und der GesmbH an der Auftragserfüllung gegenüber dem Auftraggeber verschwiegen werden musste. Selbst wenn man unter dem Begriff der "betrieblichen Zusammenarbeit" auch das Verhältnis zwischen General- und Subunternehmer sehen wollte (Kerschner, Rohrverlegung in "Subauftrag", DRdA 1989, 134 f) und in diesem Fall den Begriff des "gemeinsamen Auftrags" weiter etwa in dem Sinn verstehen wollte, dass Auftragsteile vom Generalunternehmer überbunden werden, wäre für den Standpunkt der Beklagten nichts gewonnen, weil auch eine derartige Überbindung nicht stattgefunden hat und sich aus den Feststellungen über die Einweisung des Klägers durch einen Angestellten der GesmbH (AS 205 = S 9 des Ersturteils) ergibt, dass der Kläger in die Aufgabenerfüllung des anderen Unternehmens eingegliedert war. Es ist nicht zu ersehen, inwieweit die Beklagte fachliche Beiträge aufgrund ihrer eigenen gewerblichen Kompetenz im Rahmen der Zusammenarbeit zu erbringen hatte, sodass sich die Überlassung des - wenngleich möglicherweise fachlich versierten - Klägers als ausschließlicher eigenständiger wirtschaftlicher Zweck im Rahmen der betrieblichen Zusammenarbeit darstellt, weshalb die zitierte Ausnahmebestimmung auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zum Tragen kommt (Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG, 48).

Gemäß § 1 Abs 3 AÜG ist der hier bedeutsame Abschnitt III (§§ 10 bis 14) des Bundesgesetzes nur auf die bewilligungspflichtige (früher: konzessionspflichtige) Überlassung von Arbeitskräften anzuwenden. Die Formulierung des Gesetzes lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass es nicht auf das tatsächliche Vorhandensein einer Konzession oder Bewilligung ankommt, sondern ausschließlich darauf, ob die Pflicht zur Erwirkung einer solchen besteht. Der gleichzeitig mit den Bestimmungen des AÜG in Kraft getretene § 323a GewO 1973 regelte die Konzessionspflicht für die Überlassung von Arbeitskräften im Wesentlichen gleichlautend wie der nun in Geltung stehende § 257 GewO 1994 die Bewilligungspflicht. Danach bedarf gemäß Abs 2 Z 1 keiner gewerbebehördlichen Bewilligung die sogenannte Nachbarschaftshilfe (Leutner/Schwarz/Ziniel aaO 57). Die wesentliche Voraussetzung dieses Ausnahmetatbestands nämlich, dass Beschäftiger und Überlasser die gleiche Erwerbstätigkeit ausüben, ist hier aufgrund des eingangs wiedergegebenen unterschiedlichen Unternehmensgegenstands der Beklagten und der GesmbH nicht gegeben. Die übrigen Ausnahmen der Z 2 bis 5 sind im Wesentlichen gleichlautend mit jenen des § 1 Abs 2 Z 3 bis 7 AÜG, deren Nichtvorliegen bereits dargestellt wurde. Gemäß Paragraph eins, Absatz 3, AÜG ist der hier bedeutsame Abschnitt römisch III (Paragraphen 10 bis 14) des Bundesgesetzes nur auf die bewilligungspflichtige (früher: konzessionspflichtige) Überlassung von Arbeitskräften anzuwenden. Die Formulierung des Gesetzes lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass es nicht auf das tatsächliche Vorhandensein einer Konzession oder Bewilligung ankommt, sondern ausschließlich darauf, ob die Pflicht zur Erwirkung einer solchen besteht. Der gleichzeitig mit den Bestimmungen des AÜG in Kraft getretene Paragraph 323 a, GewO 1973 regelte die Konzessionspflicht für die Überlassung von Arbeitskräften im Wesentlichen gleichlautend wie der nun in Geltung stehende Paragraph 257, GewO 1994 die Bewilligungspflicht. Danach bedarf gemäß Absatz 2, Ziffer eins, keiner gewerbebehördlichen Bewilligung die sogenannte Nachbarschaftshilfe (Leutner/Schwarz/Ziniel aaO 57). Die wesentliche Voraussetzung dieses Ausnahmetatbestands nämlich, dass Beschäftiger und Überlasser die gleiche Erwerbstätigkeit ausüben, ist hier aufgrund des eingangs wiedergegebenen unterschiedlichen

Unternehmensgegenstands der Beklagten und der GesmbH nicht gegeben. Die übrigen Ausnahmen der Ziffer 2 bis 5 sind im Wesentlichen gleichlautend mit jenen des Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 3 bis 7 AÜG, deren Nichtvorliegen bereits dargestellt wurde.

Gemäß § 4 Abs 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. Nach Abs 2 liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber 1. kein von den Produkten Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder 2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder 3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder 4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet. Der von Kerschner aaO postulierten Sicht der Kriterien des § 4 Abs 2 AÜG als bewegliche Elemente, welche in einer Gesamtabwägung aller maßgeblichen Umstände zu beurteilen sind, bedarf es hier ebensowenig wie der Klärung der Frage, ob - wie das Berufungsgericht vermeint - überhaupt ein auf einen bestimmten Arbeitserfolg abzielender Werkvertrag bei dem gegebenen Sachverhalt vorliegen könnte (vgl Krejci in Rummel ABGB3 §§ 1165, 1166 Rz 117), weil selbst bejahendenfalls sämtliche vom Gesetz angenommene Indizien für eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen. Der dem Kläger oblegene Zuschnitt der Isolierplatten ist Teil der Produkterstellung durch den Werkbesteller. Während dem verwendeten Werkzeug offenbar nur untergeordnete Bedeutung zukam, somit seine Herkunft nicht weiter erhoben werden muss, stammte das Material zur Gänze nicht vom Werkunternehmer, der Beklagten, und war der Kläger - wie bereits dargestellt - in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert und unterlag dessen Fachaufsicht. Anhaltspunkte dafür, die Beklagte hätte für den Erfolg der Werkleistung zu haften gehabt, haben sich im Verfahren nicht ergeben. Der wahre wirtschaftliche Gehalt der zwischen der Beklagten und der GesmbH getroffenen Vereinbarung ist daher nach den im Zeitpunkt der Beschäftigung des Klägers gegebenen Verhältnissen - die Einbeziehung einer für die Zukunft geplanten anderen Form der Zusammenarbeit durch das Berufungsgericht ist unverständlich - als Überlassung von Arbeitskräften zu beurteilen. Gemäß dem somit auf das Arbeitsverhältnis des Klägers zur Anwendung kommenden § 10 Abs 1 AÜG hat er Anspruch auf ein angemessenes ortsübliches Entgelt, wobei Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, denen der Überlasser unterworfen ist, unberührt bleiben. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt Bedacht zu nehmen. Mit Satz 1 und 2 dieser Gesetzesstelle wird der gemäß § 11 Abs 1 Z 1 AÜG schon vor Überlassung zwischen Überlasser und Arbeitskraft unabhängig von der einzelnen Überlassung zu vereinbarende Entgeltanspruch inhaltlich geregelt, während Satz 3 eine ergänzende Regelung für die Zeit der Überlassung trifft (SZ 64/161; 8 ObA 332/99b ua). Satz 1 ist im Zusammenhalt mit Satz 2 dahin zu verstehen, dass für das Grundentgelt in erster Linie eine für den Überlasserbetrieb geltende kollektivvertragliche Regelung maßgeblich ist. Lediglich dann, wenn kein Kollektivvertrag für den Überlasserbetrieb besteht, ist der Grundanspruch nach Satz 1 zu bestimmen, wobei in diesem Fall nicht nur ein möglichst sacheinschlägiger Kollektivvertrag, sondern auch eine ortsübliche Überzahlung des kollektivvertraglichen Mindestentgelts zu berücksichtigen ist. Für die Dauer der Überlassung ist gemäß Satz 3 bei der Beurteilung der Angemessenheit auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt "Bedacht zu nehmen", wobei der Ausdruck "Bedachtnahme" im Sinn eines Anspruchs der überlassenen Arbeitskraft auf die Mindestentgelte nach dem Kollektivvertrag des Beschäftigers zu verstehen ist (RIS-Justiz RS0050789; SZ 64/161; ArbSlg 10.979; 8 ObA 332/99b ua). Demgegenüber haben nach dem klaren Wortlaut des § 10 Abs 1 Satz 3 AÜG im Beschäftigerbetrieb bezahlte überkollektivvertragliche Istlöhne außer Betracht zu bleiben (RIS-Justiz RS0050688). Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz hat sich für eine partielle Anwendung von Bestimmungen des Beschäftigerkollektivvertrages durch den Überlasser während des Zeitraums der Überlassung entschieden. Das Herausnehmen einzelner Detailregelungen aus dem Kollektivvertrag des Beschäftigerbetriebs und aus der Grundvereinbarung ("Rosinentheorie") ist nicht möglich. Aus dem Kollektivvertrag des Beschäftigerbetriebes sind vor allem die Bestimmungen über des Arbeitsentgelt anzuwenden, zu denen auch die Regelung der Sonderzahlungen gehört. Weiters ist der Entgeltanspruch von den für diese jeweils geltenden Verjährungsbestimmungen und Verfallsbestimmun- gen des Kollektivvertrags nicht zu trennen (SZ 66/47; RIS-Justiz RS0050706). Die Bedachtnahme auf die kollektivvertraglichen Entgeltbedingungen im Beschäftigerbetrieb ist zwingend (RIS-Justiz RS0050782).Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre

wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. Nach Absatz 2, liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber 1. kein von den Produkten Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder 2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder 3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder 4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet. Der von Kerschner aaO postulierten Sicht der Kriterien des Paragraph 4, Absatz 2, AÜG als bewegliche Elemente, welche in einer Gesamtabwägung aller maßgeblichen Umstände zu beurteilen sind, bedarf es hier ebensowenig wie der Klärung der Frage, ob - wie das Berufungsgericht vermeint - überhaupt ein auf einen bestimmten Arbeitserfolg abzielender Werkvertrag bei dem gegebenen Sachverhalt vorliegen könnte vergleiche Krejci in Rummel ABGB3 Paragraphen 1165,, 1166 Rz 117), weil selbst bejahendenfalls sämtliche vom Gesetz angenommene Indizien für eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen. Der dem Kläger oblegene Zuschnitt der Isolierplatten ist Teil der Produkterstellung durch den Werkbesteller. Während dem verwendeten Werkzeug offenbar nur untergeordnete Bedeutung zukam, somit seine Herkunft nicht weiter erhoben werden muss, stammte das Material zur Gänze nicht vom Werkunternehmer, der Beklagten, und war der Kläger - wie bereits dargestellt - in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert und unterlag dessen Fachaufsicht. Anhaltspunkte dafür, die Beklagte hätte für den Erfolg der Werkleistung zu haften gehabt, haben sich im Verfahren nicht ergeben. Der wahre wirtschaftliche Gehalt der zwischen der Beklagten und der GesmbH getroffenen Vereinbarung ist daher nach den im Zeitpunkt der Beschäftigung des Klägers gegebenen Verhältnissen - die Einbeziehung einer für die Zukunft geplanten anderen Form der Zusammenarbeit durch das Berufungsgericht ist unverständlich - als Überlassung von Arbeitskräften zu beurteilen. Gemäß dem somit auf das Arbeitsverhältnis des Klägers zur Anwendung kommenden Paragraph 10, Absatz eins, AÜG hat er Anspruch auf ein angemessenes ortsübliches Entgelt, wobei Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, denen der Überlasser unterworfen ist, unberührt bleiben. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt Bedacht zu nehmen. Mit Satz 1 und 2 dieser Gesetzesstelle wird der gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, AÜG schon vor Überlassung zwischen Überlasser und Arbeitskraft unabhängig von der einzelnen Überlassung zu vereinbarende Entgeltanspruch inhaltlich geregelt, während Satz 3 eine ergänzende Regelung für die Zeit der Überlassung trifft (SZ 64/161; 8 ObA 332/99b ua). Satz 1 ist im Zusammenhalt mit Satz 2 dahin zu verstehen, dass für das Grundentgelt in erster Linie eine für den Überlasserbetrieb geltende kollektivvertragliche Regelung maßgeblich ist. Lediglich dann, wenn kein Kollektivvertrag für den Überlasserbetrieb besteht, ist der Grundanspruch nach Satz 1 zu bestimmen, wobei in diesem Fall nicht nur ein möglichst sacheinschlägiger Kollektivvertrag, sondern auch eine ortsübliche Überzahlung des kollektivvertraglichen Mindestentgelts zu berücksichtigen ist. Für die Dauer der Überlassung ist gemäß Satz 3 bei der Beurteilung der Angemessenheit auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt "Bedacht zu nehmen", wobei der Ausdruck "Bedachtnahme" im Sinn eines Anspruchs der überlassenen Arbeitskraft auf die Mindestentgelte nach dem Kollektivvertrag des Beschäftigers zu verstehen ist (RIS-Justiz RS0050789; SZ 64/161; ArbSlg 10.979;8 ObA 332/99b ua). Demgegenüber haben nach dem klaren Wortlaut des Paragraph 10, Absatz eins, Satz 3 AÜG im Beschäftigerbetrieb bezahlte überkollektivvertragliche Istlöhne außer Betracht zu bleiben (RIS-Justiz RS0050688). Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz hat sich für eine partielle Anwendung von Bestimmungen des Beschäftigerkollektivvertrages durch den Überlasser während des Zeitraums der Überlassung entschieden. Das Herausnehmen einzelner Detailregelungen aus dem Kollektivvertrag des Beschäftigerbetriebs und aus der Grundvereinbarung ("Rosinentheorie") ist nicht möglich. Aus dem Kollektivvertrag des Beschäftigerbetriebes sind vor allem die Bestimmungen über des Arbeitsentgelt anzuwenden, zu denen auch die Regelung der Sonderzahlungen gehört. Weiters ist der Entgeltanspruch von den für diese jeweils geltenden Verjährungsbestimmungen und Verfallsbestimmun- gen des Kollektivvertrags nicht zu trennen (SZ 66/47; RIS-Justiz RS0050706). Die Bedachtnahme auf die kollektivvertraglichen Entgeltbedingungen im Beschäftigerbetrieb ist zwingend (RIS-Justiz RS0050782).

Gemäß § 10 Abs 5 AÜG ist bei Kündigung des Vertrages zwischen Arbeitskraft und Überlasser eine Kündigungsfrist von 14 Tagen einzuhalten, sofern nicht durch Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag eine längere Frist festgesetzt ist.Gemäß Paragraph 10, Absatz 5, AÜG ist bei Kündigung des Vertrages zwischen Arbeitskraft

und Überlasser eine Kündigungsfrist von 14 Tagen einzuhalten, sofern nicht durch Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag eine längere Frist festgesetzt ist.

Ist die Arbeitskraft zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen, richtet sich die Anwendbarkeit des Bauarbeiter-, Urlaubsund Abfertigungsgesetzes (BUAG) danach, ob die Tätigkeit in Beschäftigerbetrieb ihrer Art nach in den Geltungsbereich
des § 2 Abs 1 lit a bis g leg cit fällt (Leutner/Schwarz/Ziniel aaO 86). Zwar ist das Urlaubsentgelt trotz des
systembedingten Leistungsumwegs über die Bauarbeiter-, Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) ein vom
Arbeitgeber entrichteter Teil des Arbeitsentgelts, bei dem es sich nur formell - aus organisatorischen Gründen - um
Leistungen der Urlaubskasse, tatsächlich aber um Entgeltzahlungen des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer
geleistete Arbeit handelt (SZ 63/17;lst die Arbeitskraft zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen, richtet sich die
Anwendbarkeit des Bauarbeiter-, Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes (BUAG) danach, ob die Tätigkeit in
Beschäftigerbetrieb ihrer Art nach in den Geltungsbereich des Paragraph 2, Absatz eins, Litera a bis g leg cit fällt
(Leutner/Schwarz/Ziniel aaO 86). Zwar ist das Urlaubsentgelt trotz des systembedingten Leistungsumwegs über die
Bauarbeiter-, Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) ein vom Arbeitgeber entrichteter Teil des Arbeitsentgelts, bei
dem es sich nur formell - aus organisatorischen Gründen - um Leistungen der Urlaubskasse, tatsächlich aber um
Entgeltzahlungen des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit handelt (SZ 63/17;

RIS-Justiz RS0052578), jedoch kann ein Arbeitnehmer, der mit dem Urlaubsentgelt nicht zufrieden ist, nur die BUAK klageweise in Anspruch nehmen, nicht aber seinen ehemaligen Arbeitgeber (SZ 63/17;

9 ObA 181/99d ua). Ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auf diese Entgeltbestandteile besteht nicht (SZ 70/245). Bestehen Zweifel über die Richtigkeit von Meldungen des Arbeitgebers gemäß § 22 Abs 1 und 2 BUAG, so kann die BUAK derartige Behauptungen des Arbeitnehmers zum Gegenstand eines Verfahrens nach § 25 Abs 2 BUAG machen. Geschieht dies nicht oder kommt die BUAK zur Ansicht, dass der Arbeitgeber richtige Meldungen gelegt hat und verweigert daher die Richtigstellung, muss der Arbeitnehmer den Fehlbetrag gegen die BUAK beim Arbeits- und Sozialgericht, dessen Zuständigkeit sich aus § 50 Abs 1 Z 5 ASGG ergibt, einklagen (SZ 63/17). Einen Anspruch gemäß § 1162b ABGB hat der Kläger nicht geltend gemacht, sodass auf die im ArbSlg 10.435 bejahte und in SZ 63/17 ausdrücklich offengelassene Frage, ob aus dem Titel eines "weitergehenden" Schadenersatzes nach dieser Gesetzesstelle auch ein klagbarer Anspruch gegen den ehemaligen Arbeitgeber bestehen kann, nicht weiter einzugehen ist.9 ObA 181/99d ua). Ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auf diese Entgeltbestandteile besteht nicht (SZ 70/245). Bestehen Zweifel über die Richtigkeit von Meldungen des Arbeitgebers gemäß Paragraph 22, Absatz eins und 2 BUAG, so kann die BUAK derartige Behauptungen des Arbeitnehmers zum Gegenstand eines Verfahrens nach Paragraph 25, Absatz 2, BUAG machen. Geschieht dies nicht oder kommt die BUAK zur Ansicht, dass der Arbeitgeber richtige Meldungen gelegt hat und verweigert daher die Richtigstellung, muss der Arbeitnehmer den Fehlbetrag gegen die BUAK beim Arbeits- und Sozialgericht, dessen Zuständigkeit sich aus Paragraph 50, Absatz eins, Ziffer 5, ASGG ergibt, einklagen (SZ 63/17). Einen Anspruch gemäß Paragraph 1162 b, ABGB hat der Kläger nicht geltend gemacht, sodass auf die im ArbSlg 10.435 bejahte und in SZ 63/17 ausdrücklich offengelassene Frage, ob aus dem Titel eines "weitergehenden" Schadenersatzes nach dieser Gesetzesstelle auch ein klagbarer Anspruch gegen den ehemaligen Arbeitgeber bestehen kann, nicht weiter einzugehen ist.

Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren unter Beachtung der dargestellten rechtlichen Grundsätze Feststellungen, die zur Ermittlung des angemessenen Entgelts gemäß § 10 Abs 1 AÜG erforderlich sind, zu treffen und dabei insbesondere neben der Kollektivvertragszugehörigkeit des Überlasserbetriebs das für vergleichbare Tätigkeiten im Beschäftigerbetrieb zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt zu erheben haben. Ebenso wird die Frage zu klären sein, ob die vom Kläger im Beschäftigerbetrieb ausgeübte Tätigkeit in den Geltungsbereich des BUAG fällt. Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren unter Beachtung der dargestellten rechtlichen Grundsätze Feststellungen, die zur Ermittlung des angemessenen Entgelts gemäß Paragraph 10, Absatz eins, AÜG erforderlich sind, zu treffen und dabei insbesondere neben der Kollektivvertragszugehörigkeit des Überlasserbetriebs das für vergleichbare Tätigkeiten im Beschäftigerbetrieb zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt zu erheben haben. Ebenso wird die Frage zu klären sein, ob die vom Kläger im Beschäftigerbetrieb ausgeübte Tätigkeit in den Geltungsbereich des BUAG fällt.

Der Revision ist Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

## Anmerkung

E63627 08B00281

**European Case Law Identifier (ECLI)** 

ECLI:AT:OGH0002:2001:008OBA00028.01B.1025.000

Dokumentnummer

JJT\_20011025\_OGH0002\_008OBA00028\_01B0000\_000

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

### © 2025 JUSLINE

 $\label{eq:JUSLINE} {\tt JUSLINE} \textbf{@ ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter \& Greiter GmbH.} \\ \textbf{www.jusline.at}$