



Dokumentinformation

"Payrolling" - Arbeitskräfteüberlassung oder -vermittlung?

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	11.12.2018
Publiziert von	Manz
Autor	David Fuchs Alexander Lamplmayr
Fundstelle	JAS 2018, 355
Heft	4 / 2018
Seite	355
Entscheidung	OGH 29.5.2018, 8 Ob A 51/17h ▼ Zu den Verweisen
Unterinstanz	OLG Wien 28. 7. 2017, 9 Ra 148/16; ASG Wien 18. 10. 2016, 12 Cga 91/14k.

Abstract

1. Solange bei einer Payrolling-Konstruktion der Überlasser die Entgeltspflicht den AN gegenüber im eigenen Namen übernimmt, erfüllt er die Hauptpflicht aus dem Arbeitsvertrag und ist daher als zivilrechtlicher AG zu qualifizieren.
2. Die vertragliche Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftigter hat keine Auswirkung darauf, wer AG des AN ist.

Text

I. Entscheidung

Die Kl war vom 29. 4. 2012 bis 28. 2. 2014 im Rahmen eines als Auftrag bezeichneten Vertragsverhältnisses mit der Bekl auf Basis eines fixen Stundensatzes für ein Projekt tätig.

Sie verpflichtete sich in insgesamt zwei von beiden Parteien unterfertigten Verträgen (die sich nur in der Höhe des Stundensatzes unterschieden) gegenüber der Bekl zur Übernahme bestimmter Aufgabenbereiche, zur Geheimhaltung aller ihr im Zusammenhang mit der vertraglichen Tätigkeit für die Bekl zur Kenntnis gelangten Umstände und Unterlagen, zur Rückgabe aller Unterlagen an die Bekl nach Beendigung des Vertragsverhältnisses sowie zum Verzicht auf alle Urheber- und Nutzungsrechte an den von ihr erzielten Arbeitsergebnissen zugunsten "ausschließlich und alleine" der Bekl.

Die Aufträge wurden auf unbestimmte Zeit mit einer 30-tägigen Kündigungsfrist geschlossen und bildeten "nach dem Willen der Parteien die rechtliche Grundlage für das Tätigwerden der Kl".

Die Bekl stand in einem Vertragsverhältnis zur Betreiberin des Projekts, der Nebenintervenientin. Sie stellte dieser Personal und diverse Sachleistungen gegen Ersatz der Aufwendungen zur

Verfügung, weil die Nebenintervenientin nicht unmittelbare Vertragspartnerin der Projektmitarbeiter sein wollte.

Der Inhalt der Einzelverträge und die Höhe der darin vereinbarten Stundensätze beruhten auf Vorgaben der Nebenintervenientin, ebenso entschied sie im Innenverhältnis über den Inhalt von Inseraten und die Auswahl der Suchplattformen für Stellenbewerber, deren Auswahl und über die Beendigung von Vertragsverhältnissen.

Die Verrechnung der Honorare der Auftragnehmer erfolgte durch die Bekl im eigenen Namen. Sie überprüfte die verrechneten Stunden durch Rücksprache mit der Nebenintervenientin und verrechnete dieser dann die an die Auftragnehmer bezahlten Honorare weiter. In der Rahmenvereinbarung zwischen der Bekl und der Nebenintervenientin war bedungen, dass "nur tatsächlich geleistete Projekt- oder begleitende Dienstleistungsstunden" verrechnet werden durften. Ansonsten hatte die Bekl zu den Auftragnehmern keinen Kontakt.

Ende Seite 355

Anfang Seite 356»

Die Kl hatte ihren Dienstort im Büro der Nebenintervenientin, wo ihr ein fixer Arbeitsplatz zugeteilt war. Von Urlauben und Krankenständen abgesehen war sie von Montag bis Freitag von etwa 9.00 Uhr bis etwa 18.00 Uhr tätig und leistete pro Woche etwa 40 Arbeitsstunden.

An jedem Arbeitstag fand um 10.00 Uhr ein Meeting statt, an dem die Kl wie alle Teammitglieder bei sonstiger Rüge teilnehmen musste und in dem die Arbeitsaufgaben zugeteilt wurden. Im Unterteam der Kl musste in der Kernzeit immer jemand anwesend sein, um Kundenanfragen rasch beantworten zu können. Art und Umfang der der Kl zugewiesenen Tätigkeiten führten dazu, dass sie jeweils im Ausmaß eines Arbeitstags von ca acht Stunden beschäftigt war. Eine Home-Office-Arbeit war grundsätzlich möglich, aber nur mit ausdrücklicher Erlaubnis. Während ihrer Tätigkeit nahm die Kl das Home-Office etwa an acht bis zehn Arbeitstagen in Anspruch. Das Ergebnis ihrer Arbeit kam ausschließlich dem Konzern der Nebenintervenientin zugute. Sämtliche Betriebsmittel für ihre Tätigkeit erhielt sie zur Verfügung gestellt.

Ihre "verschiedentlich" konsumierten Urlaube musste die Kl mit einer Kollegin aus dem Unterteam koordinieren, aber sich nicht um eine Vertretung kümmern. Während eines Urlaubs oder Krankenstands erhielt die Kl kein Entgelt.

Im Jahre 2014 wurde das Vertragsverhältnis von der Bekl über Anweisung der Nebenintervenientin aufgelöst und abgewickelt. Mit Schreiben v 29. 1. 2014 kündigte die Bekl deshalb den Vertrag der Kl zum 28. 2. 2014.

Die Kl begehrt Urlaubsentgelt, Urlaubersatzleistung und Kündigungsentschädigung. Das Vertragsverhältnis mit der Bekl sei nicht als Werkauftrag, sondern als unselbstständiges (Leih-)Arbeitsverhältnis zu beurteilen, aus dem noch die geltend gemachten gesetzlichen Ansprüche zustünden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. DG sei nicht die Bekl, sondern die Nebenintervenientin, die sämtliche mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehende Entscheidungen getroffen habe. Es sei ein sogenanntes "Payroll-System" gepflogen worden, bei dem der Beschäftigte [...] weitestgehend selbst eine verdeckte Arbeitgeberposition übernehme.

Das Berufungsgericht gab dem Rechtsmittel der Kl keine Folge. Es führte aus, das sogenannte "Payrolling" im Zusammenhang mit Arbeitskräfteüberlassung liege vor, wenn die wesentlichen Personalentscheidungen vom Beschäftigten getroffen würden und der Überlasser nur die Funktion einer Verrechnungsstelle ausübe. Es handle sich um eine Art "arbeitsrechtlicher Treuhandkonstruktion", die dazu führe, dass in Wahrheit der Beschäftigte als DG anzusehen sei. Die Bekl sei nach den Feststellungen nicht als Arbeitskräfteüberlasser, sondern iSd **§ 2 Abs 4 AMFG** nur als Arbeitsvermittler aufgetreten.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil es zur Qualifikation eines "Payroll-Systems" und zur Frage, ob aus **§ 2 Abs 4 AMFG** abgeleitet werden könne, dass der Beschäftigte bei Vorliegen einer bloßen Arbeitsvermittlung in die Rolle des AG "gedrängt" werden könne, noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung gebe.

Die Revision der Kl ist zulässig und berechtigt.

1. Nach **§ 3 AÜG** ist die Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Überlasser ist derjenige, der Arbeitskräfte oder arbeitnehmerähnliche Personen zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet. Der Überlasser ist AG im arbeitsrechtlichen Sinn, der Beschäftiger ist derjenige, der die Arbeitskräfte für betriebsbezogene Aufgaben einsetzt und die Arbeitsleistung faktisch entgegennimmt.

«Ende Seite 356

Anfang Seite 357»

Den Beschäftiger treffen nur einzelne Arbeitgeberpflichten, etwa Schutz- und Sorgfaltspflichten (*Schindler* in ZellKomm I² § 3 AÜG Rz 7 ff).

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform (zB die Bezeichnung des zwischen Überlasser und Beschäftiger bestehenden Vertragsverhältnisses) maßgeblich (**§ 4 AÜG**).

Auch das sog "Payrolling", bei dem der Überlasser sich faktisch auf die Aufgaben einer Verrechnungsstelle beschränkt und der Beschäftiger fast alle Arbeitgeberfunktionen übernimmt, insbesondere über die Auswahl der einzustellenden Personen sowie deren Kündigung entscheidet, kann grundsätzlich Arbeitskräfteüberlassung sein. Der Anwendungsbereich des AÜG ist nicht von der internen Verteilung der Verantwortungsbereiche zwischen dem Überlasser als AG und dem Beschäftiger abhängig.

2. Arbeitsvermittlung liegt hingegen vor, wenn ein Arbeitsverhältnis gerade nicht mit dem Vermittler selbst, sondern mit einem Dritten zustandekommen soll.

IdS gilt nach **§ 2 Abs 4 AMFG** als Tätigkeit iSd Abs 1 leg cit (Arbeitsvermittlung) auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des AG trägt.

Diese nicht zivil-, sondern verwaltungsrechtliche Bestimmung grenzt den Umfang des Gewerbes der Arbeitskräfteüberlasser von jenem der Arbeitsvermittlung ab, die nur im Rahmen des **§ 4 AMFG** ausgeübt werden darf.

Maßgeblich für die Beurteilung, ob der Überlasser die Pflichten eines Arbeitgebers trägt, ist allein das rechtliche Verhältnis zwischen ihm und dem AN und nicht die Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftiger (so auch die stRsp: **14 Ob 224/86; 14 Ob 180/86; 9 Ob A 76/87; 9 Ob A 233/98z**). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist schon der **E 14 Ob 224/86** eine Aussage des OGH dazu, ob im Fall einer als Überlassung getarnten Arbeitsvermittlung dennoch ein Arbeitsverhältnis zum Überlasser bejaht werde, zu entnehmen. Der OGH hat in dieser Entscheidung ein gegen den Überlasser klagsstattgebendes Urteil der zweiten Instanz bestätigt und seine Passivlegitimation als Arbeitgeber nicht ansatzweise in Frage gestellt. Mit den Ausführungen zu **§ 9 Abs 4** (nunmehr **§ 2 Abs 4**) AMFG wurde in dieser und allen folgenden Entscheidungen nur die Teilnichtigkeit des Ausschlusses typischer Arbeitgeberrisiken begründet, mit der Konsequenz, dass dem AN gegen den Überlasser (Vertragspartner) auch das unwirksam abbedungene Entgelt zuerkannt wurde.

3. Die Zahlung des Entgelts zählt zu den zentralen Vertragspflichten des DG im arbeitsvertraglichen Synallagma. Wenn sich der Überlasser im eigenen Namen gegenüber dem AN zur Entgeltzahlung verpflichtet, dann übernimmt er Pflichten und Risiken des AG und kann von bloßer Arbeitsvermittlung iSd **§ 2 Abs 4 AMFG** keine Rede sein.

Entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts spielt es für diese Beurteilung grundsätzlich keine Rolle, wie der Überlasser seine Personalkosten an seinen Kunden weiterverrechnet. Wie auch die Revision zutreffend darlegt, ist es geradezu selbstverständlich, dass im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung im Ergebnis alle Personalkosten (einschließlich der vorhersehbaren Zeiten der entlohnungspflichtigen Nichtbeschäftigung, Verwaltungskosten und Gewinnspanne) wirtschaftlich am Ende zur Gänze von den Beschäftigern getragen werden sollen und die Überlasser ihre Preise dementsprechend zu kalkulieren trachten. Die Weiterverrechnung des Aufwands hat mit der Frage, wer gegenüber dem AN als AG anzusehen ist, nichts zu tun.

«Ende Seite 357

Anfang Seite 358»

4. Für die in der Literatur von *Schindler* (in *ZellKomm*⁴ § 3 AÜG Rz 5) angesprochene Fallkonstellation eines Beschäftigers, der sich auch zur Übernahme des Risikos sämtlicher Entgeltfortzahlungsansprüche verpflichtet und über den Bestand der Arbeitsverhältnisse entscheidet, vertritt der Autor die Ansicht, dass der Beschäftiger dann selbst ein "verschleierter" AG sei. Dies wird allerdings nicht näher begründet, vor allem aber legt der Autor nicht dar, welche weiteren zivilrechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben sollen.

In keinem Fall lässt sich daraus die Rechtsansicht der Vorinstanzen ableiten, dass es mit dem Schutzzweck des AÜG vereinbar wäre, einem AN, der typischerweise überhaupt keinen Einblick in die Vertragsbeziehung zwischen Überlasser und Beschäftiger hat, in einem solchen Fall jeglichen Anspruch gegen den Partner seines schriftlichen Arbeitsvertrags zu versagen (vgl auch [RIS-Justiz RS0050887 = 9 Ob A 76/87](#)).

In der vorliegenden Rechtssache bedarf diese These aber im Übrigen auch schon deswegen keiner vertieften Betrachtung, weil sich die Nebenintervenientin im unbestrittenen, daher auch ohne Wiedergabe in den erstgerichtlichen Feststellungen der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legenden, "Payroll"-Rahmenvertrag nur zur Bezahlung der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden der überlassenen Mitarbeiter verpflichtet hat. Über diese für eine Arbeitskräfteüberlassung typische Bezahlung der Stundensätze hinaus ist keine Übernahme arbeitsrechtlicher Risiken vereinbart worden, insbesondere auch nicht des Risikos von zusätzlichen Aufwendungen, die sich aus einer rechtlichen Qualifikation der "Aufträge" als echte Arbeitsverträge ergeben könnten. Dieses "wirtschaftliche Wagnis" des AG (vgl [9 Ob A 233/98z](#)) trägt vielmehr die Bekl.

5. Von diesen Grundsätzen ausgehend erweist sich das Ergebnis der Vorinstanzen, die Bekl sei im vorliegenden Verfahren nicht passiv legitimiert, als korrekturbedürftig. [...]

II. Anmerkung

Das Payrolling ist in der Praxis der Arbeitskräfteüberlassung ein gängiges Modell. Dementsprechend große Erwartungen wurden an die nun ergangene OGH-E [8 Ob A 51/17h](#) innerhalb der Branche geknüpft. Man erwartete sich eine grundsätzliche Aussage, ob das Geschäftsmodell in der bisher praktizierten Form als Arbeitskräfteüberlassung "zulässig" und möglich war. Vielmehr war die Frage aber eher danach zu stellen, ob das Geschäftsmodell weiterhin dergestalt angewendet werden kann oder ob der OGH dieser Praxis einen Riegel vorschiebt und sie - zumindest bei Vorliegen gewisser Parameter - als Arbeitsvermittlung qualifiziert.

Die Conclusio des Beschlusses löst - um das Ergebnis vorwegzunehmen - die praktischen Fragen nicht. Der OGH hält fest, dass es sich im vorliegenden Fall (noch) um Arbeitskräfteüberlassung gehandelt habe. Der erkennende Senat sieht daher im Überlasser den AG. Die Vorinstanzen waren hingegen noch davon ausgegangen, dass der Überlasser nicht als AG anzusehen sei, sondern dass diesem lediglich die Rolle einer Verrechnungs- und Auszahlungsstelle zugekommen sei. Die Pflichten des AG sowie das wirtschaftliche Risiko habe hingegen der Beschäftiger getragen, weshalb dieser - auch zivilrechtlich - als AG anzusehen gewesen sei. Der Überlasser habe dieses Dienstverhältnis nur zwischen AN und Beschäftiger vermittelt.

Wie im Folgenden gezeigt wird, lässt die Entscheidung zwar eine klare Tendenz des OGH erkennen, wie mit derartigen Sachverhalten umzugehen ist. Eine ganze Reihe von Fragen - insbesondere die exakte Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung zu Arbeitskräftevermittlung - bleibt aber unbeantwortet und lässt die Branche weiter im Unklaren. Angesichts der potentiell weitreichenden Folgen der unterschiedlichen Beurteilung von Grenzfällen, wäre durch

«Ende Seite 358

Anfang Seite 359»

den OGH die Ziehung einer klaren Trennlinie aber dringend notwendig. Die praktischen Parameter, anhand derer die Abgrenzung vorgenommen werden kann, werden vom Höchstgericht zwar teilweise angesprochen und gewürdigt, eine gewisse Schärfung wird in der Rechtssicherheit aber noch notwendig sein. Festzuhalten ist aber, dass der OGH im vorliegenden Sachverhalt mangels Präjudizialität dazu auch nicht Stellung nehmen musste, sodass hinsichtlich der zahlreichen, im Detail unterschiedlichen, als Payrolling bezeichneten Modelle nach wie vor keine rechtliche Klarheit herrscht.

Da der OGH im Ergebnis nicht zum Vorliegen einer Arbeitsvermittlung in [§ 2 Abs 4 AMFG](#) gelangt, lässt er auch die an die Abgrenzung anschließende Rechtsfrage unbehandelt: Was wäre

die Rechtsfolge der Qualifikation der vorliegenden Vertragskonstellation als Arbeitsvermittlung? Denn selbst wenn man wie die Vorinstanzen von Arbeitsvermittlung ausgehen will, ist der gedankliche Sprung zum automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Beschäftiger - wie noch zu zeigen sein wird - kein kleiner und bedarf einer entsprechenden Rechtfertigung.

A. Zum Begriff des Payrolling

Der Begriff des Payrolling ist dem Gesetzgeber unbekannt und wurde bislang auch in der Judikatur nicht verwendet. Es handelt sich dabei gemäß der praktisch gängigen Definition um eine Sonderform der Arbeitskräfteüberlassung, bei welcher dem Beschäftiger Rechte und Pflichten übertragen werden, die nach der gesetzlichen Konzeption dem AG (und damit dem Überlasser) zustünden. (FN ¹)

Dass der Beschäftiger die Arbeitgeberpflichten teilweise übernimmt, ist grundsätzlich keine Besonderheit, sondern hinsichtlich einiger Pflichten (zB Arbeitnehmerschutzpflichten, Fürsorgepflicht) sogar ausdrücklich gesetzlich normiert. (FN ²) Diese Pflichten betreffen vorrangig die Abwicklung des Arbeitsmodells Überlassung im betrieblichen Alltag. Die Verlagerung einzelner Pflichten auf den Beschäftiger hat insb auch den praktischen Grund, dass dem Überlasser aufgrund der räumlichen und oft auch fachlichen Distanz zum tatsächlichen Einsatzort und -gebiet der Arbeitskräfte die Erfüllung dieser Pflichten bzw eine Kontrolle von deren Einhaltung faktisch nicht möglich ist.

Beim Payrolling geht der Umfang der auf den Beschäftiger übertragenen Rechte und Pflichten aber teilweise deutlich über die gesetzlichen Bestimmungen hinaus. Mangels gesetzlicher Definition ist ein klarer Pflichtenumfang nirgends positiviert. In der bisherigen Praxis kann dies aber etwa die folgenden Aspekte umfassen:

- Schaltung von Stellenausschreibungen
- Führung von Vorstellungsgesprächen
- Faktische Auswahl der einzustellenden Bewerber
- Entscheidung über die Fortsetzung oder Beendigung eines Arbeitsverhältnisses
- Übernahme des Risikos aller Entgeltfortzahlungsansprüche

Im Extremfall verbleibt für den Überlasser lediglich die Funktion einer Verrechnungs- und Auszahlungsstelle (daher rührt auch die Bezeichnung als "Payrolling"). Regelmäßig wird der Überlasser und Arbeitsvertragspartner des AN diesen überhaupt nie zu Gesicht bekommen. Dem Überlasser kommen zwar theoretisch alle Befugnisse eines AG zu, faktisch übt

«Ende Seite 359

Anfang Seite 360»

diese im Innenverhältnis jedoch der Beschäftiger aus. Es kann von einer Art arbeitsrechtlichen Treuhandkonstruktion gesprochen werden. (FN ³)

Aus praktischer Sicht ist dazu anzumerken, dass einige der oben genannten Pflichtenverlagerungen auch bei "klassischer" Arbeitskräfteüberlassung in unterschiedlicher Intensität vorkommen. Gerade bei Überlassung hochqualifizierter Fachkräfte in Industrieunternehmen hat der Beschäftiger oftmals weitreichende Mitspracherechte hinsichtlich der Personalauswahl. Er kann auch regelmäßig über das Dienstverhältnis an sich disponieren. Unter diesem Gesichtspunkt weicht das Modell des Payrolling vom gesetzlichen und praktischen Normalfall der Arbeitskräfteüberlassung oft weniger ab, als es auf den ersten Blick wirkt.

Das Payrolling bietet verschiedene Anreize für Beschäftiger. Es können ganz gezielt die gewünschten Arbeitskräfte ausgewählt werden, ohne jedoch den eigenen head count zu erhöhen und insb ohne den administrativen Mehraufwand der An- und Abmeldungen, Lohnverrechnung etc zu übernehmen. Für den Beschäftiger bietet Payrolling in vielerlei Hinsicht ein Höchstmaß an Flexibilität. Oft sind auch buchhalterische Gründe (Abgrenzung zwischen Personal-/Sachaufwand) ein Hintergrund für die Wahl derartiger Modelle wie auch für die Aufnahme von Fremdpersonal an sich im Wege der klassischen Überlassung.

B. Bisheriger Meinungsstand

1. Gesetzliche Regelungen

Eine Legaldefinition des Begriffs Payrolling existiert nicht. Als Sonderform der Arbeitskräfteüberlassung nimmt das Payrolling eine Zwischenstellung zwischen der Überlassung und der Vermittlung von Arbeitskräften ein.

Die Arbeitskräfteüberlassung definiert § 3 AÜG als "Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte". Arbeitsvermittlung ist gemäß der Legaldefinition des § 2 AMFG hingegen "jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit AG zur Begründung von Arbeitsverhältnissen [...] zusammenzuführen [...]". Maßgeblicher Unterschied ist der jeweilige Vertragspartner des AN: Während bei der Arbeitskräfteüberlassung ein Arbeitsvertrag mit dem Überlasser abgeschlossen wird, zielt die Arbeitsvermittlung gerade darauf ab, dass ein Vertrag direkt mit dem Dritten abgeschlossen wird.

Den Graubereich, in dem sich das Payrolling-Konstrukt befindet, zeigt § 2 Abs 4 AMFG auf: "Als Tätigkeit iSd Abs 1 gilt auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des AG trägt."

Diese Norm, die - soweit ersichtlich - als einzige Bestimmung des österr Rechts gewisse Anhaltspunkte für die Einordnung des Payrolling zu geben vermag, lässt freilich zwei ganz entscheidende Fragen unbeantwortet:

- Was ist im Detail unter den "Pflichten des AG" zu verstehen?
- Welche Rechtsfolgen würden sich an die von den Unterinstanzen vorgenommene Umqualifizierung zur Vermittlung knüpfen?

2. Bisherige Rechtsprechung

Das Thema Payrolling wurde in der bisherigen höchstgerichtlichen Judikatur nicht dezidiert angesprochen. Gewisse Rückschlüsse auf die diesbezügliche Linie des OGH sind aber aus den Entscheidungen im Zusammenhang mit § 9 Abs 4 AMFG aF (jetzt § 2 Abs 4 AMFG) möglich.

«Ende Seite 360

Anfang Seite 361»

In einer Entscheidung v 27. 1. 1987 hatte der OGH eine Vereinbarung zu beurteilen, nach der dem AN Entgelt nur bei tatsächlich geleisteter Arbeit zustand, nicht aber bei "Stehzeiten". (FN ⁴) Der OGH entschied, dass eine solche Klausel sittenwidrig ist und bezeichnete diese Vereinbarung als Fall der Arbeitsvermittlung, weil der AG das wirtschaftliche Risiko nicht tragen würde. (FN ⁵) Ein Hinweis darauf, dass ein Arbeitsverhältnis zum Beschäftiger entstanden sein könnte, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.

In einer zweiten Entscheidung desselben Datums ging der kl AN direkt gegen den Beschäftiger vor. (FN ⁶) Das Berufungsgericht traf in diesem Verfahren eine deutliche Aussage zur Frage der Rechtsfolge im Falle des Vorliegens einer Vermittlung. § 9 Abs 4 AMFG aF regle nämlich "nur die Frage, wann eine unerlaubte Arbeitsvermittlung vorliege, beantworte jedoch nicht die arbeitsrechtlich selbständig zu beurteilende Frage, wer AG des im 'unechten' Leiharbeitsverhältnis Tätigen sei". Der OGH kam aber in diesem Fall - ähnlich wie in der hier besprochenen Entscheidung - zum Ergebnis, dass tatsächlich Arbeitskräfteüberlassung vorgelegen sei, und setzte sich daher nicht näher mit der Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 9 Abs 4 AMFG aF auseinander. Die Entscheidung weist aber zumindest Indizien in die Richtung auf, dass der OGH im Fall eines Verstoßes gegen leg cit von einem Arbeitsverhältnis zwischen AN und Beschäftiger ausgegangen wäre. (FN ⁷) Der OGH führte aus: "Die in § 9 Abs 4 AMFG normierte Abgrenzung zwischen erlaubter AN-Überlassung und verbotener Arbeitsvermittlung (FN ⁸) hat insofern privatrechtsgestaltende Wirkung, als das österr öffentliche Recht durch die vorgenommene Risikozuweisung zwingend festlegt, dass bei einer AN-Überlassung, die nicht als verbotene Arbeitsvermittlung nach § 9 Abs 4 AMFG anzusehen ist, der Überlasser AG ist."

Der Umkehrschluss - den der OGH aber nicht beim Namen nennt - wäre wohl, dass bei verbotener Arbeitsvermittlung **nicht** der Überlasser AG ist. Offenbleibt freilich, ob dann der Beschäftiger in die AG-Position schlüpft oder ob der Vertrag überhaupt nichtig ist und es somit keinen AG gibt.

In der E 9 Ob A 76/87 nimmt der OGH auf die beiden soeben dargelegten Entscheidungen Bezug und hält fest, dass das AMFG für den Fall der unerlaubten AN-Überlassung nicht ein Arbeitsverhältnis zwischen Beschäftiger und AN fingiere. Der OGH spricht sich in diesem Judikat also deutlich gegen die Rechtsfolge des Vertragsübergangs auf den Beschäftiger aus. Eine nähere

Begründung hierfür fehlt jedoch, weil die zur Begründung angeführten älteren Entscheidungen diese Rechtsansicht nicht zwingend decken. (FN ⁹)

Eine klare Linie und insb eine nachvollziehbare Herleitung und Begründung der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 2 Abs 4 AMFG ist der bisherigen Judikatur insgesamt nicht zu entnehmen.

«Ende Seite 361

Anfang Seite 362»

3. Bisheriger Meinungsstand in der Lehre

Auch in der Literatur gehen die Meinungen zu den Rechtsfolgen des § 2 Abs 4 AMFG bzw § 9 Abs 4 AMFG aF auseinander. (FN ¹⁰)

Schnorr (FN ¹¹) sieht die Bestimmung als rein öffentlich-rechtliche Norm, die keinen direkten Einfluss auf die vertraglichen Beziehungen der Parteien haben könne, sondern nur als Interpretationshilfe heranzuziehen sei.

Firlei (FN ¹²) geht im Falle der Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos durch den Überlasser von einer Nichtigkeit der betreffenden Bestimmungen aus, einen Übergang des Vertrags auf den Beschäftigte befürwortet er aber - soweit ersichtlich - nicht.

In dieselbe Kerbe schlägt *Hoyer*, (FN ¹³) der ebenfalls davon ausgeht, dass ein Verstoß gegen § 9 AMFG aF allenfalls zu einer Nichtigkeit der Vereinbarung führt, nicht jedoch zur Einbeziehung einer anderen Partei in den Arbeitsvertrag.

Gegenteilig zu den eben dargestellten Meinungen geht *Geppert* (FN ¹⁴) davon aus, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen AN und Beschäftigte zu bejahen ist, wenn der Überlasser nicht die arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Pflichten vollständig übernimmt.

Im aktuelleren Schrifttum hat sich insb *Schindler* (FN ¹⁵) zu der Thematik geäußert. Er beschreibt Payrolling als "verschleierte Arbeitsverhältnis zum Beschäftigte" und geht daher offenbar von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Beschäftigte aus. Anzumerken ist jedoch, dass *Schindler* den äußersten Extremfall des Payrolling beschreibt, in dem der Beschäftigte weitgehend die AG-Position und insb auch das volle Risiko aller Entgeltfortzahlungsansprüche übernimmt. Diese Konstellation ist zwar durchaus möglich, aber bei weitem nicht die einzige Ausgestaltungsmöglichkeit des Payrolling.

Schörghofer (FN ¹⁶) hat sich mit der Thematik intensiv auseinandergesetzt und kommt - in etwas abgeschwächter Form - zum selben Ergebnis wie *Schindler*. Da sich die Funktionsverteilung im Payroll-Modell deutlich von der eigentlich intendierten Aufteilung bei der Arbeitskräfteüberlassung entferne, sei beim Payrolling zumindest in krassen Fällen der Tatbestand des § 2 Abs 4 AMFG erfüllt, was zum Wechsel des Arbeitsvertrags zum vermeintlichen Beschäftigte führe.

C. Stellungnahme zur Entscheidung

1. Rechtsgeschäftliche Erwägungen

Die vorliegende Thematik wirft uE grundlegende Fragestellungen auf.

Ausgangspunkt der Argumentation muss sein, dass es sich um privatautonome Vertragsbeziehungen mit drei Beteiligten handelt. Grundannahme für die folgenden Ausführungen ist daher, dass die als Payrolling bezeichnete vertragliche Konstellation **vom Parteiwillen aller Beteiligten getragen** wird. Zumindest eine dahingehende Vermutung wird prima vista bestehen, weil die idR schriftlichen Vereinbarungen darauf hindeuten. Um es kurz zu formulieren: Zwi-

«Ende Seite 362

Anfang Seite 363»

schon welchen Parteien das Arbeitsverhältnis besteht, ist allen Beteiligten klar und von diesen auch so gewollt. (FN ¹⁷)

a. Klarer Parteiwille

Möchte man - wie die Unterinstanzen im vorliegenden Fall - in Frage stellen, welche Parteien welche Verträge im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten abschließen wollten, muss am Parteiwillen angesetzt werden, zumal es **keine** gesetzliche Anordnung gibt, die das Payrolling in der konkret vorliegenden Variante von vornherein untersagt.

Die Entscheidungen der Unterinstanzen verneinen die Passivlegitimation des Überlassers und sehen das Arbeitsverhältnis als zum Beschäftiger bestehend an. Es ist aus dogmatischer Sicht die berechnete Frage zu stellen, ob ein gerichtlich vorgenommener "Arbeitgeberwechsel" (vgl die Entscheidung der Unterinstanzen) in irgendeiner Form eine Deckung im Parteiwillen findet.

Das ist uE auf Basis des festgestellten Sachverhalts klar zu verneinen. Die Kl **wollte** ein Vertragsverhältnis mit dem bekl Überlasser schließen und umgekehrt. Nicht zuletzt hat die Kl auch den Überlasser geklagt und nicht den Beschäftiger. Wie vom OGH uE zutreffend angedeutet, kann nicht allein die formale und inhaltliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Überlasser und Beschäftiger dazu führen, dass es zu einem Arbeitgeberwechsel kommt.

Anders formuliert: Ob der Überlasser im Verhältnis zum AN zivilrechtlich als dessen AG anzusehen ist, ist nur auf Basis der zwischen **diesen** Parteien (AN/Überlasser) bestehenden Vereinbarungen zu beurteilen.

b. Umgehung?

Darauf aufbauend stellt sich die Frage, ob und in welchen Fällen tatsächlich eine Art "Umgehungsgeschäft" vorliegt, wie von *Schindler* ohne nähere Begründung in den Raum gestellt wird. Dabei ist auch zu untersuchen, welche Normen umgangen hätten werden sollen und wer denn nun der von diesem Geschäft nachteilig Betroffene ist.

Beim Umgehungsgeschäft geben die Vertragsparteien Willenserklärungen zu dem Zwecke ab, die Anwendung der zu umgehenden Normen zu vermeiden. (FN ¹⁸) Im Falle des Payrolling drängt sich die Frage auf, welche nicht dispositiven - vorrangig arbeitsrechtlichen - Normen durch die Wahl dieser Konstellation umgangen werden sollen. Festzuhalten ist, dass es ein gesetzliches Verbot dieser dreipersonalen Konstruktion, welches umgangen werden könnte, schlicht nicht gibt. Auch andere spezifisch arbeitsrechtliche Regelungen für derartige Konstellationen werden nicht umgangen.

Der Beschäftiger vermeidet durch das Payrolling aber die Eigenschaft als AG und die damit einhergehenden Rechte und Pflichten. Naheliegender erscheint daher insb die versuchte Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen des § 105 ArbVG. Es sind uE aber keine Normen ersichtlich, die durch eine Payrolling-Konstruktion umgangen werden könnten, bei klassischer und gesetzlich explizit erlaubter Arbeitskräfteüberlassung nach dem Modell des AÜG aber zur Anwendung gelangen.

Es ist auch zu berücksichtigen, dass nicht jede Umgehung einer Norm per se unzulässig ist. Gewisse Spielräume gesteht der Gesetzgeber den Parteien im Wege der Privatautonomie zu

«Ende Seite 363

Anfang Seite 364»

und ermöglicht ihnen dadurch teilweise auch die bewusste Vermeidung der Anwendbarkeit verschiedener Normen.

In concreto ist zu bedenken, dass - bei undifferenzierter Betrachtung - auch die klassische Arbeitskräfteüberlassung nach dem gesetzlichen Modell gewissermaßen als Umgehungsgeschäft qualifiziert werden kann. Auch hierbei werden Arbeitnehmerschutzvorschriften hintangehalten und werden überlassene Arbeitskräfte bis dato - wenngleich auch hier eine stetige Annäherung erfolgt - in vielerlei Hinsicht nicht gleich behandelt wie Stammarbeitskräfte des Beschäftigerbetriebs.

Dass diese "Umgehungen" nach dem Willen des Gesetzgebers nicht per se unzulässig sein können, zeigt aber bereits die Existenz des AÜG. (FN ¹⁹) Gleiches muss uE auch für das Payrolling als Spezialform der Arbeitskräfteüberlassung gelten. Wenngleich durch das Payrolling die Anwendung verschiedener Normen zu Lasten des AN vermieden wird, sind die Parallelen zur herkömmlichen Arbeitskräfteüberlassung doch so groß, dass auch hier nicht von einer unzulässigen Umgehung auszugehen ist.

Festzuhalten ist dazu auch, dass das Payrolling per se zu keinen Nachteilen für die überlassene Arbeitskraft führt, weil ungeachtet der Gestaltung der Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftigter das halbzwingende Regime des AÜG gilt. Das AÜG, dessen versuchte Umgehung denkbar wäre, wird eben gerade nicht umgangen, sondern wird - idR vom Willen aller Beteiligten getragen - wie bei klassischer Überlassung angewendet.

Im Ergebnis hat das Payrolling für keinen der Betroffenen - insb nicht für den AN - nachteilige Auswirkungen. Jene Normen, deren Anwendung durch die Konstruktion allenfalls vermieden wird, kommen ebenso wenig bei der herkömmlichen Arbeitskräfteüberlassung zur Anwendung. Im Gegenteil ist Payrolling in der praktizierten Form - also mit dem Überlasser als AG im arbeitsrechtlichen Sinn - für den AN sogar vorteilhafter als der im Fall der Annahme eines Umgehungsgeschäfts teilweise vertretene Arbeitgeberwechsel, wie noch zu zeigen sein wird.

Klassische Rechtsfolge eines **Umgehungsgeschäfts** ist, dass die umgangenen Normen anzuwenden sind. Da uE aber nicht einmal klar ist, welche Normen durch das Payrolling umgangen werden sollen, ist eine **Rechtsfolgenanalyse** auf dieser Ebene **schwer möglich**.

Demgegenüber wären bei einem **Scheingeschäft** die Rechtsfolgen klarer (nämlich Nichtigkeit der getroffenen Vereinbarungen). Ein Scheingeschäft kann aber hier schon deshalb nicht vorliegen, weil die gewählte **Vertragskonstruktion** formell und inhaltlich **von den Parteien so gewollt** war. (FN ²⁰)

c. Arbeitgeberwechsel ex lege?

Da weder der Parteiwille noch ein uE nicht vorhandenes Umgehungsgeschäft einen Wechsel des AG rechtfertigen können, wäre schließlich noch ein Übergang des Arbeitsverhältnisses **aufgrund gesetzlicher Anordnung** denkbar. Einen solchen automatischen Übergang von Arbeitsverhältnissen kennt das österr Recht etwa beim Betriebsübergang (beruhend auf europäischem RL-Recht), bei welchem der Erwerber grundsätzlich als AG mit allen Rechten und Pflichten in die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt. (FN ²¹)

«Ende Seite 364

Anfang Seite 365»

Ein Blick über die Grenze zeigt vergleichbare Regelungen in Deutschland auch im konkreten Zusammenhang mit Arbeitskräfteüberlassung: Das **deutsche AÜG** sieht in den § 9 iVm § 10 mehrere Sachverhalte vor, die zur Unwirksamkeit des Vertrags zwischen Überlasser (in Deutschland: Verleiher) und Arbeitskraft führen, etwa die Überschreitung der gesetzlich zulässigen Höchstüberlassungsdauer (FN ²²) oder die unzureichende Bezeichnung des Vertrags als Arbeitskräfteüberlassung. (FN ²³) § 10 dAÜG stellt die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags klar: *"Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeiter nach § 9 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher [in Ö: Beschäftigter] und Leiharbeiter [...] als zustande gekommen."*

Die beiden genannten Beispiele zeigen, dass der Übergang eines Arbeitsvertrags ex lege der österr (und auch deutschen) Rechtsordnung durchaus nicht fremd ist. Sie zeigen gleichermaßen aber, dass der Gesetzgeber eine solche Rechtsfolge - wenn sie gewünscht ist - ausdrücklich und unmissverständlich normiert.

Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage fehlt eine vergleichbare Regelung in Österreich. In die Bestimmung des **§ 2 Abs 4 AMFG** kann eine solche Rechtsfolge uE nicht hineininterpretiert werden. Diese würde auch - wie unten noch ausgeführt wird - zu einer Reihe von unerwünschten Ergebnissen führen, die nicht nur dem Parteiwillen, sondern auch dem arbeitsrechtlichen Schutzgedanken zuwiderlaufen.

Die Sinnhaftigkeit einer solchen Bestimmung, die den Beschäftigter in die Rolle des AG wider Willen drängt, könnte freilich selbst bei einer entsprechenden gesetzlichen Norm bezweifelt werden. Die für alle Parteien nachteiligen Folgen sind dann aber immerhin entschärft, weil allen Beteiligten die möglichen Rechtsfolgen bekannt sind (oder zumindest sein müssten) und dementsprechende Dispositionen getroffen werden können.

Neben den geschilderten allgemeinen vertragsrechtlichen Bedenken sprechen uE auch ganz allgemeine arbeitsrechtliche Erwägungen dagegen, die auf den Charakter des Arbeitsrechts als Schutzrecht des typischerweise unterlegenen AN abstellen.

2. Rechtsfolgen des Ergebnisses der Unterinstanzen?

Unter Zugrundelegung des rechtspolitischen Schutzgedankens des Arbeitsrechts führt das Ergebnis der Unterinstanzen zu einem **für den AN nachteiligen Ergebnis**: Geht der AN ein Arbeitsverhältnis zum Überlasser ein, rechnet er auch damit, dass er seine arbeitsrechtlichen Ansprüche gegen diesen durchsetzen kann. Nicht gewünscht und unter rechtspolitischen Gesichtspunkten nicht nachvollziehbar ist die Lösung der Unterinstanzen.

Dazu drei Gedanken:

1. Der überlassene AN hat in aller Regel keinen Einblick in das Verhältnis zwischen Überlasser und Beschäftigter. Ganz plakativ formuliert: Der AN tappt, wenn man der Rechtsansicht der Unterinstanzen folgt, mitunter völlig im Dunkeln, ob der Überlasser - mit dem er einen idR schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat - auch tatsächlich sein zivilrechtlicher AG ist.

Gerade der Überlasser wird üblicherweise ein Interesse daran haben, dass die Verrechnungs- und Kalkulationsdaten vor den Arbeitskräften geheim bleiben. Es handelt sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, AN haben keinen Anspruch darauf, die jeweiligen Margen zu kennen.

«Ende Seite 365

Anfang Seite 366»

Es besteht für den AN auch kein Anlass (außer privates Interesse), den Inhalt dieser Vereinbarung zu kennen, und erst recht kein dahingehender Rechtsanspruch. Das Recht der Arbeitskräfteüberlassung ist ein Schutzrecht gegenüber dem AN. Die geregelten Rechte und Pflichten betreffen gemäß diesem Schutzgedanken das Verhältnis des **AN zum Überlasser** und jenes des **AN zum Beschäftigter**.

Grundsätzlich nicht geregelt werden im AÜG und auch im KollIV des Arbeitskräfteüberlassungsgewerbes das Verhältnis zwischen Überlasser und Beschäftigter - eine gewisse Ausnahme liegt in Informationspflichten, die aber ebenso den Hintergrund haben, richtige Entlohnung und Ersatz von Aufwänden **gegenüber dem AN** sicherzustellen. (FN ²⁴)

Der Grund dafür liegt darin, dass dieses Verhältnis Überlasser/Beschäftigter auf die dem AN zustehenden Ansprüche keinen Einfluss hat und haben darf. Wenn der Überlasser schlecht kalkuliert oder mit dem Beschäftigter einen für ihn nachteiligen Vertrag verhandelt, trägt der Überlasser dafür das wirtschaftliche Risiko. Auf die dem AN zustehenden Mindestansprüche **kann und darf dies keinen Einfluss haben**.

In diese Richtung bewegt sich allerdings die Entscheidung der Unterinstanzen. Zwar erfolgt soweit ersichtlich keine Auseinandersetzung mit Inhalt und Höhe der dem AN zustehenden Ansprüche. Jedoch setzt die dort vertretene Auffassung **bereits auf der vorgelagerten Ebene der Passivlegitimation** an. Plakatativ formuliert: Nach der Auffassung der Unterinstanzen kann der Inhalt der zwischen Überlasser und Beschäftigter getroffenen Vereinbarungen Einfluss darauf haben, gegen wen der AN seine Ansprüche geltend machen - oder besser: **nicht** geltend machen - kann.

Der OGH geht zu diesem Punkt mit den Vorinstanzen hart ins Gericht: *"In keinem Fall lässt sich daraus die Rechtsansicht der Vorinstanzen ableiten, dass es mit dem Schutzzweck des AÜG vereinbar wäre [einem AN] jeglichen Anspruch gegen den Partner seines schriftlichen Arbeitsvertrages zu versagen."* (FN ²⁵)

Dem ist uE zuzustimmen. Die Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftigter hat zwar faktische Auswirkungen auf den AN hinsichtlich der praktischen Handhabung der Überlassung, sie kann aber keinesfalls auf dessen arbeitsrechtliche Ansprüche und noch weniger auf die Frage, zu wem der AN im Vertragsverhältnis steht, einen Einfluss haben.

Andernfalls wäre der Fall denkbar, dass der AN einen Arbeitsvertrag mit dem Überlasser abschließt und - überspitzt formuliert - am nächsten Tag mit einem Arbeitsvertrag mit dem Beschäftigter aufwacht, aufgrund einer ihm nicht einmal bekannten Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftigter. Im Ergebnis würde Überlasser und Beschäftigter die Möglichkeit eingeräumt, über die Identität des Vertragspartners des AN ohne dessen Willen (oder sogar Wissen) zu verfügen. Dieser Gedankengang ist schon aufgrund des Verbots des Vertrags zu Lasten Dritter zu verwerfen und neben den bereits geschilderten rechtsgeschäftlichen Erwägungen insb auch mit dem Arbeitnehmerschutzgedanken keinesfalls in Einklang zu bringen.

2. Ausgehend von der in Punkt 1. genannten Prämisse wäre es geradezu absurd, wenn Überlasser und Beschäftigter auch gegenüber dem AN in - diesem nicht offenzulegenden - Vereinbarungen über die AG-Eigenschaft disponieren könnten. Der AN wüsste dann nicht, wer sein AG ist und würde Gefahr laufen, (auf eigenes **Kostenrisiko!**) seine **Ansprüche gerichtlich gegen den falschen "AG" geltend zu machen.**

«Ende Seite 366

Anfang Seite 367»

3. Neben dem in Punkt 2. genannten Nachteil, der nur unter Umständen schlagend wird, führt bereits der AG-Wechsel an sich zu einer faktischen Schlechterstellung des AN:

Gerade im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung zieht nämlich das Regelungsregime des AÜG noch einen **zusätzlichen Sicherungsmechanismus** ein, der die arbeitsrechtlichen Ansprüche des AN absichert: **§ 14 AÜG** sieht in abgestufter Weise eine Haftung (Bürgschaft) des Beschäftigten für jene arbeitsrechtlichen Ansprüche vor, die der Überlasser gegenüber dem AN nicht erfüllt. (FN ²⁶) Mit anderen Worten: Die Einbringlichkeit der Ansprüche des AN ist besser abgesichert, weil er diese gegen zwei Schuldner geltend machen kann.

Das führt zu einer Besserstellung überlassener Arbeitskräfte im Hinblick auf die Einbringlichkeit der Entgeltansprüche (ebenso wie die Diensgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung sowie der Lohnzuschläge nach dem BVAG) im Vergleich zum klassischen Arbeitsverhältnis, weil ex lege auf Arbeitgeberseite ein zusätzlicher Schuldner mit Haftungsfond vorliegt.

Bei Arbeitsvermittlung gibt es keine vergleichbare Regelung, wonach der Vermittler (subsidiär) in irgendeiner Form für nicht erfüllte Entgeltspflichten einzustehen hätte. Der AN ist besser gestellt, wenn man die vorliegende Payrolling-Konstruktion dem Regime des AÜG unterstellt.

3. In welchen Sachverhalten könnte tatsächlich Arbeitsvermittlung vorliegen?

Der OGH sieht - zutreffenderweise - die Entgeltspflicht als zentrale AG-Pflicht aus einem Dienstvertrag an. Mit der vermeintlich für die Praxis bedeutsamen Frage der detaillierten Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung anhand weiterer Kriterien musste er sich folglich nicht mehr auseinandersetzen.

Aus den getroffenen Aussagen lässt sich durchaus die Ansicht ableiten, dass der OGH mit diesem formellen Argument enge Grenzen für die von den Unterinstanzen vorgenommene Umqualifizierung zieht: *"Wenn sich der Überlasser im eigenen Namen gegenüber dem AN zur Entgeltzahlung verpflichtet, dann übernimmt er Pflichten und Risiken des AG und kann von bloßer Arbeitsvermittlung iSd § 2 Abs 4 AMFG keine Rede sein."*

Unter Zugrundelegung dieser Schlussfolgerung des OGH stellt sich freilich die Frage, ob es überhaupt eine Ausgestaltung des Payrolling geben kann, die sich so weit von der Arbeitskräfteüberlassung entfernt, dass sie als Arbeitsvermittlung zu werten wäre. Denn die vom OGH angesprochene Entgeltspflicht wird auch beim Payrolling immer beim Überlasser bleiben, genau darin liegt schließlich der Zweck dieser vertraglichen Ausgestaltung (und daher kommt ja auch die Bezeichnung).

Zumindest eine Möglichkeit lässt der OGH noch offen, wenn er festhält, dass sich der Beschäftigte im vorliegenden Fall nur zur Bezahlung der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden der überlassenen Mitarbeiter verpflichtet hat, über diese für die Überlassung typische Bezahlung der Stundensätze hinaus aber keine Übernahme arbeitsrechtlicher Risiken vereinbart worden sei.

Im Umkehrschluss ist daher die Frage zu stellen: Wie wäre der vorliegende Fall zu beurteilen, wenn sich der Beschäftigte zusätzlich zur Tragung aller wirtschaftlichen Risiken - wie insb Entgeltfortzahlungsansprüche sowie Entgelt während Stehzeiten - verpflichtet hätte? Wenn selbst diese Fallvariante nicht zur Annahme von Arbeitsvermittlung führt, bleibt in Wahrheit

«Ende Seite 367

Anfang Seite 368

kein Raum mehr für eine solche Umdeutung einer Arbeitskräfteüberlassung in Arbeitsvermittlung, solange der Überlasser nur die Entgeltspflicht im eigenen Namen übernimmt. In diese Richtung

scheint der OGH auch zu tendieren, wenn er ausführt: *"Entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts spielt es [...] grundsätzlich keine Rolle, wie der Überlasser seine Personalkosten an seinen Kunden weiterverrechnet. [...] Die Weiterverrechnung des Aufwands hat mit der Frage, wer gegenüber dem AN als AG anzusehen ist, nichts zu tun."*

Dieser Schlussfolgerung ist uE auch zu folgen. Die Übernahme der Entgeltspflicht ist die zentrale Pflicht eines AG aus dem Arbeitsvertrag. Dieses formale - aber auch inhaltlich tragfähige - Argument ist in Kombination mit dem Parteiwillen aller Beteiligten zu sehen. Denn die Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und -vermittlung liegt letztlich in der Frage begründet, mit wem ein Arbeitsvertrag zustande kommen soll. Wie dargelegt wurde, liegt dem Payrolling grundsätzlich immer ein Arbeitsvertrag zwischen AN und Überlasser zugrunde. Für einen Wechsel der Vertragspartner gibt es uE keine ausreichende Grundlage, sodass es letzten Endes auch in einer solchen Fallkonstellation bei einer Arbeitskräfteüberlassung bleiben muss, solange die Pflicht zur Leistung des Entgelts beim Überlasser bleibt.

D. Zusammenfassung

Solange der Überlasser die Entgeltspflicht den AN gegenüber im eigenen Namen übernimmt, liegt nach der hier präsentierten Entscheidung des OGH Arbeitskräfteüberlassung vor und ist der Überlasser als zivilrechtlicher AG zu qualifizieren. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Beschäftigte nicht das gesamte wirtschaftliche Risiko, also insb Entgeltfortzahlungsansprüche sowie Entgeltansprüche während Stehzeiten, übernimmt. Selbst im letztgenannten Fall bleibt es uE aber bei der Arbeitskräfteüberlassung.

Selbst wenn sich eine Payrolling-Konstellation finden würde, in der Arbeitsvermittlung iSd **§ 2 Abs 4 AMFG** anzunehmen wäre, würde dies uE nicht zum Wechsel des AG führen. Eine taugliche Grundlage für einen solchen Wechsel bietet - im Regelfall - weder der Parteiwille noch das G.

Der vorliegenden Entscheidung des OGH ist in Begründung und Ergebnis zuzustimmen. Es bleibt zu hoffen, dass künftig weitere höchstgerichtliche Klärungen in diesem praktisch bedeutsamen Bereich erfolgen werden.

Zitiervorschlag

Zum Autor

Mag. *David Fuchs* und MMag. Dr. *Alexander Lamplmayr* sind Konzipienten bei der Bruckmüller RechtsanwaltsGmbH in Linz.

Fußnote(n)

- 1) Vgl zB *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung (2015) 111.
- 2) Vgl §§ 6 f, 10 Abs 1a AÜG.
- 3) *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 112.
- 4) OGH 14 Ob 224/86Arb 10.603.
- 5) Eine solche Vereinbarung ist mittlerweile schon aufgrund der ausdrücklichen Bestimmung des **§ 10 Abs 2 AÜG** unwirksam.
- 6) OGH 14 Ob 180/86 ZAS 1988, 56 (*Hoyer*).
- 7) In diesem Sinne auch *Hoyer*, ZAS 1988, 59, der die Meinung des OGH jedoch nicht teilt: **§ 9 AMFG** aF sei lediglich ein öffentlich-rechtliches Verbot, dem keine privatrechtsgestaltende Wirkung zukomme. Ein Verstoß hätte daher allenfalls die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge, nicht jedoch die Einbeziehung einer anderen Partei.
- 8) Festzuhalten ist, dass nach geltendem Recht die private Arbeitsvermittlung an sich nicht verboten ist.
- 9) Siehe auch *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 133.
- 10) Eine gute Übersicht findet sich bei *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 134.
- 11) ZAS 1988, 97.
- 12) In *Floretta* (Hrsg), Österreichische Landesberichte zum XI. Internationalen Kongreß für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit in Caracas (1985) 59 f.
- 13) ZAS 1988, 59.
- 14) Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989) 242 ff.

- 15) In *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 3 AÜG Rz 5.
- 16) Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 171.
- 17) Auf die allenfalls vorgelagerte Problematik, dass in Sonderkonstellationen der AN möglicherweise nicht mit Sicherheit weiß, wer sein Vertragspartner ist, soll hier nicht näher eingegangen werden. Zu einer möglichen Irrtumsanfechtung in derartig gelagerten Fällen s *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 116 ff.
- 18) *Heiss* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 916 Rz 4 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).
- 19) So auch *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² (2006) 178.
- 20) Vgl zur Abgrenzung zwischen Umgehungs- und Scheingeschäft etwa *Krejci* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2017) § 879 Rz 33 mwN.
- 21) § 3 Abs 1 AVRAG.
- 22) § 9 Abs 1 Z 1b dAÜG.
- 23) § 9 Abs 1 Z 1a dAÜG.
- 24) Vgl zB § 12a AÜG.
- 25) Unter Zitierung von OGH 16. 9. 1987, 9 Ob A 76/87; RIS-Justiz RS0050887.
- 26) Im Detail *Schindler* in ZellKomm³ § 14 AÜG Rz 2 ff.

Meta-Daten

Schlagwort(e)

Payrolling; Arbeitskräfteüberlassung; Arbeitsvermittlung.

Rubrik(en)

Entscheidungsbesprechung

Rechtsgebiet(e)

Arbeitsrecht; Sozialrecht

Verweise

> [OGH 29.5.2018, 8 Ob A 51/17h](#)

© 2018 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH
