



DISSERTATION

„BEENDIGUNG VON DIENSTVERHÄLTNISSEN ÜBERLASSENER ARBEITSKRÄFTE“

Verfasserin

MAG. EVELINE KUZMICH

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studien-
blatt:

A >083 101<

Dissertationsgebiet lt. Stu-
dienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

Univ.- Prof. Dr. Wolfgang Mazal

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	1
Abkürzungsverzeichnis	7
Einleitung 10	
Teil 1 Grundlagen der Arbeitskräfteüberlassung.....	12
I. Allgemeine Grundlagen der Arbeitskräfteüberlassung	12
1. Geschichte der Arbeitskräfteüberlassung	12
2. Entwicklung der Arbeitskräfteüberlassung	14
a. Die historische Entwicklung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes	14
b. Der Geltungsbereich des AÜG	16
c. Kollektivvertragliche Regelungen	18
d. Arbeitskräfteüberlassung auf europarechtlicher Ebene	19
3. Effekte der Arbeitskräfteüberlassung	22
a. Beschäftigungspolitische Effekte	22
b. Vergleich zu Deutschland	25
4. Zur Interessenslage der Arbeitskräfteüberlassung	27
a. Aus der Sicht der Beschäftigten	27
Vorteile	27
Nachteile	30
b. Aus Sicht der Überlasser	32
c. Aus Sicht der überlassenen Arbeitskräfte	33
II. Gesetzliche Grundlagen der Arbeitskräfteüberlassung	36
1. Der Begriff der Arbeitskräfteüberlassung	36
2. Wann liegt Arbeitskräfteüberlassung vor?	38
3. Abgrenzung echte – unechte Arbeitskräfteüberlassung	39
4. Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung von anderen Rechtsverhältnissen	40
a. Das mittelbare Arbeitsverhältnis	40
Definition	40
Abgrenzung	41
b. Der Werkvertrag – Allgemeines	42
Abgrenzung	42
Die Regelung des § 4 Abs. 2 AÜG	43
c. Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung vom Dienstvertrag	45
d. Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung vom Dienstverschaffungsvertrag	45
e. Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung von der Arbeitsvermittlung	46
5. Erscheinungsformen der Arbeitskräfteüberlassung	48
a. Gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung	48
b. Überlassung durch gemischte Unternehmen	49

c.	Gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung	49
d.	Überlassung im Zusammenhang mit Sachleistungen	50
e.	Überlassung zur Erfüllung sozialer Aufgaben	50
III.	Die an der Arbeitskräfteüberlassung beteiligten Personen	51
1.	Begriffsdefinitionen gemäß AÜG	51
2.	Vertragsbeziehung zwischen Überlasser und Arbeitskraft	52
a.	Arbeitnehmerähnliche Personen als Arbeitskraft	53
b.	Der Begriff der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit	54
3.	Vertragsbeziehung zwischen Überlasser und Beschäftigter	55
4.	Vertragsbeziehung zwischen Beschäftigter und Arbeitskraft	55
5.	Rechtsstellung der beteiligten Personen zueinander	57
a.	Delegation von Arbeitgeberfunktionen	57
b.	Überlassung von Arbeitgeberfunktionen zur Ausübung in eigenem Interesse	58
c.	Vertragsbeitritt	59
d.	Abtretung von Dienstansprüchen bei gleichzeitiger Schuldübernahme	59
e.	Vertragsübernahme	60
f.	Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	61
g.	These vom Doppelarbeitsverhältnis	61
h.	Vertrag zugunsten Dritter	62
	Teil 2 Beendigung von Dienstverhältnissen: Grundlagen, Zeitablauf, Tod	63
I.	Allgemeines zur Beendigung von Dienstverhältnissen	63
II.	Befristete Dienstverhältnisse	64
1.	Allgemeines	64
2.	Befristete Arbeitsverhältnisse und Kündigungsmöglichkeit	66
3.	Kettenarbeitsverhältnisse	68
a.	Allgemeines	68
b.	Umsetzung der RL 1999/70/EG in österreichisches Recht	69
c.	Gesetzliche Regelungen für Kettendienstverträge	70
4.	Auffassung der Rechtssprechung zu Kettendienstverträgen	72
III.	Befristete Dienstverhältnisse und Arbeitskräfteüberlassung	74
1.	Der Grundvertrag zwischen Überlasser und Dienstnehmer	74
2.	Die Regelung der §§ 11 Abs 1 Z 2 und 11 Abs 2 Z 4 AÜG	76
3.	Die sachliche Rechtfertigung	76
4.	Rechtsfolgen und Sanktionen einer unzulässigen Befristung	80
5.	Die Rechtslage in Deutschland	81
a.	Grundsätzliches zur Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland	81
b.	Befristete Arbeitsverträge in Deutschland	82
	Rechtsgrundlage befristeter Arbeitsverträge	82
	Die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Befristung	83
	Die sachliche Rechtfertigung	84
	Die Kündigung befristeter Arbeitsverträge	85
	Befristung und Arbeitskräfteüberlassung	85

IV.	Beendigung des Dienstverhältnisses durch Tod des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers	87
1.	Tod des Arbeitnehmers	87
2.	Tod des Arbeitgebers	88
3.	Arbeitskräfteüberlassung und Tod	89
Teil 3	Einseitige Beendigungsformen der Dienstverhältnisse überlassener Arbeitskräfte	90
I.	Das Probearbeitsverhältnis	90
1.	Allgemeines	90
2.	Exkurs Analoge Anwendung der besonderen Diskriminierungsverbote des GleichbG sowie des BEinstG auf Probezeitaufösungen	93
3.	Abgrenzung vom Dienstverhältnis zur Probe	95
4.	Dienstverhältnis für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes	96
II.	Probearbeitsverhältnis und Arbeitskräfteüberlassung	97
1.	Zulässigkeit eines Probearbeitsverhältnisses bei Arbeitskräfteüberlassung	97
2.	Regelung einer Probezeit in den Kollektivverträgen	99
III.	Kündigung des Dienstverhältnisses	101
1.	Allgemeines zur Auflösung von Dienstverhältnissen durch Kündigung	101
2.	Kündigungsfrist	102
a.	Kündigungstermin	104
b.	Rechtswirkungen der Kündigung	105
c.	Frist bzw. terminwidrige Kündigung	106
IV.	Kündigung und Arbeitskräfteüberlassung	108
1.	Kündigungsbestimmungen für Angestellte	108
2.	Kündigungsbestimmungen für Arbeiter	108
a.	Die Kündigungsfristen des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung	109
b.	Zulässigkeit einer Kündigung nach dem Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung	110
3.	Die Bestimmung des § 10 Abs 5 AÜG	111
4.	Allgemeiner Kündigungsschutz gemäß § 105 ArbVG und Arbeitskräfteüberlassung	113
a.	Allgemeiner Kündigungsschutz gemäß § 105 ArbVG	113
	Das Vorverfahren	113
	Die Anfechtungsgründe	114
	Anfechtungsberechtigung und Anfechtungsfrist	118
b.	Kündigungsschutz und Arbeitskräfteüberlassung	119
	Betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit und Arbeitskräfteüberlassung	119
	Exkurs Versetzungsschutz und Arbeitskräfteüberlassung	121
	Kündigungsanfechtungsgrund gemäß § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG	123
	Soziale Gestaltungspflicht	125
5.	Ende des Einsatzes beim Beschäftigten	126

6.	Die Rechtslage in Deutschland	126
a.	Die Kündigungsbestimmungen des BGB	126
b.	Die Kündigungsbestimmungen bei Arbeitskräfteüberlassung	128
7.	Die Mitwirkungsrechte des Betriebsrates gemäß §§ 102 BetrVG.....	129
8.	Der allgemeine Kündigungsschutz	130
V.	Vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses aus wichtigem Grund	133
1.	Allgemeines	133
2.	Entlassung.....	135
a.	Begriff und Entlassungsgründe.....	135
b.	Die Unverzüglichkeit des Ausspruchs der Entlassung	135
c.	Rechtswirkungen	138
3.	Austritt	140
a.	Begriff und Austrittsgründe	140
b.	Konkludenter Austritt	140
c.	Rechtswirkungen des vorzeitigen Austritts	142
4.	Vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses und Arbeitskräfte- überlassung	143
a.	Arbeitskräfteüberlassung und Entlassung.....	143
b.	Sonderzahlungsansprüche bei berechtigter Entlassung	144
5.	Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt.....	145
a.	Allgemeines	145
b.	Austrittserklärung gegenüber dem Beschäftigten.....	145
c.	Die Regelung des § 6 Abs 4 AÜG	147
d.	Der gerechtfertigte Austritt aufgrund eines verpönten Verhaltens des Beschäftigten.....	147
	Das Abhilfegesuch	148
	Das Leistungsverweigerungsrecht	150
	Unmittelbares Austrittsrecht überlassener Arbeitskräfte	152
e.	Eigenständiger Austrittsgrund für überlassene Arbeitskräfte gemäß § 18 AÜG	153
	Der Geltungsbereich des § 18 AÜG	153
	Die Untersagungsmöglichkeit gemäß § 18 AÜG	154
VI.	Fortsetzung und Beendigung des Dienstverhältnisses bei Betriebsübergang	156
1.	Allgemeines	156
2.	Widerspruchsrecht gemäß § 3 Abs 4 AVRAG und Kündigung bei Betriebsübergang	157
3.	Betriebsübergang und Arbeitskräfteüberlassung	159
a.	Übergang des Arbeitskräfteüberlassungsunternehmens	159
b.	Übergang des Beschäftigterbetriebes.....	160
c.	Arbeitskräfteüberlassung statt ex-lege Übergang?	161
d.	Die Rechtsprechung des OGH und des EuGH.....	163
e.	Günstigkeit der Vereinbarung im Sinne des § 16 AVRAG	165
Teil 4.	Konsensuale Beendigungsformen der Dienstverhältnisse überlassener Arbeitskräfte	169
I.	Einvernehmliche Auflösung.....	169

1.	Allgemeines	169
2.	Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der einvernehmlichen Auflösung	170
II.	Karenzierungsvereinbarungen	174
1.	Allgemeines	174
2.	Die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des AÜG	175
3.	Die Rechtslage nach dem Inkrafttreten des AÜG	176
4.	Karenzierungsvereinbarung mit dem Beschäftigter	177
	Teil 5 Weitere Einzelfragen im Zusammenhang mit der Beendigung	179
I.	Beendigungsansprüche	179
1.	1. Grundsätzliches zum Entgeltanspruch überlassener Arbeitnehmer	179
2.	Sonderzahlungsansprüche bei Beendigung des Dienstverhältnisses	181
3.	Abfertigungsanspruch bei langjähriger Überlassung an ein und denselben Beschäftigter	182
II.	Erwerbsbeschränkungen nach Ende des Arbeitsverhältnisses	184
1.	Konkurrenzklauseln	184
a.	Allgemeines	184
b.	Die zeitliche Beschränkung der Konkurrenzklausel	186
c.	Die örtliche Beschränkung	186
d.	Die sachliche Beschränkung der Konkurrenzklausel	187
e.	Die Konventionalstrafe	187
f.	Die Neuregelung der Konkurrenzklausel	189
	Die Neuregelung allgemein	189
	Fragen im Zusammenhang mit der Neuregelung	191
2.	Konkurrenzklause und Arbeitskräfteüberlassung	193
a.	Die Regelung des § 11 Abs 2 Z 6 AÜG	193
b.	Die Regelung des § 11 Abs 3 AÜG	195
III.	Ausbildungskostenrückersatz	196
1.	Die Regelung des § 2d AVRAG	196
a.	Das Schriftformgebot	197
b.	„Tatsächlich aufgewendete Kosten“ und „erfolgreich absolvierte Ausbildung“	198
c.	Rückersatz und Entgelt	200
2.	Ausbildungskostenrückersatz und Arbeitskräfteüberlassung	201
IV.	Verjährung und Verfall	202
1.	Allgemeines	202
a.	Unterschied Verjährung und Verfall	202
b.	Verjährungs- und Verfallsfristen in gesetzlichen Regelungen	204
c.	Verfallsfristen in Kollektivverträgen	205
2.	Verjährung und Verfall im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung	207
a.	Die Regelung des § 11 Abs 2 Z 5 AÜG	207
b.	Anwendung von Verfallsbestimmungen auf das Grundentgelt überlassener Arbeitskräfte	208
	Rechtslage vor dem 1.3.2002	208

Die Regelung des Artikel XIX des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung	209
Zusammenfassung	212
Literaturverzeichnis	216
Lebenslauf	224

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
ALVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz, öBGBI 609/1977
AKÜ	Arbeitskräfteüberlassung
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz, öBGBI Nr 31/1969
AMPFG	Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, öBGBI Nr 315/1994
AngG	Angestelltengesetz, öBGBI 292/1921
APSG	Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz, öBGBI 683/1991
Arb	„Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen“ hrsg von Helmuth Tades
ArbAbfG	Arbeiterabfertigungsgesetz, öBGBI 167/1979
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz, öBGBI Nr 22/1974
ASchG	Arbeitnehmerschutzgesetz, öBGBI Nr 450/1994
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, öBGBI Nr 104/1985
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei, Linde Wien
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, öBGBI Nr 189/1955
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, öBGBI Nr 196/1988
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, dBGBI I S 1393/1972
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosen- versicherung in der Fassung von 1957
AVRAG	Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz, öBGBI Nr 459/1993
BAG	Berufsausbildungsgesetz, öBGBI Nr 142/1969
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz, öBGBI Nr 22/1970
Bespr	Besprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz, dBGBI I S.681/1952
BFDO	Bundesforste – Dienstordnung, öBGBI 298/1986
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, RGBI S.195/1896
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMSVG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvor- sorgegesetz, öBGBI Nr 100/2002
BRGO	Betriebsrats-Geschäftsordnung, öBGBI Nr 355/1974
CEEP	European Centre of Employers and Enterprises providing Public services
dh	dass heißt

DRdA	„Das Recht der Arbeit“ (Jahr, Seite) Bundesarbeiterkammer, Wien
ecolex	„Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht“ (Jahre, Seite), Manz Wien
EG	Europäische Gemeinschaft
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FS	Festschrift
GAngG	Gutsangestelltengesetz, öBGBI Nr 538/1923
GewO	Gewerbeordnung, öBGBI Nr 194/1994
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz, öBGBI 66/2004
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HBG	Hausbesorgergesetz, öBGBI Nr 16/1970
HeimAG	Heimarbeitsgesetz, öBGBI 105/1961
HGHAG	Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz, öBGBI Nr 235/1962
HvertG	Handelsvertretergesetz, öBGBI Nr 88/1993
JournG	Journalistengesetz, StGBI 88/1920
idR	in der Regel
iVm	in Verbindung mit
KO	Konkursordnung, öBGBI 337/1914
KschG	Kündigungsschutzgesetz, dBGBl I S.1317/1951
KV	Kollektivvertrag
LArbG	Landarbeitergesetz
legcit	legis citatae
LG	Landesgericht
Lit	litera
mE	meines Erachtens
MschG	Mutterschutzgesetz, ÖBGBI Nr 221/1979
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
RdW	„Österreichisches Recht der Wirtschaft“ (Jahr, Seite), Orac Wien
RFG	Rundfunkgesetz, öBGBI 379/1984
RL	Richtlinie
RSpr	Rechtsprechung
Rz	Randziffer(n)
SchauSpG	Schauspielgesetz, öBGBI Nr
sog.	Sogenannt, -er, -e, -es
TzBfG	Teilzeit-und Befristungsgesetz, dBGBl I S. 1996/2000
UNICE	Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe
UrlG	Urlaubsgesetz, öBGBI Nr 390/1976
usw	und so weiter
VBG	Vertragsbedienstetengesetz, öBGBI Nr 86/1948
Vgl	vergleiche

VKG	Väterkarenzgesetz, öBGBI Nr 651/1989
VstG	Verwaltungsstrafgesetz, öBGBI Nr 52/1991
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsblätter
Z	Ziffer
ZAS	„Zeitschrift für Arbeits-und Sozialrecht“ (Jahr, Seite) Manz Wien
zB	zum Beispiel

Einleitung

Aufgrund des steigenden Verlangens nach vermehrter betrieblicher Flexibilität hat sich die Arbeitskräfteüberlassung, umgangssprachlich auch Leiharbeit genannt, in den letzten Jahrzehnten auch in Österreich zu einem Bestandteil moderner Personalpolitik entwickelt. Die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit jährlich durchgeführten Stichtagserhebungen, welche ein ständiges Ansteigen der Anzahl der Überlasserunternehmen bzw. der überlassenen Arbeitskräfte verzeichnen, zeigen, dass die Wirtschaft auf solche Formen des Arbeitseinsatzes nicht mehr verzichten will.

Angefangen von der historischen Entwicklung der Arbeitskräfteüberlassung, welche zunächst von einer vehementen Forderung der Gewerkschaften nach einem Verbot der Arbeitskräfteüberlassung getragen war bis hin zum Inkrafttreten des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes im Juli 1988, hat sich das Image der Arbeitskräfteüberlassung bis heute nicht gewandelt. Die Arbeitskräfteüberlassung gilt auch heute noch als problematische Beschäftigung. Artikel in den Medien wie zB „Lohndumping bei Leiharbeit“¹, „Leiharbeit eine problematische Beschäftigung“², „Harte Arbeit bringt frühen Tod – Leiharbeitskräfte haben niedrigste Lebenserwartung“³ tragen auch dazu bei, dass die Arbeitskräfteüberlassung von der Gesellschaft negativ bewertet wird.

Diese negative Bewertung der Arbeitskräfteüberlassung hat mich veranlasst mich eingehender mit der Beschäftigungsform der Arbeitskräfteüberlassung zu befassen. In concreto habe ich mein Augenmerk auf die Beendigung von Dienstverhältnissen überlassener Arbeitskräfte gerichtet. Die rechtliche Situation bei der Beendigung von Dienstverhältnissen spielt nicht nur für „normale“ Arbeitnehmer, sondern auch für überlassene Arbeitskräfte eine nicht unwesentliche Rolle. Für überlassene Arbeitskräfte trifft dies umso mehr, da sie zB in einer wirtschaftlichen Krisensituation zuerst vom Personalabbau betroffen werden. Nicht nur bei der

¹ Siehe Kurier vom 7.4.2009 Seite Seite 11.

² Siehe Kurier vom 12.7.2008 Seite 3.

³ Siehe Standard vom 16.5.2008.

Kündigung, sondern auch bei den sonstigen möglichen Beendigungsformen von Dienstverhältnissen zeigt sich, dass aufgrund der speziellen Dreiecksituation (Überlasser – Beschäftigter – überlassene Arbeitskraft) in der Arbeitskräfteüberlassung besondere Probleme auftreten können. Diese zu untersuchen ist Gegenstand meiner Dissertation.

In diesem Zusammenhang möchte ich mich auch bei den Menschen bedanken, die mich auf diesem Weg, der für mich insbesondere aufgrund meiner beruflichen Tätigkeit nicht immer leicht war, begleitet haben und mich unterstützt haben. Zunächst gilt mein Dank meinem Doktorvater Herrn Prof Mazal, der mir im Rahmen unserer Besprechungen zahlreiche Denkanstöße und wertvolle Tipps bezüglich des formalen Aufbaues meiner Dissertation gegeben hat. Er hat mir auch bewusst gemacht, wie wichtig es ist sich auch mit Dingen auseinander zu setzen, die einem vielleicht weniger liegen (gemeint sind damit meine spärlichen PC Kenntnisse), welche aber wesentlich zur Unabhängigkeit der eigenen Person beitragen. Daher gilt mein besonderer Dank Frau Michaela Kaipl, Sekretärin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht, welche mir aufopfernd dabei geholfen hat, die von mir verfassten Worte formal ins rechte Bild zu rücken.

Letztendlich möchte ich meinen besonderen Dank meinem Lebensgefährten, Herrn Wilhelm Braun, aussprechen. Dieser hat mich ermutigt mit dieser Dissertation zu beginnen, hat mir auch immer wieder Kraft gegeben und mich vorangetrieben, dass die Arbeit schlussendlich zum Abschluss gekommen ist.

Wenn im folgenden Text die Begriffe wie „ Arbeitnehmer“, „Arbeitgeber“ verwendet werden, so ist bei Entsprechung auch die weibliche Form inkludiert. Auf eine durchgehende geschlechtsneutrale Schreibweise wird zugunsten der Lesbarkeit des Textes verzichtet.

„Einzig unsere Pflichten fallen uns schwer:
Denn ihre Erfüllung betrifft nur, was uns zu tun auferlegt ist
und trägt uns kein besonderes Lob ein;
Lob aber ist die einzige Kraft, die uns zu edlen Handlungen antreibt
und Ausdauer dafür verleiht“
(Jean de la Bruyere)

Teil 1 Grundlagen der Arbeitskräfteüberlassung

I. Allgemeine Grundlagen der Arbeitskräfteüberlassung

1. Geschichte der Arbeitskräfteüberlassung

Die kommerzielle Nutzung der Arbeitskräfteüberlassung nahm in den späten 40er Jahren von den USA aus ihren Anfang⁴ und verbreitete sich ungefähr zehn Jahre später in Europa. 1948 wurde in den USA (Milwaukee, Bundesstaat Wisconsin)⁵ die Firma Manpower Inc. gegründet, welche – soweit überblickt - die erste Unternehmung der Welt gewesen sein soll, die die Arbeitskräfteüberlassung gewerbsmäßig betrieb. Gegründet wurde die Firma von den beiden Rechtsanwälten Elmar L. Winter und Aaron Scheinfeld, die in ihrer Kanzlei immer wieder mit personellen Engpässen konfrontiert waren, welche sich aufgrund von Krankenständen oder erhöhten Arbeitsanfall aufgrund von unvorhergesehenen Aufträgen ergaben. Bereits 1952 werden Niederlassungen der Firma Manpower Inc. in Minneapolis, Cleveland, Cincinnati, New York, Pittsburg und Boston eröffnet. Im Jahr 1956

⁴ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, (2001) 19.

⁵ <http://www.manpower.at> (22.7.2007).

folgt die Eröffnung der ersten Niederlassungen im Ausland (Montreal, Toronto).⁶ Die Firma Manpower ist heute mit 1,5 Millionen Beschäftigungsverhältnissen einer der größten privaten Arbeitgeber der Welt.⁷

1957 wurde das erste Unternehmen, welches Arbeitskräfteüberlassung betrieb, in Europa gegründet. Es handelte sich hierbei um die Firma „Adia Interim AG“ in der Schweiz, die 1962 eine Niederlassung in Hamburg eröffnete.⁸ Die Firma „Adia Interim AG“ spielte eine maßgebliche Rolle bei der Etablierung der Arbeitskräfteüberlassung in der ehemaligen Bundesrepublik Deutschland.

Aufgrund des Urteils des Hamburger Landessozialgerichtes vom 30.10.1964, welches unter Berufung auf § 37 Abs. 3 AVAVG⁹, der ein Vermittlungsmonopol normiert, ein Verbot jeglicher Betätigung auf dem Feld der Arbeitskräfteüberlassung vorsah, erhob die Firma „Adia Interim AG“ beim Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde gegen den § 37 Abs 3 AVAVG. Begründet wurde die Verfassungsbeschwerde damit, dass in Art. 12 Abs 1 Grundgesetz das Recht auf freie Berufswahl gewährleistet sei, dass die unternehmerische Betätigung als Überlasser von Arbeitskräften hierunter zu subsumieren sei und dass daher der § 37 Abs 3 AVAVG die Firma „Adia Interim AG“ in einem Grundrecht verletzen würde. Die Verfassungsbeschwerde erwies sich als erfolgreich.¹⁰ Mit Urteil vom 4.4.1967 wurde § 37 Abs 3 AVAVG für verfassungswidrig erklärt.¹¹

Ergänzend ist zu erwähnen, dass 1996 die Schweizer Firma „Adia Interim AG“ mit der französischen Firma „Ecco SA“ fusionierte und damit der weltweit bekannte Anbieter für Arbeitskräfteüberlassung, die Firma „Adecco AG“ mit Unternehmenssitz in der Schweiz gegründet wurde.¹²

Die Arbeitskräfteüberlassung entwickelte sich in Österreich aus den Bedürfnissen der Wirtschaft, insbesondere des Fremdenverkehrs, da die Arbeitsämter nicht in

⁶ <http://www.manpower.com/about/history.cfm> (7.8.2008).

⁷ Bender, Neue Wege in der Arbeitswelt – Manpower als Humankapital (1997) 14.

⁸ Baum, Zeitarbeit: Mehr als ein Job (1996) 24.

⁹ Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927.

¹⁰ Debus, Leiharbeit – das Geschäft mit der Ware Arbeitskraft (1982) 15f.

¹¹ Bundesverfassungsgericht 4.4.1967, 1 B v R 126/65.

¹² Siehe dazu <http://de.wikipedia.org/wiki/Adecco> (7.8.2008).

der Lage waren den Bedürfnissen der Wirtschaft zu entsprechen. Es wurden private Spezialunternehmen gegründet, die im Gegensatz zu den damals staatlichen Arbeitsämtern den Bedarf an flexiblen Hilfskräften zur oftmals nur kurzfristigen Bewältigung von Arbeitsspitzen oder zur Kompensierung von Personalausfällen durch Krankheit oder Urlaub abdecken sollten.¹³ Diese Unternehmungen befassten sich mit der gewerbsmäßigen Bereitstellung von Kraftfahrzeuglenkern, Dolmetschern, Schreibkräften, Babysittern, aber auch anderen Aushilfskräften. Schon bald erkannten die Wirtschaftstreibenden diverse Vorteile dieser Art der Personalrekrutierung.¹⁴

2. Entwicklung der Arbeitskräfteüberlassung

a. Die historische Entwicklung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes

Im Jahr 1969 gab es den ersten legislativen Lösungsversuch der Arbeitskräfteüberlassung im Arbeitsmarktförderungsgesetz.¹⁵ Gemäß § 9 Abs. 4 AMFG war die private Arbeitsvermittlung nur bei „Zurverfügungstellung von Arbeitskräften an Dritte“ erlaubt, „sofern demjenigen, der die Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, diesen gegenüber dienstgeberähnliche Befugnisse zukommen“ und er „entsprechende Pflichten, insbesondere das wirtschaftliche Wagnis, auf längere Dauer und unabhängig davon übernimmt, ob eine Beschäftigung nachgewiesen werden kann“.

Diese Vorschrift erwies sich jedoch nicht als geeignet, die in der Praxis auftretenden Unklarheiten zu beseitigen, noch einer Ausbreitung der Arbeitskräfteüberlassung entgegenzuwirken.¹⁶

¹³ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001) 19.

¹⁴ Vgl. *Müller*, Das Leiharbeitsverhältnis, ZAS 1968, 79; *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, 19.

¹⁵ Vgl. AMFG BGBl 1969/31.

¹⁶ *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, 20; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung, 73ff.

Ein deutliches Verbot der Arbeitskräfteüberlassung wurde daher bei den Bundeskongressen des Österreichischen Gewerkschaftsbundes 1975¹⁷, 1979¹⁸ und 1983¹⁹, sowie mehrfach vom Arbeiterkammertag gefordert. Ein Verbot der Arbeitskräfteüberlassung konnte aber nicht durchgesetzt werden.²⁰

Die Interessensvertretungen der Arbeitnehmer assoziierten mit Arbeitskräfteüberlassung eine Gefährdung von Dauerarbeitsplätzen und der sozialen Sicherheit, die Unterhöhlung der kollektivvertraglichen Mindeststandards sowie die Gefahr der ungenügenden rechtlichen Absicherung der Ansprüche von überlassenen Arbeitskräften.²¹

Misstände im Bereich der Überlassung von Arbeitskräften gab es vor allem hinsichtlich der geringen und unregelmäßigen Entlohnung, der Verschiebung des Arbeitgeberberrisikos auf den Arbeitnehmer, durch kurzfristige An- und Abmeldung je nach Anfall der Beschäftigung sowie durch variable Arbeitszeiten. Überlassene Arbeitskräfte wurden relativ oft durch Knebelungsverträge gehindert nach Ende des Arbeitsverhältnisses ein neues Dienstverhältnis zu suchen. Vor allem wurde die Möglichkeit unterbunden beim letzten Beschäftiger ein reguläres Arbeitsverhältnis zu beginnen.²²

Mitte der 80er Jahre erfolgte jedoch ein Meinungsumschwung aufgrund der sich in der Praxis immer weiter ausbreitenden Arbeitsform.

Die einzige Chance zur Verbesserung der Arbeitskräfteüberlassung wurde immer mehr in einer gesetzlichen Reglementierung gesehen.

Der österreichische Gewerkschaftsbund stimmte ebenso wie der Arbeiterkammertag im Februar 1986 einem Entwurf des Sozialministeriums grundsätzlich zu, in dem die Arbeitskräfteüberlassung erstmals nicht generell verboten werden sollte,

¹⁷ 8.Bundeskongress, 15. bis 19.September 1975.

¹⁸ 9.Bundeskongress, 10.bis 14.September 1979.

¹⁹ 10.Bundeskongress, 3.bis 7.Oktober 1983.

²⁰ Vgl. *Leutner/Schwarz/Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989) 29.; *Wroblewski*, Leiharbeit in Österreich Lösung oder Sackgasse (2001) 5.

²¹ Vgl. *Wroblewski*, Leiharbeit in Österreich Übergangslösung oder Sackgasse? 5.

²² Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 19ff.

sondern in dem die Überlassungsfirmen an eine Konzession gebunden und arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften zugunsten der überlassenen Arbeitskräfte deren rechtliche Situation verbessern sollten.

Am 23.3.1988 wurde das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz im Parlament unverändert beschlossen. Mit 1.7.1988 trat es in Kraft.²³

Die Zielbestimmung des Gesetzes nennt an erster Stelle den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte insbesondere in arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten; daneben sollen eine Reihe ergänzender Maßnahmen vor allem gewerberechtlicher Natur gegen negative Erscheinungsformen von Arbeitskräfteüberlassung Vorsorge treffen. Die Arbeitskräfteüberlassung soll als ein eigenständiges, die einzelnen Überlassungen überdauerndes Arbeitsverhältnis etabliert werden. Dadurch soll vermieden werden, dass das Beschäftigungsrisiko auf die Arbeitskraft abgewälzt wird.²⁴

b. Der Geltungsbereich des AÜG

Der Geltungsbereich des AÜG ist gemäß § 1 Abs 1 AÜG mit einer umfassenden Generalklausel umschrieben. Einige taxativ genannte Fälle²⁵ – geregelt in § 1 Abs 2 AÜG – sind von einem Teil des Geltungsbereiches des AÜG ausgenommen. Für diese Fälle gelten die Abschnitte II bis IV des AÜG nicht.

Der III. Abschnitt des AÜG findet – neben den Bestimmungen des I., II. und IV. Abschnittes des AÜG – gemäß § 1 Abs 3 AÜG nur auf die konzessionspflichtige Arbeitskräfteüberlassung Anwendung.²⁶

Die Konzessionierungspflicht selbst ist nicht im AÜG, sondern in § 135 GewO geregelt.

²³ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 19ff.

²⁴ Vgl. *Wroblewski*, Leiharbeit in Österreich Übergangslösung oder Sackgasse? 8.

²⁵ Dazu gehören beispielweise die Überlassung von Arbeitskräften durch den Bund, ein Land, eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband, die Überlassung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitskräften.

²⁶ Vgl. *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung, 16f.

Der Gesetzgeber normierte hier eine umfassende Generalklausel, die jede gewerbsmäßige Zurverfügungstellung von Arbeitskräften an Dritte der Konzessionspflicht unterwirft. Nur in einigen taxativ genannten Fällen ist eine Ausnahme von der Konzessionierung vorgesehen.²⁷

Eine nicht unumstrittene Frage ist die Frage der Anwendung des AÜG im öffentlichen Sektor.

Die Frage der Anwendung des AÜG auf Beamte wird immer wieder auch deswegen problematisiert, weil ein weiteres Anwendungsfeld der Arbeitskräfteüberlassung sich heute im Zusammenhang mit dem Betriebsübergangsrechts zeigt. Arbeitskräfteüberlassung wird als Konstruktion zur Vermeidung unerwünschter Betriebs(teil)übergänge gehandhabt, wenn der Arbeitgeber bei Ausgliederungen bereit ist, Arbeitnehmern bei Betriebs(teil)übergängen Besitzstandswahrung zu gewähren.

Während Vertragsbedienstete idR zu Arbeitnehmern jenes Rechtsträgers werden, der die ausgegliederte Einheit übertragen wird, verbleiben Beamte typischerweise im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Gebietskörperschaft, wenngleich sie ihre Tätigkeit in der ausgegliederten Organisation unter der Rechtsmacht des neuen Rechtsträgers verrichten.

Aus der verbalen und systematischen Interpretation des § 3 Abs 4 AÜG²⁸ ergibt sich, dass der Grundtatbestand der Anwendung des AÜG eindeutig dem Privatrecht zuzuordnen ist.

Ein Effekt dieser -soweit überblickt- unbestrittenen Auslegung ist, dass Vertragsbedienstete zwar vom AÜG erfasst, jedoch aus der Anwendung der Abschnitte II bis IV AÜG ausgenommen sind.²⁹

Nach herrschender Auffassung – welche jedoch nicht unumstritten ist – sind Beamte vom AÜG überhaupt nicht erfasst. Dies wird in erster Linie damit begründet, dass Beamte nicht vertraglich zur Dienstleistung verpflichtet wären.³⁰

²⁷ Vgl. § 135 Abs 2 Z 1 bis Z 5 GewO.

²⁸ Gemäß § 3 Abs 4 AÜG gelten als Arbeitskräfte Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen.

²⁹ Vgl. *Mazal*, Rechtsfragen des Anwendungsbereiches des AÜG, ZAS 2005/42.

Eine gegenteilige Meinung vertritt *Holzer*. Dieser plädiert zunächst –ausgehend vom § 3 Abs 2 AÜG sowie § 3 Abs 4 AÜG gegen eine Anwendung des AÜG auf Beamte. In weiterer Folge argumentiert er jedoch anhand der Ausnahmebestimmung in § 1 Abs 2 Z 1 AÜG³¹, dass der sachliche Anwendungsbereich des AÜG weitgehend unverständlich wäre, würde man die Beamten von der Anwendung des AÜG ausnehmen.³²

c. Kollektivvertragliche Regelungen

Weitere Regelungen für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung wurden nach dem Inkrafttreten des AÜG auch in Kollektivverträgen verankert.

Überlassene Angestellte sind vom Kollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting erfasst. Dieser beinhaltet für Betriebe, die der Berufsgruppe der Arbeitskräfteüberlasser im Allgemeinen Fachverband des Gewerbes angehören über die allgemeinen kollektivvertragsrechtlichen Bestimmungen hinaus insbesondere spezifische arbeitszeitrechtliche Bestimmungen.³³

Bestrebungen zum Abschluss eines Kollektivvertrages für Arbeitskräfteüberlassung für überlassene Arbeiter gab es bereits in den frühen 90er Jahren. Eingehendere Verhandlungen scheiterten jedoch seinerzeit am Widerstand der Gewerkschaften, da diese befürchteten, dass durch den Abschluss eines Kollektivvertrages für die Arbeitskräfteüberlassung diese Arbeitsform eher aufgewertet werden würde. Nach neuerlichen Initiativen der Arbeitgeberseite fasste das Präsidium des Österreichischen Gewerkschaftsbundes am 19.2.1998 den Beschluss, die damalige

³⁰ *Thienel*, Öffentlicher Dienst und Kompetenzverteilung (1990) 252; *Schima*, Arbeitskräfteüberlassung an und durch Gebietskörperschaften – Rechtliche Aspekte der Privatisierung durch Ausgliederung, RdW 1994, 209; *Marhold*, Privatisierungsprobleme im Arbeits- und Sozialrecht, in Achatz/Isak/Marhold, Privatisierung im Europarecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht und Sozialrecht (1999) 61.

³¹ Gemäß § 1 Abs 2 Z 1 AÜG ist die Überlassung von Arbeitskräften durch den Bund, ein Land, eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband vom Geltungsbereich der Abschnitte II Bis IV des AÜG ausgenommen.

³² Vgl. dazu *Holzer*, Arbeitsrechtliche Probleme der „Privatisierung“ RdA 1994, 376.

³³ Siehe § 4 des Kollektivvertrages für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting.

Gewerkschaft Metall – Bergbau –Energie mit der Führung von Verhandlungen zum Abschluss eines Kollektivvertrages für überlassene Arbeiter zu beauftragen. Ein gemeinsam ausgearbeiteter Entwurf wurde jedoch in einer Abstimmung innerhalb der Berufsgruppe der Arbeitskräfteüberlasser im Allgemeinen Fachverband des Gewerbes der Wirtschaftskammer Österreich am 28.6.1999 mehrheitlich abgelehnt. Insbesondere die angedachten Regelungen im Bereich des Entgeltes stießen bei einzelnen Überlassern auf heftigen Widerstand, da diese lediglich den im Beschäftigterkollektivvertrag vorgesehenen kollektivvertraglichen Mindestlohn zahlten und Ansprüche gemäß § 10 Abs 1 erster Satz AÜG³⁴ bei der Lohnfestsetzung nicht berücksichtigt wurden. Im November 2000 wurden die Kollektivvertragsverhandlungen wieder aufgenommen. Am 1.3.2002 ist letztendlich der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung in Kraft getreten.

Mit diesem Kollektivvertrag wurde eine gewisse Rechtssicherheit bei offenen Fragen und Auslegungsschwierigkeiten des AÜG zumindest im Arbeiterbereich geschaffen.³⁵

d. Arbeitskräfteüberlassung auf europarechtlicher Ebene

Die Bestrebungen auf europäischer Ebene, die drei klassischen Formen der atypischen Beschäftigung, befristete Arbeitsverhältnisse, Teilzeitarbeit und Arbeitskräfteüberlassung durch Mindeststandards zu regeln, gehen bereits auf den Beginn der 80er Jahre zurück. Damals legte die Kommission unter anderem auch Vorschläge zur Regelung der Arbeitskräfteüberlassung vor, welche jedoch nie angenommen wurden.³⁶

³⁴ § 10 Abs 1 erster Satz AÜG normiert, dass die überlassene Arbeitskraft Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt hat.

³⁵ Vgl. *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs – KV 25f.

³⁶ Vgl. *Gagawczuk*, Leiharbeitsrichtlinie – wiederholter Anlauf gescheitert?, RdA 2003, 597.

Ein neuerlicher Anlauf erfolgte 1990 durch die Vorlage von drei Richtlinienvorschlägen. Nur einer dieser drei Richtlinien konnte die entsprechende Mehrheit finden.³⁷

Ziel dieser Richtlinie ist die Sicherheit und den Gesundheitsschutz von Arbeitnehmern mit befristeten Arbeitsverhältnissen und überlassenen Arbeitsverhältnissen durch besondere Vorschriften über die Unterrichtung, die Unterweisung und die ärztliche Überwachung zu schützen. Abgesehen von diesem besonderen Regelungsbereich, blieb atypische Beschäftigung auf europäischer Ebene vorerst unregelt.³⁸

Im Mai 2000 wurden erneut Verhandlungen im Hinblick auf den Abschluss einer Richtlinie betreffend Arbeitskräfteüberlassung aufgenommen. Da jedoch kein Konsens zu erzielen war, wurden diese ein Jahr später abgebrochen. Ein weiterer Versuch zum Abschluss einer Richtlinie für die Arbeitskräfteüberlassung scheiterte im Jahr 2003.³⁹

Zentraler Punkt bei den bisherigen Verhandlungen war der Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Überlassene Arbeitskräfte sollten während der Dauer der Überlassung in Bezug auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen mindestens ebenso günstig behandelt werden, wie ein vergleichbarer Arbeitnehmer oder eine vergleichbare Arbeitnehmerin des Beschäftigerbetriebes. Die bisherigen Richtlinienvorschläge sahen dabei aber regelmäßig weitreichende Ausnahmen vor. Insbesondere sollte dieser Grundsatz für Überlassungen bis zu sechs Wochen nicht gelten. Diese Ausnahme ging einigen Mitgliedstaaten zu weit.⁴⁰

Am 9.6.2008 tagte der Rat der Arbeitsminister erneut, um neuerlich den Versuch einer Einigung zur Revision der Arbeitszeitrichtlinie zu starten. In diesem Zusammenhang wurde auch die „Leiharbeitsrichtlinie“ neu verhandelt. Maßgeblicher Inhalt dieser Richtlinie, auf den sich der Rat einigte, ist, dass überlassene Ar-

³⁷ Vgl. Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis; die Umsetzung dieser Richtlinie in Österreich erfolgte durch § 9 ASchG.

³⁸ Vgl. *Gagawczuk*, aaO.

³⁹ Vgl. *Gagawczuk*, aaO.

⁴⁰ Siehe dazu <http://wien.arbeiterkammer.at> AK Infobrief EU_ International Nr. 3, Juni 2008.

beitskräfte während der Dauer ihres Einsatzes im Beschäftigetrieb Anspruch auf die gleichen grundlegenden Arbeitsbedingungen (Lohn, Dauer der Arbeitszeit, Überstundenarbeit, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, Feiertage), die im Falle einer direkten Anstellung im Beschäftigetrieb zur Anwendung kämen, haben. Ausnahmen sind möglich, wenn dies durch Kollektivverträge vorgesehen ist und dann, wenn die überlassene Arbeitskraft einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit dem Überlasser hat und auch eine Bezahlung in den Zeiten zwischen den Überlassungen vorgesehen ist. Eine weitere Ausnahme ist zusätzlich noch vorgesehen, wenn keine Möglichkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen besteht.

Ein weiterer Inhalt der Richtlinie ist die Überprüfung allfälliger Beschränkungen der Arbeitskräfteüberlassung. Die Mitgliedstaaten müssen überprüfen, ob bestehende rechtliche Beschränkungen der Arbeitskräfteüberlassung sich aus Gründen des Schutzes der überlassenen Arbeitskräfte, aus Gründen von Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz sowie aus arbeitsmarktpolitischen Gründen rechtfertigen lassen. Überlassene Arbeitskräfte sollen auch unter den gleichen Bedingungen wie das Stammpersonal Zugang zu allgemeinen Einrichtungen im Beschäftigetrieb, wie etwa Kantine oder Betriebskindergarten haben. Die Mitgliedstaaten müssen den überlassenen Arbeitskräften zwischen ihren Einsätzen einen besseren Zugang zu Fortbildungsmaßnahmen und Kinderbetreuungseinrichtungen ermöglichen um ihre Beschäftigungsfähigkeit zu erhöhen. Bei Nichtbeachtung der Vorschriften durch Überlassungsunternehmen und Beschäftigetriebe sind Sanktionen durch die Mitgliedstaaten vorgesehen.⁴¹

Am 5.12.2008 wurde die von Parlament und Rat erlassene RL 2008/104/EG über Arbeitskräfteüberlassung im Amtsblatt der EU veröffentlicht. Die Umsetzung dieser RL auf nationaler Ebene hat bis zum 5.12.2011 zu erfolgen.⁴²

⁴¹ Siehe dazu <http://wien.arbeiterkammer.at> AK Infobrief EU_ International Nr. 3, Juni 2008; <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference>.

⁴² Die Frage inwieweit in Österreich ein Umsetzungsbedarf besteht wird unterschiedlich beantwortet, Vgl. dazu *Grünanger*, Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie auf das AÜG, *ecollex* 2009,424 sowie *Schindler*, Die neue EU-Leiharbeits – RL -der Umsetzungsbedarf in Österreich, *RdA* 2009, 176.

3. Effekte der Arbeitskräfteüberlassung

a. Beschäftigungspolitische Effekte

Auf Unternehmensebene ergeben sich die Anforderungen an Flexibilität aus dem steigenden Wettbewerbsdruck in Folge der Globalisierung und Deregulierung der Märkte, dem durch veränderte Produktions- und Organisationsformen begegnet werden soll. Zu diesem Zweck werden flexible betriebliche Organisationsformen geschaffen, die sowohl für Unternehmen als auch für Arbeitnehmer neue Anforderungen mit sich bringen. Beiden wird die Fähigkeit, sich möglichst rasch an neue Gegebenheiten anzupassen bzw. sich neuen Anforderungen zu stellen, abverlangt. Mit diesen neuen Organisationsformen gehen drastische Veränderungen der Arbeitswelt einher.⁴³

Der steigende Anteil überlassener Arbeitskräfte an allen Beschäftigten sowie der sich fortsetzende Trend bei den Zuwächsen der überlassenen Arbeitskräfte lassen eine anhaltende Tendenz zur Flexibilisierung der Arbeit erkennen. Für das Arbeitsmarktservice zählen die Arbeitskräfteüberlasser längst zu den wichtigsten Kunden. Schon jede fünfte offene Stelle, die beim Arbeitsmarktservice ausgeschrieben ist, stammt von einer Überlasserfirma.⁴⁴ Zum Stichtag 31.7.2008 haben in Österreich 1158 gewerbliche Arbeitskräfteüberlasser 68.081 Arbeitskräfte überlassen. Gemessen an der Gesamtzahl von Beschäftigungsverhältnissen von Arbeitern und Angestellten am Stichtag 31.7.2008 waren dies 2,1 %.⁴⁵

⁴³ Vgl. *Wroblewski*, Leiharbeit in Österreich Übergangslösung oder Sackgasse? 1.

⁴⁴ Vgl. *Kurier*, Über 100.000 Leiharbeiter bis 2010 – Flexibilisierung, Zwei Prozent aller Erwerbstätigen auf Abruf, 3.5.2008 23.

⁴⁵ Statistik des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2008, 3.

Im Vergleich zu den Vorjahren ergibt sich folgendes Bild⁴⁶

	2000	2001	2002	2003	2004
Überlasser	999	1.110	1.087	1.287	1.424
Überlassene Arbeitskräfte	30.120	33.156	31.207	38.491	44.125
Anteil an allen Beschäftigten in %	1,4%	1,4%	1,5%	1,3%	1,5%

	2005	2006	2007	2008
Überlasser	1.427	1442	1.608	1.761
Überlassene Arbeitskräfte	46.679	59.262	66.688	68.081
Anteil an allen Beschäftigten in %	1,6%	1,9%	2,1%	2,1%

Die Zahl der Überlasser ist im Vergleich zum Vorjahr (Stichtagserhebung 2007) um 153 bzw. 9,5 % angestiegen. Der Anstieg der überlassenen Arbeitskräfte beträgt am Stichtag 2008 + 2,1% bzw. 1.393. Der deutliche Anstieg der überlassenen Arbeitskräfte lässt ebenfalls eine anhaltende Tendenz zur weiteren Flexibilisierung der Arbeit erkennen.⁴⁷

Bei der Dauer der Überlassung ist grundsätzlich keine Trendänderung eingetreten. Arbeiter werden deutlich kürzer überlassen. Rund 63 % der Arbeiter stehen weniger als sechs Monate in einem Beschäftigungsverhältnis, während Angestellte zu ca. 42 % über 12 Monate überlassen werden.⁴⁸

Geschlechtsspezifisch ist zu vermerken, dass zum Erhebungszeitpunkt wie im Vorjahr rund 20 % Frauen und 81 % Männer an Unternehmen überlassen wurden. Die Gruppe der männlichen Arbeiter stellt mit 71,5 % die größte Gruppe der überlassenen Arbeitskräfte dar. Der Anteil der Arbeiter ist in der Gruppe der ausländischen Arbeitskräfte noch stärker ausgeprägt.⁴⁹

⁴⁶ Siehe dazu Statistik des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2008, 3.

⁴⁷ Vgl. aaO.

⁴⁸ Eine zeitliche Befristung der Überlassungsdauer ist in Österreich im Gegensatz zu anderen europäischen Staaten gesetzlich nicht vorgesehen; Vgl. dazu auch *Mühlberger*, Neue Formen der Beschäftigung (2000) 32ff.

⁴⁹ Statistik des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2008, 3.

Die Überlassungstätigkeit ist in Oberösterreich, und Wien am stärksten ausgeprägt. Von zahlenmäßiger Bedeutung ist noch der Markt für überlassene Arbeitskräfte in Niederösterreich und in der Steiermark. In Oberösterreich wurden 32,7 % der Gesamtanzahl von 68.081 Arbeitskräften überlassen, gefolgt von Wien mit 20,7 %, Steiermark mit 18,1 % und Niederösterreich mit 10,2 %.⁵⁰

In den einzelnen Sparten zeigt sich folgendes Bild⁵¹

Sparte	Anzahl der überlassenen Arbeitskräfte	Veränderung zum Vorjahr absolut	Veränderung zum Vorjahr in %	Prozentuelle Verteilung
Gewerbe, Handwerk, Dienstleistung	24.647	-74	-0,3%	36,2%
Industrie	26.055	-583	-2,2%	38,3%
Handel	4.621	+348	+8,1%	6,8%
Bank, Versicherung	579	+79	+15,8%	0,9%
Transport, Verkehr, Telekommunikation	3.578	+521	+17,0%	5,3%
Tourismus, Freizeitwirtschaft	980	-50	-4,9%	1,4%
Information, Consulting	1.896	+217	+12,9%	2,8%
Land- und Forstwirtschaft	15	+10		0,0%
Sonstige	5.710	+925	+19,3%	8,4%
Österreich	68.081	+1393	+2,1%	100,0%

Die überwiegende Anzahl an überlassenen Arbeitskräften entfällt auf die Sektoren Industrie und Gewerbe mit einem relativen Anteil von 74,5 %. In der Sparte

⁵⁰ Vgl. aaO.

⁵¹ Siehe dazu Statistik des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2008, 3.

Gewerbe, Handwerk, Dienstleistungen wurden zum Stichtag Juli 2008 24.647 Arbeitskräfte überlassen. In der Sparte Industrie lag die Zahl der an die Unternehmen überlassenen Arbeitskräfte bei 26.055.

Hier ist gegenüber dem Vorjahr ein Minus von 2,2 % zu verzeichnen. Markant ist hier insbesondere der Rückgang der Arbeitskräfteüberlassung im Bereich der Fahrzeugindustrie.

Innerhalb der Sparte Industrie überwiegt die Zahl der überlassenen Arbeitskräfte in den Fachgruppen Metallindustrie, Elektro- und Elektronikindustrie, Maschinen und Metallwaren, Fahrzeugindustrie sowie chemische Industrie. In der Sparte Gewerbe und Handwerk konzentriert sich die Überlassung von Arbeitskräften in den letzten Jahren auf die Fachgruppen Bau, Schlosser, Landmaschinentechniker, Schmiede, Elektro-, Audio-, Video-, und Alarmanlagentechniker.⁵²

In der neuen Sparte Information und Consulting wurden am 31.7.2008 1.917 (+ 238 bzw. +14,2%) Arbeitskräfte erfasst. Mehr als die Hälfte der überlassenen Arbeitskräfte ist in der Fachgruppe Telekommunikations- und Rundfunkunternehmen zuzuordnen.⁵³

b. Vergleich zu Deutschland

Auch in Deutschland zeigt sich ein Aufwärtstrend im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung.

Die Statistik der Bundesagentur für Arbeit⁵⁴ zum Stichtag 30.6.2007 hat ergeben, dass 630.242 Arbeitnehmer im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung tätig waren. Im Vergleich zum Vorjahr zeigt sich hier ein Plus von 22,1%.⁵⁵

⁵² Vgl. aaO.

⁵³ Statistik des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2008, 6.

⁵⁴ Die Bundesagentur für Arbeit in Deutschland erfüllt für die Bürgerinnen und Bürger sowie für Unternehmen und Institutionen umfassende Dienstleistungsaufgaben für den Arbeits- und Ausbildungsmarkt. Sie entspricht daher in etwa unserem Arbeitsmarktservice.

⁵⁵ Siehe www.bza.de.474.html (6.8.2008).

Ende Juni 2007 wurden in Deutschland 20.800 Überlassungsbetriebe von natürlichen oder juristischen Personen geführt, die eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung hatten. Im Vorjahresvergleich ergibt sich ein Plus von 21 %.⁵⁶

Der Anteil der überlassenen Frauen betrug zum Stichtag Juni 2007 26,6%, der Anteil der überlassenen Männer 73,4%. Der Grund dafür, dass insbesondere Männer im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung tätig sind, liegt darin, dass Überlassungstätigkeiten im gewerblichen Bereich überwiegen; es handelt sich hier insbesondere um Tätigkeiten als Hilfsarbeiter oder Schlosser bzw. Mechaniker. Bei den Frauen stehen Hilfsarbeiten ohne nähere Angabe sowie Organisations- Verwaltungs- und Büroberufe im Vordergrund.

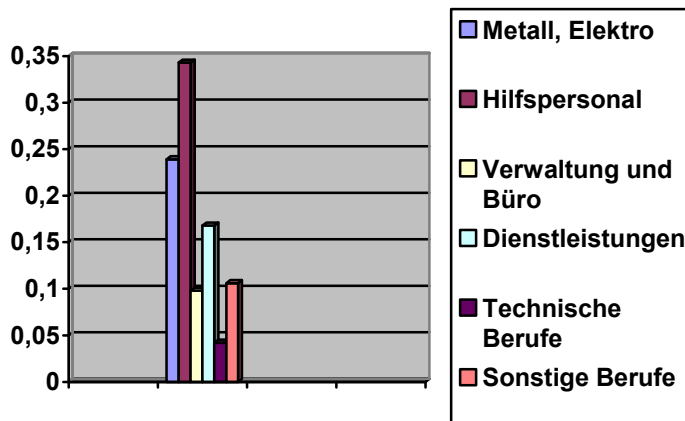
Von dem im 1. Halbjahr 2007 ausgelaufenen Arbeitsverhältnissen haben 55 Prozent kürzer als drei Monate gedauert, 45 Prozent haben drei Monate oder länger bestanden.⁵⁷

⁵⁶ Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktberichterstattung: Branchen und Berufe in Deutschland 1997 – 2007, Zeitarbeit, Nürnberg 2008.

⁵⁷ aaO.

Innerhalb der einzelnen Branchen zeigt sich das prozentuelle Ausmaß der Arbeitskräfteüberlassung zum Stichtag Juli 2007 wie folgt⁵⁸:

Angaben in Prozent:



4. Zur Interessenslage der Arbeitskräfteüberlassung

a. Aus der Sicht der Beschäftiger

Vorteile

Der größte Vorteil der Arbeitskräfteüberlassung aus Beschäftigersicht ist die kurzfristige Verfügbarkeit über das Überlassungspersonal. Dadurch können Beschäftiger den vorübergehenden Ausfall von eigenen Arbeitnehmern, etwa durch Urlaub oder Krankheit, bzw. den Personalmehrbedarf zum Zwecke des Spitzenausgleichs leichter abdecken. Im Zusammenhang mit dem Einsatz von überlassenen Arbeitskräften wird nicht nur deren kurzfristige Zurverfügungstellung, sondern auch die

⁵⁸ www.bza.de.474.html 6.8.2008.

Möglichkeit einer ebenso raschen Freisetzbarkeit von nicht mehr benötigten Kräften hervorgehoben.⁵⁹

Es gilt zwei Anlässe zu unterscheiden, welche zu Personalengpässen führen können

1. Schlankgesparte Unternehmen und Abteilungen haben keine Personalreserven mehr. Kommt es nun zu einem überraschenden Ausfall von Mitarbeitern etwa durch Krankheit oder Urlaub, so können die Lücken nicht durch eigenes Stammpersonal ausgefüllt werden. In dieser Situation können durch den Einsatz von überlassenen Arbeitskräften die Verluste minimiert werden.⁶⁰

2. Betriebe können mit Hilfe überlassener Arbeitnehmer oftmals zusätzlich Aufträge annehmen, welche sich auf Überstundenbasis nicht rechnen würden und somit Produktionsprobleme lösen.⁶¹

In internationalen Großkonzernen stellt die Arbeitskräfteüberlassung auch ein konzerninternes Flexibilisierungsinstrument dar (Schlagwort „Headcounting“). Da überlassene Arbeitskräfte in der Personalstatistik der Beschäftigterbetriebe nicht aufscheinen, kann der von der Muttergesellschaft vorgegebene „head count“ umgangen werden.⁶² Diese Beschönigung des „head counts“ ist bei vielen Unternehmen, insbesondere internationalen Konzernen, auch in anderen Bereichen durchaus gängige Praxis. So kommt es zB vor, dass Arbeitnehmer, welche eigentlich Angestelltentätigkeiten verrichten, als Arbeiter gemeldet werden; dies mit dem einzigen Hintergrund, dass der „head count“ für den Angestelltenbereich erreicht wird. Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden scheinbare Personaleinsparungen dadurch erreicht, dass Stammarbeitskräfte durch überlassene Arbeitskräfte ausgetauscht werden. Hintergrund ist dieser, dass die Kosten für die überlassenen Ar-

⁵⁹ Vgl. *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung 151; *Debus*, Leiharbeit – Das Geschäft mit der Ware Arbeitskraft (1982) 35, Vgl. auch *Kurier*, Boom der Leiharbeit, 12.7.2008, 2.

⁶⁰ Vgl. *Springer*, Der geliehene Erfolg – Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht 16ff.

⁶¹ Siehe *Heinz-Ofner/Schindler*, Arbeitskräfteüberlassung-„Leiharbeit“/„Zeitarbeit“ (2006) 4.

⁶² Vgl. *Springer*, Der geliehene Erfolg – Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht 22.

beitskräfte nicht den Personalkosten zugerechnet werden, sondern Teil der zugekauften Sachleistungen sind.⁶³

Die Einstellung der Überlassungskräfte erfolgt nach den Angaben der Beschäftiger rasch und offenbar auch unbürokratisch. Das Verfahren der Stellenausschreibung, Einstellungsgespräche und qualitative Personalauslese entfällt bei Arbeitskräfteüberlassung. Auch ist die Gefahr einer Fehlbesetzung minimiert, da der Arbeitnehmer sofort gegen einen anderen ausgetauscht werden kann. Im Gegensatz dazu ist das Unternehmen bei fest angestellten Arbeitskräften an Kündigungsfristen gebunden und muss dem scheidendem Arbeitnehmer eventuell sogar Entschädigungen oder Abfertigungen zahlen.⁶⁴ Dieses Fehlen von Kündigungsfristen und Kündigungsterminen führen dazu, dass die Beschäftigterbetriebe unproduktive Stehzeiten vermeiden können. Als unproduktive Stehzeit gilt alles, was Kosten verursacht, aber keine unmittelbare Wertschöpfung bewirkt. Dazu zählt zB Urlaub, Krankheit aber auch Aus- und Weiterbildungszeiten. Dadurch ergibt sich ein Kostenvorteil für die Beschäftiger, weil die Personalfixkosten zu variablen Kosten mutieren.⁶⁵

Ein weiterer Kostenvorteil für Beschäftigterbetriebe besteht darin, dass sie an überlassene Arbeitskräfte weder durch Betriebsvereinbarung ausgehandelte überkollektivvertragliche Entgelte noch betriebliche Sozialleistungen zahlen müssen.⁶⁶

Manche Beschäftiger sehen einen Vorteil der Arbeitskräfteüberlassung auch darin, dass über sie Spezialisten angefordert werden können. Meist handelt es sich dabei um Arbeitskräfte für abgeschlossene Arbeitsvorgänge. Auf eine Überlassungskraft wird in solchen Fällen vor allem deshalb zurückgegriffen, weil die Ei-

⁶³ Vgl. *Springer*, Der geliehene Erfolg – Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht 22ff; So auch *Kurier*, Für und wider Personalleasing, 3.11.2007 36.

⁶⁴ Vgl. *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung 154.

⁶⁵ *Springer*, Der geliehene Erfolg – Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht 22ff;

⁶⁶ *Springer* aaO.

geneinstellung hohe Gehaltskosten verursacht, die das innerbetriebliche Gehaltsniveau gefährden könnte.⁶⁷

Der Einsatz von überlassenen Arbeitnehmern wird auch von Beschäftigten vielfach deshalb als effizienter angesehen, da solche Arbeitskräfte produktiver arbeiten, da sie nicht in das Sozialgefüge des Beschäftigten integriert sind und damit von zeitraubenden Kommunikationsprozessen weitgehend ausgeschlossen sind. Die überlassenen Arbeitskräfte haben auch kein Interesse an innerbetrieblichen Positions- und Karrierekämpfen.⁶⁸

Nachteile

Aus der Sicht der Beschäftigerunternehmen wären folgende Nachteile der Arbeitskräfteüberlassung in Erwägung zu ziehen:

Bei der Arbeitskräfteüberlassung wird aus einem Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine dreifache Vertragsbeziehung. Jeder einzelne Vertrag zieht einen Verwaltungs-, Durchführungs- und Kontrollaufwand nach sich, der mit zusätzlichen Kosten verbunden ist.

Der Personalverwaltungsaufwand für überlassene Arbeitskräfte ist beim Beschäftiger kaum geringer als für die Stammebelegschaft. Den geringen Einsparungen (zB keine Meldungen an die Krankenkasse bzw. an das Finanzamt) steht die insgesamt doppelte Bürokratie entgegen.

So entstehen viele Aufwendungen doppelt, wie beispielsweise die Zeitaufzeichnungen, Urlaubs- und Zeitausgleichsvereinbarungen.⁶⁹

Weiters fallen bei einer Überlassung zusätzliche Akquisitionskosten und Werbekosten des Überlassers an. Diese erhöhen den vom Überlasser verrechneten Stun-

⁶⁷ Geppert, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1977) 157.

⁶⁸ Geppert, aaO.

⁶⁹ Vgl. Springer, Der geliehene Erfolg – Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht.

densatz und verteuern die überlassene Arbeitskraft ohne Gegenleistung. Dadurch liegt das Überlassungshonorar deutlich über dem Entgelt der überlassenen Arbeitskraft bzw. einer vergleichbaren Stammarbeitskraft.⁷⁰

In der Praxis kommt es auch immer wieder zu Qualifikationsproblemen beim Einsatz von überlassenen Arbeitskräften. Die benötigte Einschulungszeit muss sehr kurz sein, damit die „Leiharbeitskraft“ möglichst schnell produktiv arbeiten kann.⁷¹ Je kürzer nämlich die Einarbeitungszeit ist, desto wirtschaftlicher ist der Einsatz von überlassenen Arbeitskräften. Mit steigender Aufgabenkomplexität und damit steigender Qualifikation verlängert sich die Einarbeitungszeit. Die Austauschbarkeit der Arbeitnehmer sinkt damit. Da höher Qualifizierte seltener bereit sind, zu den in der Arbeitskräfteüberlassungsbranche gebotenen Konditionen zu arbeiten, stehen den Überlassern häufig nicht die geeigneten Arbeitnehmer zur Verfügung. Daher versuchen die Überlasser oft auch mit unpassend qualifizierten Arbeitnehmern den Überlassungsvertrag zu erfüllen. Dies gereicht den Beschäftigerbetrieben zum Nachteil.⁷²

Ein weiterer Nachteil der Arbeitskräfteüberlassung besteht darin, dass die überlassenen Arbeitskräfte nicht in das betriebliche Sozialgefüge eingebunden sind. Sie werden von der Stammelegschaft als Konkurrenten und Lohndumper wahrgenommen und bleiben daher aus den Kommunikationsprozessen weitgehend ausgeschlossen. Aufgrund des Ausschlusses aus der betrieblichen Kommunikation fehlen den überlassenen Arbeitskräften viele Informationen, was dazu führt, dass sie uneffizienter und weniger innovativ arbeiten, als es ihren Fähigkeiten entspricht.⁷³

Die Beschäftigerbetriebe sind auch einem Fluktuations- und Motivationsrisiko ausgesetzt. Die fehlende arbeitsvertragliche Beziehung führt neben geringer Loyalität auch zu geringerer Motivation. Wenn keine Übernahme in das Beschäftigungsunternehmen in Aussicht steht, dann sind die überlassenen Arbeitskräfte auf

⁷⁰ Vgl. Springer, Der geliehene Erfolg – Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht 25f.

⁷¹ Volkert, Eine volks- und betriebswirtschaftliche Betrachtung des Arbeitskräfteüberlassungsmarktes (1996), 40.

⁷² Vgl. Springer, aaO.

⁷³ Vgl. Springer, aaO.

der ständigen Suche nach einem anderen festen Arbeitsverhältnis. Das kann sich jedenfalls negativ auf die Arbeitsleistung auswirken und erhöht das Fluktuationsrisiko.⁷⁴

b. Aus Sicht der Überlasser

An erster Stelle der von den Befürwortern der Arbeitskräfteüberlassung dieser zugeschriebenen wirtschaftlichen und sozialen Funktionen wird häufig die Rekrutierung von Arbeitskräften mit einem nur zeitlichen Interesse genannt. Hierbei soll es sich um Personen handeln, die aus bestimmten- z.B. familiären oder ausbildungs-technischen Gründen eine Dauerbeschäftigung auch nicht in der Form der Teilzeitarbeit annehmen wollen bzw. können. Die Überlassungsunternehmen verstehen sich danach als eine Art „Clearing – Stelle, die das Angebot und die Nachfrage nach vorübergehenden Beschäftigungsmöglichkeiten ausgleichen.“⁷⁵

Der Aufschwung des Arbeitskräfteüberlassungsmarktes ist in erster Linie durch die hohen Arbeitskosten bei gleichzeitigem Rationalisierungsdruck der Wirtschaft begründet. Generell ist davon auszugehen, dass sich diese wirtschaftliche Entwicklung im Sinne von Druck zu Flexibilisierung und Rationalisierung in den nächsten Jahren weiter fortsetzen wird und sich daher hier Expansionsmöglichkeiten für Arbeitskräfteüberlassung ergeben. Potentiale für eine künftige Entwicklung sehen die Arbeitskräfteüberlasser vor allem im EDV – und Bürobereich, teilweise auch im Sozialbereich. Im Zusammenhang mit künftigen Entwicklungen bleibt anzumerken, dass das größte Wachstumspotential im Bereich der Klein- und Mittelbetriebe gesehen wird, die die österreichische Unternehmensstruktur dominieren. Im Bereich der Großbetriebe, vor allem der international tätigen Konzerne, ist Arbeitskräfteüberlassung in Österreich mittlerweile vergleichsweise gut etabliert.⁷⁶

⁷⁴ Vgl. *Vosvinkel*, Die Regulierung der Leiharbeit (1995), 126f.

⁷⁵ Siehe dazu *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung, 187f.

⁷⁶ Vgl. dazu *Wroblewski*, Leiharbeit in Österreich, 26.

c. Aus Sicht der überlassenen Arbeitskräfte

Einerseits bietet die Arbeitskräfteüberlassung Dienstnehmern die Möglichkeit mehrere Arbeitsplätze kennen zu lernen, andererseits stellt sich dieser Vorteil auch als Nachteil dar, wenn der überlassene Arbeitsplatz nur eine Notlösung darstellt; dies gilt insbesondere für minder qualifizierte Arbeitskräfte. Der Nachteil liegt darin, dass bei ständig wechselnden Arbeitsplätzen der Aufbau von sozialen Kontakten zu Arbeitskollegen und Vorgesetzten erschwert wird. Die Kontaktnahme beschränkt sich in der Regel auf jenes Mindestmaß an Kooperation, dass zur gemeinsamen Arbeitserledigung erforderlich ist. Mit der Dauer des Einsatzes kann sich dies ändern, die Rolle des Außenseiters wird aber der überlassenen Arbeitskraft bleiben.⁷⁷

Selbst Arbeitnehmer, die mit ihrer derzeitigen Stelle äußerst unzufrieden sind, ziehen es vor täglich mit vertrauten Widrigkeiten konfrontiert zu werden, als das Risiko eines permanenten Stellenwechsels einzugehen, der möglicherweise noch mehr Nachteile mit sich bringt. Auch menschlich gesehen betrachten viele häufiges Sich-Umstellen als belastend, da man die Kollegen in der Abteilung, in welcher man schon länger arbeitet bereits kennt und das Knüpfen von neuen Kontakten als energie- und zeitraubend betrachtet wird.⁷⁸ Dazu kommt noch, dass sich auch unter den Mitarbeitern eines Überlassungsbetriebes kaum oder nur schwer ein Zusammengehörigkeitsgefühl entwickeln wird. Ein weiterer Nachteil der Arbeitskräfteüberlassung liegt darin, dass diese kaum Raum für Aufstiegschancen bietet.⁷⁹

Die hohe Flexibilität der Arbeitskräfteüberlassung, welche mit den veränderten Bedürfnissen und Anforderungen der Arbeitskräfte einherzugehen scheint, wird oft als Vorteil dieser Arbeitsform angeführt. Es wird darin die Möglichkeit gesehen außerberufliche Verpflichtungen wie zB Kinderbetreuung oder Studium besser mit der Erwerbstätigkeit vereinbaren zu können.⁸⁰ Der Vorteil im Zusammen-

⁷⁷ Geppert, Arbeitskräfteüberlassung (1977) 162.

⁷⁸ Baum, Zeitarbeit: Mehr als ein Job (1996) 20ff.

⁷⁹ Vgl. Geppert, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1978) 151ff.

⁸⁰ Vgl. Geppert, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung 158ff.

hang mit Kinderbetreuungspflichten ist meiner Ansicht nach nicht nachvollziehbar, da die überlassene Arbeitskraft – sofern sie Vollzeit arbeitet - jedenfalls die Normalarbeitszeit erfüllen muss und sich dadurch dieselben Probleme im Zusammenhang mit Kinderbetreuungspflichten ergeben können wie bei Mitarbeitern der Stammelegschaft. Zusätzliche Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Kinderbetreuung können sich vielmehr durch den permanenten Wechsel der Beschäftigterbetriebe ergeben, womit auch unterschiedliche Erreichbarkeiten der Arbeitsstätte verbunden sind.

Die Vorteile für Studenten beziehen sich ebenfalls nur auf eine Randgruppe, die nicht unbedingt auf einen Job angewiesen ist. Die Sammlung erster beruflicher Erfahrungen für Schüler und Studenten ist im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung ebenfalls problematisch, weil nur ca. 20% der überlassenen Arbeitskräfte in ihrem Ausbildungsberuf eingesetzt werden. Die ersten beruflichen Erfahrungen erschöpfen sich daher oft nur in Hilfstätigkeiten.⁸¹

Die im Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung genannte Freiheit der Arbeitsplatzwahl –das AÜG normiert die Zustimmungspflicht des Arbeitnehmers zu jeder Überlassung⁸²- ist jedenfalls nur eine scheinbare, da in der Praxis oft die Ablehnung einer Überlassung die Kündigung zur Folge hat.⁸³

Ein Nachteil mit dem überlassene Arbeitskräfte konfrontiert sind, ist, dass weder Beschäftiger noch Überlasser in die Weiterbildung von überlassenen Arbeitskräften investieren. Die Überlasser sind an der Weiterbildung der überlassenen Arbeitskräfte nur dann interessiert, wenn sie die Kosten der Weiterbildung an die Beschäftigterbetriebe abwälzen können. Dies wird jedoch in den seltensten Fällen der Fall sein. Überlassene Arbeitskräfte werden von den Beschäftigterbetrieben nur als „vorübergehende“ Personalreserve betrachtet, in welche sich Qualifizierungsinvestitionen nicht lohnen. Die große Gefahr, die sich daran birgt ist, dass

⁸¹ Vgl. *Springer*, Der geliehene Erfolg – Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht 58.

⁸² Vgl. § 2 Abs 2 AÜG.

⁸³ Vgl. *Springer*, aaO; *Baum*, Zeitarbeit 38ff.

überlassene Arbeitskräfte den Anschluss an die technologische Entwicklung verpassen und damit dequalifiziert werden.⁸⁴

In vielen Studien werden die problematische Einkommenssituation von überlassenen Arbeitskräften bzw. die negativen Auswirkungen auf das betriebliche Lohnniveau thematisiert. Der Einsatz von überlassenen Arbeitskräften ermöglicht den Unternehmen eine Reduktion der Personalkosten durch ein Unterlaufen des innerbetrieblichen Lohnniveaus. Überlassene Arbeitskräfte erhalten aufgrund des AÜG⁸⁵ den Kollektivvertragslohn, nicht jedoch ein dem innerbetrieblichen Lohnniveau entsprechendes Einkommen. Dazu kommt noch, dass überlassene Arbeitskräfte nur in Ausnahmefällen innerbetrieblich vereinbarte Prämien ausbezahlt bekommen bzw. nur selten von betrieblichen Sozialleistungen profitieren.⁸⁶

Ein grundlegendes Problem der Arbeitskräfteüberlassung besteht auch darin, dass das Beschäftigungsrisiko auf die überlassene Arbeitskraft übertragen wird. Dies äußert sich darin, dass die Arbeitskräfte bei fehlender Überlassungsmöglichkeit entweder krankgeschrieben werden oder das Dienstverhältnis aufgelöst wird. Dazu kommt noch, dass bei vielen Überlassern die weit verbreitete Meinung besteht, dass auch Urlaub zur Abdeckung auslastungsfreier Zeiten dient. Dabei werden die überlassenen Arbeitskräfte entgegen der gesetzlichen Regelung⁸⁷ zum Urlaubsverbrauch gezwungen. Viele der Überlassungsbetriebe erwarten sich dabei von ihren Arbeitnehmern, dass sie während dieses Urlaubes ständig erreichbar sind und potentielle Vorstellungsgespräche während dieser Zeit absolvieren. Dies widerspricht selbstverständlich dem vom Gesetz⁸⁸ vorgesehenen Erholungszweck des Urlaubs. Wie so oft im Arbeitsleben werden diese Bedingungen aus Angst vor Verlust des Arbeitsplatzes akzeptiert.⁸⁹

⁸⁴ Vgl. *Springer*, Der geliehene Erfolg- Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht (2002) 51; *Debus*, Leiharbeit – das Geschäft mit der Ware Arbeitskraft (1982) 53.

⁸⁵ § 10 Abs 1 Z 3 AÜG sieht vor, dass überlassenen Arbeitskräften für die Dauer der Überlassung das kollektiv-vertragliche Entgelt des Beschäftigerbetriebes zu zahlen ist. Es besteht kein Anspruch auf Überzahlungen des Kollektivvertrages, die im Beschäftigerbetrieb geleistet werden; Vgl. dazu OGH 9.5.2001, 9 Ob a 195/01v; OGH 9.3.2000, 8 Ob A 332/99b; OGH 20.11.1991, 9 Ob A 602/91.

⁸⁶ Vgl. *Springer*, aaO.

⁸⁷ Vgl. § 4 Abs 1 UrlG.

⁸⁸ Vgl. § 4 Abs 1 UrlG.

⁸⁹ Vgl. dazu *Springer*, Der geliehene Erfolg, 62.

Die oft für die Entscheidung zur Arbeitnehmerüberlassung unterstellten Motive spielen in der Praxis oft nur eine untergeordnete Rolle. Oft ist das Hauptmotiv die Vermeidung von Arbeitslosigkeit.⁹⁰ Das Arbeitskräfteüberlassungsverhältnis wird nur als Zwischenlösung gesehen bis ein Dauerarbeitsplatz gefunden wird. *Hofer*⁹¹ spricht in seiner Typologie von überlassenen Arbeitskräften vom Typ A, welcher am Arbeitskräfteüberlassungsmarkt am häufigsten vorkommt. Typ A nutzt das Angebot der Überlasserfirmen lediglich um vom Zustand der Arbeitslosigkeit über den Umweg der Arbeitnehmerüberlassung zu einer kontinuierlichen Beschäftigung zu gelangen. Das Alter dieses Typus liegt in der Regel zwischen 20 und 25 Jahren. Ein weiteres Motiv für die Bevorzugung eines Dauerarbeitsplatzes ist auch, dass überlassene Arbeitskräfte einem erhöhtem Arbeitsplatzrisiko ausgesetzt sind. Bei einem plötzlichen Auftragsmangel beim Beschäftiger werden sie an den Überlasser zurückgestellt. Findet sich in weiterer Folge keine passende Überlassungsmöglichkeit ist die Konsequenz die Auflösung des Dienstverhältnisses durch den Überlasser.⁹²

II. Gesetzliche Grundlagen der Arbeitskräfteüberlassung

1. Der Begriff der Arbeitskräfteüberlassung

In der Praxis entwickelte sich eine nahezu unüberschaubare Fülle von Bezeichnungen für die Arbeitskräfteüberlassung und ihre Akteure. Begriffe wie „Personalleasing“, „Zeitarbeit“ und „Leiharbeit“ werden ebenso verwendet wie „Interim-Service“ oder „Dienstleistungsservice“. Daraus leiten sich dann Begriffe wie „Personalbereitstellungsunternehmen“, „Personalleasingagenturen“, „Leihunternehmen“, „Leiharbeiter“, „Verleiher“ oder „Entleiher“ etc. ab.⁹³ Der oft verwen-

⁹⁰ Vgl. *Talos*, Eine problematische Beschäftigung, Kurier 12.7.2008 3. Ebenso *Baum*, Zeitarbeit: Mehr als ein Job, (1996) 10.

⁹¹ Vgl. *Hofer*, Arbeitsalltag aus der Sicht eines Leiharbeiters (1991) 463.

⁹² Vgl. *Springer*, Der geliehene Erfolg – Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht (2002) 62ff.

⁹³ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 23.

dete Begriff „Leiharbeit“ ist insofern juristisch nicht korrekt, weil nur eine Sache nicht jedoch ein Mensch verliehen werden kann.⁹⁴ Umgangssprachlich ist der Begriff der „Leiharbeit“ dennoch weit verbreitet.

Der im internationalen Sprachgebrauch überwiegend anzutreffende Ausdruck „Zeitarbeit“ ist ebenso irreführend. Die Unternehmen der gewerbsmäßigen Arbeitskräfteüberlassung verwenden ihn, um zu dokumentieren, dass sie keine Dauerarbeitskräfte beschäftigen, sondern Arbeitnehmer nur zeitweilig zur Abdeckung eines außergewöhnlichen Arbeitskräftebedarfes zur Verfügung stellen. Der Ausdruck „Zeitarbeit“ könnte die falsche Vorstellung vermitteln, als ob es zum Wesen der gewerbsmäßigen Arbeitskräfteüberlassung gehöre, Arbeitnehmer nur mit befristeten Arbeitsverträgen einzustellen bzw. nur befristet anderen Unternehmen zu überlassen⁹⁵. Für Österreich gesprochen ist mE der Begriff „Zeitarbeit“ aus diesem Grund missverständlich, da das AÜG keine bestimmte Höchstdauer der Überlassung vorsieht.

Überdies lässt der Begriff Zeitarbeit, dass der Zurverfügungstellung von Arbeitskräften Wesentliche, die Überlassung an Dritte nicht sichtbar werden. *Wachter und Mayer –Maly* halten den Begriff Zeitarbeit insofern für missverständlich, da dieser Begriff zu Verwechslungen mit dem Arbeitsverhältnis auf Zeit und der Teilzeitarbeit führen könne.⁹⁶

Nicht korrekt ist ferner der besonders in Österreich weit verbreitete Begriff „Personal –Leasing“. Hierbei handelt es sich um einen dem Sach-Leasing entlehnten Modebegriff, der keinerlei juristische Aussagekraft besitzt.⁹⁷

Trotz dieser unterschiedlichen Terminologien ist der Zweck hinter all diesen Begriffen immer derselbe. Arbeitskräfte werden von ihren Arbeitgebern Dritten zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt.⁹⁸

⁹⁴ Vgl. *Wachter*, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975, 50ff.

⁹⁵ Vgl. dazu *Schnorr*, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung – Verbot oder Regelung ? 4ff.

⁹⁶ *Geppert*, Die gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1977) 22.

⁹⁷ *Schnorr*, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung - Verbot oder Regelung ? 3ff; *Baum*, Zeitarbeit: Mehr als ein Job (1996) 12ff; *Geppert*, Die gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1977) 20.

2. Wann liegt Arbeitskräfteüberlassung vor?

Das AÜG geht in § 1 Abs 1 von einem sehr weitem Begriff der Arbeitskräfteüberlassung aus. Daher sind durch diese Generalklausel grundsätzlich alle Formen der „Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte“ unter dieses Gesetz zu subsumieren.⁹⁹

Voraussetzung ist daher, dass die vertraglich geschuldete Leistung eines Arbeitnehmers oder einer arbeitnehmerähnlichen Person nicht gegenüber dem Arbeitgeber, sondern einem Dritten, dem so genannten Beschäftiger erbracht wird. Die Funktion des Arbeitgebers ist damit vereinbarungsgemäß gespalten. Die Arbeitsleistung wird zwar weiterhin rechtlich dem vertraglichen Arbeitgeber geschuldet, dieser hat sich aber gleichzeitig verpflichtet, nicht nur das Arbeitsergebnis, sondern auch den Inhalt der Arbeitsverpflichtung, also die fortgesetzte Erbringung von Arbeitsleistungen, einem anderen zukommen zu lassen.¹⁰⁰

Arbeitskräfteüberlassung liegt jedoch nur dann vor, wenn der Überlasser das wirtschaftliche Wagnis eines Unternehmers trägt, dh der Arbeitskraft gegenüber die vertraglichen Verpflichtungen eines Arbeitgebers tatsächlich und nicht nur scheinbar erfüllt und auch das Risiko der Auslastung der vereinbarten Arbeitszeit mit Überlassungen auf sich nimmt. Wird dieses Risiko vom Überlasser nicht getragen, so liegt verbotene Arbeitsvermittlung vor.¹⁰¹

Gemäß § 4 Abs 1 AÜG ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich.¹⁰² Die Bestimmung des § 4 Abs 1 AÜG soll eine Orientierungshilfe zur Verhinderung von Umgehungen des AÜG bieten.¹⁰³

⁹⁸ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001) 23ff.

⁹⁹ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 37.

¹⁰⁰ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 59.

¹⁰¹ Vgl. dazu OGH 27.1.1987, 14 Ob 180/86.

¹⁰² Nach *Mazal* bringt die Bestimmung des § 4 Abs 1 AÜG keinen weiter gehenden Effekt, als er ohnedies nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts zu erreichen ist. Gemäß § 914 ABGB sind Verträge so auszulegen, dass nicht das äußere Erscheinungsbild, sondern der wahre Wille der Parteien maßgebend ist. Vgl. dazu *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 17.

¹⁰³ Vgl. dazu auch *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 127.

Ob Arbeitskräfteüberlassung daher vorliegt, richtet sich daher nicht danach, wie die Beteiligten den wirtschaftlichen Vorgang bezeichnen. Bezeichnungen wie beispielsweise „Werkvertrag“, „Dienstvertrag“, „Geschäftsbesorgungsvertrag“, „Auftragsvertrag“ oder „Projekt“ haben daher lediglich Indizcharakter. Widersprechen daher die schriftlichen Vereinbarungen der tatsächlichen Durchführung der Verträge, so kommt es jedenfalls auf die tatsächliche Durchführung an.¹⁰⁴

3. Abgrenzung echte – unechte Arbeitskräfteüberlassung

Werden Arbeitnehmer, die normalerweise im Unternehmen des Dienstgebers ihre Beschäftigung ausüben, nur ausnahmsweise einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen, wird von echter Arbeitskräfteüberlassung¹⁰⁵ gesprochen. Hauptmerkmal der echten Arbeitskräfteüberlassung ist somit die Tatsache, dass die Überlassung der Arbeitskraft an den Entleiher nur vorübergehend und somit nicht gewerbsmäßig erfolgt. Da diese Form der Arbeitskräfteüberlassung eine Änderung des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher beinhaltet, muss die Zustimmung der Arbeitskraft vor dieser vorübergehenden Überlassung zwingend eingeholt werden.

Der wirtschaftliche Zweck der echten Arbeitskräfteüberlassung liegt einerseits in der Abdeckung eines kurzfristigen Personalengpasses bei einem Beschäftiger, andererseits bietet sie dem Entleiher, welcher über keine geeigneten Arbeitskräfte verfügt, die Möglichkeit, spezielle Arbeiten von solchen Arbeitskräften ausführen zu lassen. Grundlagen einer vorübergehenden Überlassung können auch ein Erfahrungsaustausch zwischen Unternehmen sein, die Weitergabe von Informationen unter befreundeten Unternehmen, aber auch die Überwachung von Tochterunternehmen durch Arbeitskräfte des Mutterunternehmens.

Im Gegensatz dazu wird die Bezeichnung unechte Arbeitskräfteüberlassung vielfach für die gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung verwendet. In diesem Fall hat der Dienstgeber nicht die Absicht, den Dienstnehmer im eigenen Betrieb zu

¹⁰⁴ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 127f.

¹⁰⁵ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 165.

beschäftigen, sondern stellt ihn nur ein, um Dritten kurzfristig mit einer Arbeitskraft auszuhelfen.

Bei der unechten Arbeitskräfteüberlassung muss die Zustimmung der Arbeitskraft zur Überlassung an Dritte bereits notwendigerweise bei Abschluss des Arbeitsvertrages vorliegen, weil diese ständige Überlassung ein Hauptmerkmal dieses Vertrages ist.¹⁰⁶

4. Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung von anderen Rechtsverhältnissen

a. Das mittelbare Arbeitsverhältnis

Definition

Unter einem mittelbaren Arbeitsverhältnis versteht man ein Rechtsverhältnis, bei dem ein Arbeitsvertrag von einer so genannten „Zwischenperson“ abgeschlossen wird, wobei diese die Arbeitsleistung nicht für sich, sondern für einen Dritten, bei dem sie selbst auch Arbeitnehmer ist, beansprucht.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Vgl. dazu *Geppert*, Das Leiharbeitsverhältnis in Theorie und Praxis, DRdA 1968, 127ff; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 165;

¹⁰⁷ Vgl. *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1977) 103; *Schwarz*, Zur Rechtsnatur des mittelbaren Arbeitsverhältnisses, DRdA 1953, 21ff.

Abgrenzung

*Geppert*¹⁰⁸ geht davon aus, dass sowohl das Arbeitskräfteüberlassungsverhältnis als auch das mittelbare Arbeitsverhältnis als besondere Gestaltungsformen des Arbeitsrechts angesehen werden, da auf sie die Normen des Arbeitsrechts Anwendung finden. Beide unterscheiden sich jedoch dadurch, dass die Zwischenperson bei mittelbarem Arbeitsverhältnis selbst Arbeitnehmer ist, im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung jedoch als selbstständiger Unternehmer auftritt. Andere Vertreter der Lehre, insbesondere der älteren Lehre, betrachten die Arbeitskräfteüberlassung als Erscheinungsform des mittelbaren Arbeitsverhältnisses.¹⁰⁹

Für *Floretta* ist die Arbeitskräfteüberlassung ein Unterfall des mittelbaren Arbeitsverhältnisses.¹¹⁰

Nach *Hueck*¹¹¹ und anderen Autoren besteht der Unterschied zwischen der Arbeitskräfteüberlassung und dem mittelbaren Arbeitsverhältnis in der Stellung der Zwischenperson. Der Überlasser ist selbstständiger Unternehmer und nicht Arbeitnehmer des Dritten. Gemeinsam wäre beiden Erscheinungsformen die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion. Anderer Ansicht ist *Schnorr*¹¹², der davon ausgeht, dass beim mittelbaren Arbeitsverhältnis die für die Überlassung typische Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses in ein arbeitsrechtliches Grundverhältnis und eine Unterstellung unter das Direktionsrecht des Beschäftigers fehlt. Auch findet seiner Ansicht nach im Rahmen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses keine Überlassung statt und die überlassene Arbeitskraft ist nur dem Überlasser zur Arbeitsleistung verpflichtet.

¹⁰⁸ Vgl. *Geppert*, Das Leiharbeitsverhältnis in Theorie und Praxis in DRdA (1969), 127ff.

¹⁰⁹ ZB *Maultaschl*, Der Dienstverschaffungsvertrag, in ÖJZ 1952, 1ff.

¹¹⁰ Vgl. *Floretta*, Handkommentar zum ArbVG, 658.

¹¹¹ Vgl. *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I⁷ 798.

¹¹² Vgl. *Schnorr*, DRdA 1972, 196.

b. Der Werkvertrag – Allgemeines

Beim Werkvertrag schließt ein Unternehmer mit einem anderem Unternehmer einen Vertrag ab, worin er sich verpflichtet, im Unternehmen des Werkbestellers bestimmte Arbeiten durchzuführen. Weiters wird vertraglich vereinbart, dass der Werkbesteller das erforderliche Werkzeug und die nötigen Materialien beistellt. Praktisches Anwendungsgebiet von Werkverträgen sind z.B. Bauhilfsarbeiten, die Wartung von Maschinen, Reinigungsarbeiten etc.¹¹³

Abgrenzung

Die exakte Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung vom Werkvertrag erscheint deshalb geboten, weil sich der Werkvertrag gut eignet, die Bestimmungen des AÜG zu umgehen. Der Werkvertrag wird zwar in den §§ 1151 und § 1165 bis 1171 ABGB geregelt, doch sind diese Bestimmungen grundsätzlich dispositives Recht und können daher beliebig abgedungen werden. Folglich ist eine weitgehende Annäherung des Werkvertrages an die Arbeitskräfteüberlassung möglich und damit einer Umgehung des AÜG Raum geschaffen.

Bei der Arbeitskräfteüberlassung schuldet der Überlasser dem Beschäftiger die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften, allerdings hat er nicht für den Erfolg der Leistung der überlassenen Arbeitskräfte einzustehen, sondern nur für ihre durchschnittliche berufliche und fachliche Qualifikation sowie deren Arbeitsbereitschaft.¹¹⁴

Beim Werkvertrag verpflichtet sich der Werkunternehmer gegenüber dem Besteller zur Herstellung eines bestimmten Erfolges. Es handelt sich um ein Zielschuldverhältnis, sodass der Werkvertrag mit Erfüllung, dh Herstellung des Werkes, endet. Der Werkunternehmer kann sich bei der Erfüllung seiner Verpflichtung so

¹¹³ Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001) 53f.

¹¹⁴ Vgl. OGH 12.4.1984, 8 Ob 576/83.

genannter Erfüllungsgehilfen bedienen, deren Fehler er allerdings zu vertreten hat.¹¹⁵

Um die Umgehung des AÜG durch andere vertragliche Konstruktionen, insbesondere Werkverträge, zu verhindern, schuf der Gesetzgeber im § 4 AÜG einen eigenen Beurteilungsmaßstab.¹¹⁶

Gemäß § 4 Abs 1 AÜG ist für das Vorliegen der Arbeitskräfteüberlassung „der wahre wirtschaftliche Sachverhalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend“. Auf keinen Fall soll der Abschluss von Werkverträgen erschwert oder verhindert werden, soweit er nicht missbräuchlich zur Umgehung des AÜG erfolgt.¹¹⁷ Ein weiter gehender Effekt als er ohnedies nach den Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts erreicht wird, wird dadurch nicht erreicht. Gemäß § 914 ABGB sind Verträge so auszulegen, dass nicht das äußere Erscheinungsbild, sondern der wahre Wille der Parteien maßgebend ist.

Es ist daher stets zu prüfen, ob die vertragliche Vereinbarung der Parteien mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt.¹¹⁸

Die Regelung des § 4 Abs. 2 AÜG

§ 4 Abs 2 AÜG befasst sich speziell mit dem Werkvertrag, der erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet.

Diese Norm besagt, dass Arbeitskräfteüberlassung auch dann vorliegt, wenn die Arbeitskräfte zwar in Erfüllung von Werkverträgen tätig werden, aber gewisse gesetzliche Merkmale vorliegen bzw. nicht vorliegen.¹¹⁹

¹¹⁵ Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹⁰ I (1995) 402.

¹¹⁶ Vgl. dazu näher Andexlinger, Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung, RdW 1988, 10.

¹¹⁷ Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001) 54.

¹¹⁸ Mazal, Arbeitskräfteüberlassung Vertragsmuster und Kommentar zum ArbeitskräfteüberlassungsG (1988) 17.

¹¹⁹ Vgl. § 4 Abs 2 AÜG.

Gemäß § 4 Abs 2 Zif.1 liegt Arbeitskräfteüberlassung auch dann vor, wenn das Werk der „Erfüllungsgehilfen“ den üblichen Arbeitsergebnissen des Bestellerbetriebes gleicht. Laut ErläutRV¹²⁰ stellt § 4 Abs 2 Z 1 AÜG darauf ab, dass von den „Erfüllungsgehilfen“ des Werkunternehmers entweder ein völlig eigenständiges Werk erbracht wird oder diese an der Herstellung eines Werkes mitwirken, das sich von allen im Bestellerbetrieb gewöhnlich erbrachten Leistung deutlich abhebt.

Weiters liegt Arbeitskräfteüberlassung gemäß § 4 Abs 2 Zif 2 AÜG vor, wenn die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers geleistet wird. E contrario ergibt sich, dass ein echter Werkvertrag nur dann vorliegen soll, wenn die „Erfüllungsgehilfen“ die Arbeit im Betrieb des Werkbestellers vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten. Laut ErläutRV¹²¹ ist hier aber ein sehr strenger Maßstab anzulegen, sodass nicht jede Benutzung von Geräten des Werkbestellers die Einstufung als Überlassung zur Folge haben soll und aus praktischen Gründen eine derartige Benutzung oft unvermeidlich ist und daher gestattet werden soll.

Die Verwendung des Materials und des Werkzeuges des Werkbestellers ist zwar ein Indiz für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung, doch müssen auch die anderen Merkmale des § 4 Abs 2 AÜG geprüft werden.

Gemäß Z 3 leg cit liegt Arbeitskräfteüberlassung dann vor, wenn die Arbeitskräfte organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterliegen. Aber auch diese Abgrenzung gilt nicht unbeschränkt. Aus den ErläutRV¹²² geht hervor, dass dennoch ein Werkvertrag vorliegt, wenn der Werkbesteller Weisungen erteilt, mit denen im Regelfall zu rechnen ist. § 4 Abs 2 Z 4 AÜG normiert, dass Arbeitskräfteüberlassung dann vorliegt, wenn der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.¹²³

Ob letztendlich ein Werkvertrag oder Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, wird differenziert gesehen. Manche Autoren sprechen sich für eine Gesamtbeurteilung

¹²⁰ ErläutRV 450 BlgNR 17.GP, 17f.

¹²¹ aaO.

¹²² aaO.

¹²³ Vgl. § 4 Abs 2 Z 4 AÜG.

aller maßgeblichen Kriterien aus.¹²⁴ Im Gegensatz dazu legt der VwGH¹²⁵ in seiner Rechtssprechung den § 4 AÜG eng aus. Demnach liegt Arbeitskräfteüberlassung bereits bei Erfüllung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals des § 4 Abs 2 AÜG vor.¹²⁶

c. Abgrenzung de Arbeitskräfteüberlassung vom Dienstvertrag

Wesentliches Merkmal des Arbeitsvertrages bildet die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Zu den Kriterien der persönlichen Abhängigkeit zählen die Einordnung in ein betriebliches Ordnungsgefüge, wie zB die Bindung des Arbeitnehmers hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort sowie seine Kontrolle. Ein weiteres Kriterium ist die Weisungsgebundenheit des Dienstnehmers.¹²⁷

Die Arbeitskräfteüberlassung unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag dadurch, dass sich der Überlasser dem Beschäftiger gegenüber nicht selbst zur Dienstleistung als Arbeitnehmer verpflichtet, sondern diesem die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung vertraglich zusichert.¹²⁸

d. Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung vom Dienstverschaffungsvertrag

Beim Dienstverschaffungsvertrag verpflichtet sich eine Person dem aus dem Vertrag Berechtigten gegenüber, diesem fremde Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen. Ein Dienstverhältnis wird nur zwischen dem Dienstverschaffenden und den zur Verfügung gestellten Arbeitskräften begründet.

¹²⁴ Vgl. *Grillberger*, Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, wbl (1988) 314; *Andexlinger*, Arbeitskräfteüberlassung im Wege eines Werkvertrages, ecolex (1997), 111.

¹²⁵ VwGH, 94/08/0178, ecolex (1997) 116.

¹²⁶ *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001) 58.

¹²⁷ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 121f; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹⁰ I 398f.

¹²⁸ Vgl. *Dittrich/Tades*³² § 1151 Rz E1.

Die Vereinbarung zwischen dem Dienstgeber und dem Dienstverschaffer wird als Dienstverschaffungsvertrag bezeichnet. Auf diesen Vertragstypus sind die allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts anzuwenden.¹²⁹

Erfolgt die Bereitstellung von Arbeitskräften durch einen Unternehmer, der dies gewerbsmäßig oder auch bloß gelegentlich besorgt, so liegt Arbeitskräfteüberlassung vor.

Die österreichische Lehre hat die Beziehung zwischen Überlasser und Beschäftiger bei der Arbeitskräfteüberlassung stets als Spezialfall des Dienstverschaffungsvertrages angesehen.¹³⁰

e. Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung von der Arbeitsvermittlung

§ 2 Abs 1 AMFG normiert, dass jede Tätigkeit, die darauf abzielt Arbeitssuchende und Dienstgeber zur Begründung von Dienstverhältnissen zusammenzuführen als Arbeitsvermittlung anzusehen ist. Arbeitsvermittlung liegt nicht vor, wenn diese Tätigkeit gelegentlich und unentgeltlich oder auf Einzelfälle beschränkt ausgeübt wird.¹³¹

Grundsätzlich wird die Arbeitsvermittlung vom Arbeitsmarktservice (AMS) durchgeführt. Das Vermittlungsmonopol der Arbeitsmarktverwaltung wurde durch die grundsätzliche Zulassung privater Arbeitsvermittlung am 1.7.1993 in Österreich gebrochen.¹³² Seit dem Jahr 2003 dürfen Unternehmen in Österreich neben der Arbeitskräfteüberlassung auch Arbeitsvermittlung betreiben (Konjunkturbelebungs-gesetz 2002, BGBl I 2002/68) und arbeiten vereinzelt bereits mit der regionalen Arbeitsmarktverwaltung zusammen.¹³³

¹²⁹ Vgl. *Maultaschl*, Der Dienstverschaffungsvertrag, ÖJZ 1955, 1 ff.

¹³⁰ ZB *Mazal*, AKÜ (1988) 59; *Tomandl* 1³ (1993) 204; Krejci in Rummel, Kommentar zum ABGB, Rz 131 zu § 1151.

¹³¹ Vgl. § 2 Abs 1 AMFG.

¹³² Vgl. *Dirschmied*, Grundsätze der privaten Arbeitsvermittlung gesetzlich fixiert, DRdA 1992, 73f.

¹³³ Vgl. *Klein*, Konjunkturbelebungs-gesetz 2002, ASoK 2002, 49; *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungs-gesetz² 25; *Wroblewski*, Leiharbeit in Österreich, 35.

Das AMFG regelt die Voraussetzungen, unter denen andere Einrichtungen und Personen zur Arbeitsvermittlung zugelassen werden können.¹³⁴

Jede Tätigkeit, welche auf Arbeitsvermittlung gerichtet ist, jedoch im AMFG oder anderen gesetzlichen Vorschriften keine Deckung findet, ist gemäß 2 Abs 5 AMFG verboten und als Verwaltungsübertretung¹³⁵ zu ahnden.

Eine Abgrenzung zwischen der Arbeitskräfteüberlassung und der Arbeitsvermittlung scheint deshalb geboten, da beide Institute die gleiche wirtschaftliche Funktion erfüllen. Sowohl bei der Arbeitskräfteüberlassung als auch bei der Arbeitsvermittlung werden Arbeitskräfte, die Arbeitsplätze suchen, beschäftigungsbereiten Unternehmern zugeführt, die sich ihrerseits zur Beschaffung der gewünschten Arbeitskräfte einer fremden Hilfe bedienen. Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung unterscheiden sich aber in rechtlicher Hinsicht. Im Gegensatz zur Arbeitsvermittlung sind bei der Arbeitskräfteüberlassung die Beziehungen zwischen den Beteiligten als Erfüllungsansprüche auf der Grundlage vertraglicher Beziehungen geregelt.¹³⁶ Die Inanspruchnahme der Arbeitsvermittlung erfolgt jedoch auf freiwilliger Basis.¹³⁷

Die Arbeitskräfteüberlassung wird jedoch dann zur Arbeitsvermittlung, wenn der Überlasser nicht die Pflichten eines Dienstgebers trägt. Gemeint sind damit die arbeits-, sozialversicherungs-, und steuerrechtlichen Pflichten, die sonst ein Dienstgeber zu erfüllen hat wie zB die Pflicht zur Entrichtung eines Entgeltes nach der Arbeitsleistung, die Entgeltfortzahlung im Krankheits- und Unglücksfall des Arbeitnehmers, die Bezahlung des Entgelts bei unverschuldeter Stehzeit der Arbeitskraft trotz Arbeitsbereitschaft, die Schaffung von Schutzvorkehrungen gegen Unfälle und Gesundheitsschäden, die Einhaltung von Ruhezeiten und Höchstausmaßes der Arbeitszeiten, die Gleichbehandlungspflicht usw.¹³⁸

Wird das wirtschaftliche Risiko durch den Überlasser gegenüber der Arbeitskraft nicht übernommen, weil Entgeltverlust oder Entgeltschmälerung während über-

¹³⁴ Vgl. § 4 Abs 1 Z 2 bis Z 4 AMFG.

¹³⁵ Vgl. § 48 AFMG.

¹³⁶ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001) 51f; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 183f.

¹³⁷ Vgl. § 3 Abs 1 Z 1 bis Z 3 AMFG.

¹³⁸ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 52.

lassungsfreier Zeiten eintritt oder weil der Überlasser sonstige Arbeitgeberpflichten nicht erfüllt, so liegt verbotene Arbeitsvermittlung gemäß § 2 Abs 5 AMFG vor.¹³⁹

5. Erscheinungsformen der Arbeitskräfteüberlassung

a. Gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung

Die gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung besteht darin, dass die überlassene Arbeitskraft ausschließlich zu dem Zweck eingestellt wird, an Dritte zur Erbringung von Arbeitsleistungen in deren Betrieb überlassen zu werden. Der Überlasser hat nicht die Absicht, die Arbeitsleistung der Arbeitskraft selbst in Anspruch zu nehmen. Der Unternehmenszweck solcher Unternehmen ist die Arbeitskräfteüberlassung, die gewerbsmäßig im Sinne der GewO erfolgt.¹⁴⁰ Es handelt sich um ein bewilligungspflichtiges, gebundenes Gewerbe gem. § 127 Z 19 iVm § 257 Abs 1 GewO, zu deren Ausübung es neben der österreichischen Staatsbürgerschaft und dem Wohnsitz im Inland, auch der Erbringung eines Befähigungsnachweises bedarf.¹⁴¹ Letzteres gilt nur für Staatsangehörige von EWR Vertragspartnern, da sie aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes Inländern grundsätzlich gleichgestellt sind.¹⁴² Ein in einem EU Staat ansässiger gewerblicher Arbeitskräfteüberlasser, der beabsichtigt Arbeitskräfte an österreichische Beschäftigterbetriebe zu überlassen, muss die Nachsicht von der Erbringung des österreichischen Befähigungsnachweises beantragen.¹⁴³ Die GewO sieht vor, dass die Nachsicht vom Befähigungsnachweis einem EU Bürger zu

¹³⁹ Vgl. OGH 7.10.1998, 9 Ob A 233/98z; OGH 27.1.1987, 14 Ob 224/86; OGH 27.1.1987, 14 Ob 180/86.

¹⁴⁰ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 31.

¹⁴¹ Vgl. § 258 Abs 1 GewO.

¹⁴² Vgl. §§ 373 f GewO.

¹⁴³ Vgl. *Sacherer*, aaO.

erteilen ist, wenn er bestimmte Nachsichtvoraussetzungen erfüllt und keine Ausschlussgründe vorliegen.¹⁴⁴

b. Überlassung durch gemischte Unternehmen

Die „gemischten“ Unternehmen sind Betriebe, die neben anderen gewerblichen Tätigkeiten einen Teil ihrer Belegschaft an Dritte überlassen. Ihr ausschließlicher Unternehmenszweck liegt daher nicht in der Überlassung von Arbeitskräften, dennoch betreiben sie diese gewerblich.¹⁴⁵

Kennzeichnend für diese Betriebe ist nach Geppert¹⁴⁶, dass sie über eigene

Produktions- und Bürostätten verfügen, in denen zumindest ein Teil der Belegschaft ständig beschäftigt werden kann. Entweder handelt es sich um Unternehmen mit einer organisatorisch selbstständigen Abteilung für Überlassungskräfte oder es wird regelmäßig ein Teil der Belegschaft jeder Abteilung anderen Gewerbetreibenden zur Verfügung gestellt.¹⁴⁷

c. Gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung

Für die gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung ist charakteristisch, dass die Arbeitskraft nur fallweise an einen Dritten überlassen wird. Die Arbeitskraft ist daher in der Regel im Betrieb ihres Arbeitgebers beschäftigt und wird – ihre Zustimmung vorausgesetzt – in Ausnahmefällen an Dritte überlassen.

¹⁴⁴ Vgl. § 373 c GewO.

¹⁴⁵ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 33; ebenso *Wachter*, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975, 53f.

¹⁴⁶ Vgl. *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung 25.

¹⁴⁷ Vgl. *Geppert*, aaO.

Die gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung wird nicht mit der Absicht der planmäßigen Wiederholung betrieben, sodass es an dem Kriterium der Regelmäßigkeit fehlt, welches für die „gemischten“ Unternehmen charakteristisch ist.¹⁴⁸

d. Überlassung im Zusammenhang mit Sachleistungen

Diese Form der Arbeitskräfteüberlassung findet sich im Zusammenhang mit der Vermietung bzw. beim Verleasen von teuren sowie komplizierten technischen Geräten. Der Eigentümer der Gerätschaften ist daran interessiert, dass diese nur vom eigenen bzw. eingeschulten Personal bedient und gewartet werden. Aufgrund der geringen Gefahr der Ausbeutung der Arbeitskräfte sind diese Sachverhalte vom Anwendungsbereich des AÜG ausgenommen.¹⁴⁹

Im Schrifttum besteht hinsichtlich der Zuordnung der Überlassung von Arbeitsgeräten zusammen mit dem Bedienungspersonal keine Übereinstimmung. *Müller*¹⁵⁰ zählt diesen Sachverhalt deshalb nicht zur Arbeitskräfteüberlassung, weil seiner Meinung nach der Schwerpunkt nicht in der Überlassung der Arbeitskräfte, sondern in der Zurverfügungstellung des technischen Gerätes liege.

e. Überlassung zur Erfüllung sozialer Aufgaben

Bei dieser Form der Arbeitskräfteüberlassung stehen soziale Motive im Vordergrund. Oft werden von karitativen Einrichtungen oder von Gebietskörperschaften Personen zu dem Zweck eingestellt, diese bei Bedarf in Haushalten von Dritten arbeiten zu lassen. Die Zurverfügungstellung des Personals erfolgt aber nicht in Gewinnabsicht. Da die Erzielung kostendeckender Einnahmen keine Gewinnabsicht begründet, liegen die Voraussetzungen für Gewerbsmäßigkeit nicht vor.¹⁵¹

¹⁴⁸ Vgl. *Geppert*, aaO 26.

¹⁴⁹ *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 35.

¹⁵⁰ *Müller*, Das Leiharbeitsverhältnis, ZAS 1968,80.

¹⁵¹ *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung 31.

§ 1 Abs 2 Z 6 AÜG normiert, dass die Überlassung von Arbeitskräften im Rahmen sozialer Dienste öffentlich oder öffentlich geförderter Einrichtungen vom Geltungsbereich der Abschnitte II bis IV des AÜG ausgenommen ist.¹⁵²

Der Ausnahmetatbestand soll jedoch nur dann gegeben sein, wenn die sozialen Ziele ausdrückliches Förderungsziel sind.

III. Die an der Arbeitskräfteüberlassung beteiligten Personen

1. Begriffsdefinitionen gemäß AÜG

In der Praxis haben sich vor dem Inkrafttreten des AÜG verschiedene Begriffe für die große Formenvielfalt der Arbeitskräfteüberlassung gebildet. Der Gesetzgeber hat dieser Begriffsvielfalt ein Ende gesetzt und eine terminologische Klarstellung dadurch herbeigeführt, dass für die an der Arbeitskräfteüberlassung beteiligten drei Personen Legaldefinitionen geschaffen wurden.¹⁵³

Gemäß § 3 Abs 2 AÜG ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte verpflichtet. Abs 3 leg cit normiert, dass Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

Arbeitskräfte werden definiert als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen. Als arbeitnehmerähnliche Personen werden solche definiert, die ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.¹⁵⁴

Nicht definiert wurden vom Gesetzgeber die Rechtsverhältnisse zwischen diesen an der Arbeitskräfteüberlassung beteiligten Personen. Geht man jedoch von den im Gesetz festgelegten Begriffen aus, ist es sinnvoll, das Rechtsverhältnis zwi-

¹⁵² Vgl. § 1 Abs 2 Z 6 AÜG.

¹⁵³ Vgl. *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 11.

¹⁵⁴ Vgl. § 3 Abs 4 AÜG.

schen der Arbeitskraft und dem Überlasser als Arbeitsverhältnis, das Rechtsverhältnis zwischen der Arbeitskraft und dem Beschäftiger als Beschäftigungsverhältnis und das Rechtsverhältnis zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger als Überlassungsverhältnis zu bezeichnen.¹⁵⁵

2. Vertragsbeziehung zwischen Überlasser und Arbeitskraft

Maßgebliches Charakteristikum für die Arbeitskräfteüberlassung ist, dass zwischen Überlasser und Arbeitskraft – sofern es sich um einen Arbeitnehmer handelt - ein Arbeitsvertrag¹⁵⁶ vorliegt.¹⁵⁷ Das zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Arbeitsverhältnis ist nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften zu beurteilen.¹⁵⁸

Wesentliches Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft¹⁵⁹ ist die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers. *Schwarz/Löschnigg*¹⁶⁰ nennt als wesentliche Merkmale der persönlichen Abhängigkeit die Einordnung in den betrieblichen Ordnungsbereich, also die Bindung hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsabfolge, sowie die Weisungsgebundenheit und disziplinarische Verantwortung des Mitarbeiters. Keine Relevanz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses haben Merkmale wie die Anmeldung zur Sozialversicherung¹⁶¹, Entgeltlichkeit, Lohnsteuerabzug oder die Bezeichnung des Vertrages als Arbeitsvertrag.¹⁶²

Entscheidend für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit ist, dass die Merkmale, die das Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit indizieren, im Ge-

¹⁵⁵ Vgl. *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1988) 15f; so auch *Schnorr*, Die gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung 6.

¹⁵⁶ Vgl. § 1151 Abs 1 ABGB.

¹⁵⁷ Vgl. dazu OGH 10.10.1990, 9 Ob A 602/90; OGH 16.6.1992, 4 Ob 138/91; OGH 29.1.2003; 7 304/02k; OGH 19.12.2007; 9 Ob A 125/07h.

¹⁵⁸ Vgl. *Leutner/Schwarz/Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 68.

¹⁵⁹ Vgl. allgemein zum Arbeitnehmerbegriff *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (Wien – New York 1971).

¹⁶⁰ Vgl. *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht, 141.

¹⁶¹ Gemäß § 539a Abs 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Dienstvertrag, Werkvertrag) maßgebend.

sambild des Beschäftigungsverhältnisses nach Gewicht und Bedeutung gegenüber Merkmalen, die für persönliche Selbstständigkeit sprechen, überwiegen.¹⁶³ Die Vertragsbezeichnung (zB Werkvertrag) hat dabei nur eine beschränkte Aussagekraft. Wenn entgegen der Vertragsbezeichnung die Einzelmerkmale des Rechtsverhältnisses auf einen Arbeitsvertrag hinweisen, so ist der Vertrag dennoch als Arbeitsvertrag im Sinne von § 1151 ABGB anzusehen und der Beschäftigte als Arbeitnehmer zu behandeln.¹⁶⁴

Die Arbeitsverpflichtung der überlassenen Arbeitskraft besteht in der Erbringung von Arbeitsleistungen im Betrieb des Beschäftigers. Ein Erfüllungsanspruch des Beschäftigers besteht nur gegenüber dem Überlasser, nicht jedoch gegenüber der überlassenen Arbeitskraft.¹⁶⁵

a. Arbeitnehmerähnliche Personen als Arbeitskraft

Die Formulierung des AÜG stellt allgemein auf das Vorliegen einer vertraglichen Beziehung zwischen Überlasser und Arbeitskraft ab. Aus den Legaldefinitionen ergibt sich aber, dass der Vertrag zwischen Überlasser und Arbeitskraft entweder ein Arbeitsvertrag, ein Werkvertrag oder freier Dienstvertrag sein kann.¹⁶⁶ Zweck der Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen Verhältnisse ist laut ErläutRV¹⁶⁷ eine Vermeidung der Umgehung der Vorschriften des AÜG durch ein Ausweichen der Vertragsbeziehungen, die kein Arbeitsverhältnis, sondern nur ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis begründen.

Die Umschreibung der Arbeitnehmerähnlichkeit orientiert sich dabei an der in § 51 Abs 3 Z 2 ASGG enthaltenen Definition. Demnach ist als eine arbeitnehmer-

¹⁶² Vgl. *Schwarz/Löschnigg*, aaO.

¹⁶³ Vgl. OGH 2.6.1999, RdW 1999, 671.

¹⁶⁴ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 115.

¹⁶⁵ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 28.

¹⁶⁶ Vgl. § 3 Abs 4 AÜG.

¹⁶⁷ ErläutRV 1590 BlgNR 18.GP,76.

ähnliche Person jene anzusehen, die nicht persönlich, wohl aber wirtschaftlich abhängig tätig ist.¹⁶⁸

Charakteristisch für den Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit ist daher, dass an sich kein Arbeitsverhältnis vorliegt (Fehlen der persönlichen Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit, Einordnung in den Betrieb), jedoch die Kriterien fremdbestimmter Arbeit überwiegen (wirtschaftliche Abhängigkeit) in erheblichen Umfang gegeben sind. Arbeitnehmerähnliche Verhältnisse werden nicht durch Arbeitsvertrag, sondern andere vertragliche Beziehungen, wie zB „freie Mitarbeit“, „Bevollmächtigungsvertrag“, „Konsulentenvertrag“ usw begründet.¹⁶⁹

b. Der Begriff der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit

Der entscheidende Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit ist die wirtschaftliche Unselbstständigkeit. Sie darf mit dem Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht vermennt werden. Eine wirtschaftlich unselbstständige Person muss nicht unbedingt wirtschaftlich abhängig sein.¹⁷⁰ Der Begriff der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit ist laut *Kuderna*¹⁷¹ als Gegenstück zu jenem des wirtschaftlich unselbstständigen Unternehmers zu verstehen. Die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des zur Arbeit Verpflichteten muss in Bezug auf den betreffenden Arbeitgeber und nicht allgemein bestehen. Entscheidend daher ist das durch den schuldrechtlichen Vertrag näher bestimmte Rechtsverhältnis und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten. Entsteht für den Verpflichteten eine wirtschaftliche Lage wie sie für Arbeitnehmer typisch ist, jedoch ohne, dass die persönliche Abhängigkeit so weit geht, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt, dann sind die Voraussetzungen der Arbeitnehmerähnlichkeit erfüllt.¹⁷²

¹⁶⁸ *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² (2006) 117, Vgl. auch allgemein zum Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit, *Wachter*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980) 93 ff.

¹⁶⁹ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 153f; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 72.

¹⁷⁰ Vgl. *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 44.

¹⁷¹ Vgl. *Kuderna*, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz² (1996) 330ff.

¹⁷² Vgl. *Kuderna*, aaO.

Insgesamt ist der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person wegen der sozialen Schutzbedürftigkeit dieser Personengruppe weit auszulegen und eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen.¹⁷³

3. Vertragsbeziehung zwischen Überlasser und Beschäftiger

Über die rechtliche Qualifikation der vertraglichen Beziehungen zwischen Überlasser und Beschäftiger war sich die Lehre lange Zeit nicht einig.¹⁷⁴ Heute geht man von einem Spezialfall des Dienstverschaffungsvertrages aus.¹⁷⁵ Dieser steht dem Werkvertrag insofern nahe, wenn man in der Zurverfügungstellung bestimmter Personen ein „Werk“ sieht.

Der Überlasser verpflichtet sich nur zur Zurverfügungstellung arbeitsbereiter Dienstnehmer. Der Überlasser hat daher nur für eine durchschnittliche berufliche oder fachliche Qualifikation und die Arbeitsbereitschaft der von ihm zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte einzustehen. Er haftet aber nicht für schlechte Arbeitsleistungen der überlassenen Arbeitskräfte.

Das Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftiger kann unterschiedlich konstruiert sein.¹⁷⁶

4. Vertragsbeziehung zwischen Beschäftiger und Arbeitskraft

Charakteristisch für die Arbeitskräfteüberlassung ist, dass zwischen dem Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskraft keine arbeitsvertragliche Bindung vorliegt, sondern nur eine faktische Beziehung. Gemäß § 5 Abs 1 AÜG werden die Pflichten des Arbeitgebers, insbesondere die sozialversicherungsrechtlichen Vorschrif-

¹⁷³ DE zum AÜG ZI 36.902/2-2/88,12.

¹⁷⁴ Vgl. *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1977) 105f.

¹⁷⁵ 7 Ob 536/91, *ecolex* 1991, 798; OGH 10.10.1990; 9 Ob A 602/90; OGH 16.6.1992; 4 Ob 138/91; OGH 29.1.2003; 7 Ob 304/02k; OGH 19.12.2007; 9 Ob A 125/07h.

¹⁷⁶ *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001) 28.

ten durch die Überlassung nicht berührt.¹⁷⁷ Mit Arbeitgeber ist hier der Überlasser gemeint. Den Überlasser treffen daher sämtliche mit dem Bestand, der Änderung und der Auflösung des Dienstverhältnisses zusammenhängende Rechten und Pflichten. Darunter fallen zum Beispiel die Pflicht zur Zahlung des Entgelts, Gewährung von Pflegefreistellung sowie Urlaub, aber auch die rechtlichen Möglichkeiten zur Beendigung des Dienstverhältnisses.¹⁷⁸

Eine Ausnahme bildet seit kurzem die Meldung von Arbeitsunfällen im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung. Gemäß § 363 Abs 1 ASVG haben die Dienstgeber jeden Arbeitsunfall binnen fünf Tagen dem zuständigen Träger der Unfallversicherung zu melden.

Im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung war nach bisheriger Rechtslage der Überlasser – mit Ausnahme der grenzüberschreitenden Überlassung¹⁷⁹ - in seiner Funktion als Dienstgeber verpflichtet die Meldepflicht nach § 363 Abs 1 ASVG wahrzunehmen. Ab 1.7.2006 ist nunmehr der Beschäftiger verpflichtet bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten die Meldung an den Unfallversicherungsträger zu erstatten¹⁸⁰. Dies ist insofern sinnvoll, da der Beschäftiger im Gegensatz den Unfallhergang bzw. die Ursache der Berufskrankheit kennt während der Überlasser die diesbezüglichen Informationen nur von Dritten erhält.

Gewisse Arbeitgeberpflichten treffen auch den Beschäftiger. So nimmt der Beschäftiger gegenüber der überlassenen Arbeitskraft das Weisungs- und Direktionsrecht wahr, welches beim normalen zweipersonalen Arbeitsverhältnis nur dem rechtlichen Arbeitgeber zusteht.¹⁸¹ Das ergibt sich zwangsläufig daraus, dass die Arbeitskraft in den Betrieb des Beschäftigers eingegliedert ist und auch dort ihre Arbeitsleistung erbringt. Das Weisungsrecht des Überlasser bleibt insofern aufrecht, da er die überlassene Arbeitskraft in Erfüllung seiner Fürsorgepflicht gemäß § 6 Abs 4 AÜG aus dem Beschäftigerbetrieb abziehen muss, sobald er weiß

¹⁷⁷ Leutner/Scharz/Zinzel, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989) 82ff.

¹⁷⁸ Vgl. Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 29; ebenso Leutner/Schwarz/Zinzel, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 69.

¹⁷⁹ Vgl. § 35 Abs 2 letzter Satz ASVG iVm § 3 Abs 3 vorletzter Satz ASVG.

¹⁸⁰ ARD 5071 4.8.2006.

¹⁸¹ Vgl. Krejci in Rummel, ABGB, Rz 132 zu § 151 ABGB.

oder wissen muss, dass der Beschäftigte trotz Aufforderung die Arbeitnehmerschutz- oder die Fürsorgepflichten nicht einhält.¹⁸²

5. Rechtsstellung der beteiligten Personen zueinander

Die dogmatische Einordnung der möglichen Verträge zwischen Überlasser und Beschäftigter, insbesondere aber die Aufteilung der Rechte und Pflichten als Arbeitgeber gegenüber der Arbeitskraft wurde bis dato durch verschiedene Modelle zu erklären versucht. Im Schrifttum wurden daher verschiedene Konstruktionsalternativen betreffend die Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen zwischen Überlasser und Beschäftigter diskutiert, auf welche im folgendem näher eingegangen werden soll:

a. Delegation von Arbeitgeberfunktionen

Die Rechtsposition des Arbeitgebers kann rechtsgeschäftlich zur Ausübung an Dritte, in concreto den Beschäftigten, übertragen werden. Bei diesem Modell wird die Weisungsbefugnis des Überlassers durch Bevollmächtigung an den Beschäftigten übertragen. Der Beschäftigte agiert aus einer vom Überlasser abgeleiteten Rechtsposition und handelt daher im Namen vom Überlasser. Voraussetzung für eine derartige Bevollmächtigung ist, dass diese Vertretungsfunktion des Beschäftigten gegenüber der Arbeitskraft offen gelegt wird.

Der Vorteil dieses Modells wird darin gesehen, dass eine Zustimmung der Arbeitskraft zu diesem rechtsgeschäftlichen Übergang von Arbeitgeberfunktionen nicht erforderlich ist. Das Erfordernis der Zustimmung ist seit Inkrafttreten des AÜG insofern hinfällig, da zusätzlich zur Vorwegzustimmung in der Grundvereinbarung gemäß § 2 Abs 2 AÜG für jede Überlassung der Arbeitskraft deren ausdrückliche Zustimmung erforderlich ist.

¹⁸² Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 29.

Als problematisch wird bei diesem Modell gesehen, dass bei der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung die Rechtsmacht vom Überlasser zwar übertragen, jedoch nicht aufgegeben wird, sodass es in Extremfall zu schwierigen Konfliktsituationen für die Arbeitskraft kommen kann. Zur Vermeidung von solchen Konflikten ist es daher dringend angeraten im Überlassungsvertrag die Befugnisse von Überlasser und Beschäftiger durch entsprechende Vertragsklauseln klar zu formulieren.¹⁸³ *Krejci*¹⁸⁴ äußert gegen dieses Modell insofern seine Bedenken, da der Beschäftiger zB bei der Erteilung von Weisungen nicht aus eigenem Recht handle, obwohl er eigene Interessen verfolgt. Für den Beschäftiger wird in der Praxis wohl wichtiger sein, dass die Arbeitskraft die Weisungen befolgt und nicht die Art der Rechtsposition.

b. Überlassung von Arbeitgeberfunktionen zur Ausübung in eigenem Interesse

Während beim Modell der bloßen Delegation der Beschäftiger bloße Vertreterfunktion innehat, entspricht dieses Modell den Erfordernissen der Eigenberechtigung und der Selbstverantwortung des Beschäftigers als eines an der Arbeitskräfteüberlassung Beteiligten.

Der Überlasser kann seine Rechtsposition aus dem Arbeitsverhältnis rechtsgeschäftlich zur zur Ausübung an einen Dritten übertragen. Mit dem Modell der Überlassung von Arbeitgeberfunktionen im eigenen Interesse, werden nicht bloß Arbeitgeberbefugnisse im Sinne der Stellvertretung delegiert, sondern es werden dem Beschäftiger für den Zeitraum der Überlassung der Arbeitskraft Arbeitgeberbefugnisse zur Ausübung in seinem eigenen Interesse übertragen.

Der wirtschaftlichen Situation des Beschäftigers wird mit dieser Konstruktion insofern entsprochen, als dieser die Arbeitskraft in Verfolgung eigener Interessen einsetzt. Der Beschäftiger übt damit nicht nur ein Weisungsrecht für den Überlas-

¹⁸³ Vgl. *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung: Vertragsmuster und Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1988) 62.

¹⁸⁴ Vgl. *Krejci*, Arbeitsrechtliche Probleme der Bau-ARGE, in: *Krejci* (Hrsg), Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft (1979) 126ff.

ser aus, sondern ist in seiner Disposition über die zur Verfügung gestellte Arbeitskraft frei.

Bedingt durch das Wesen der Arbeitskräfteüberlassung als Dreiecksverhältnis ist zu berücksichtigen, dass der Überlasser weiterhin die Akte, die der Beschäftigte kraft Delegation ausüben kann, selbst in gleicher Weise setzen kann. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit im Überlassungsvertrag die Befugnisse von Überlasser und Beschäftigter durch entsprechende Vertragsklauseln klar zu regeln.¹⁸⁵

c. Vertragsbeitritt

Bei diesem Modell nimmt der Beschäftigte die Rechte des Überlassers als Arbeitgeber im eigenen Namen wahr. Einigkeit besteht darüber, dass die Zustimmung der Arbeitskraft zum Vertragsbeitritt des Beschäftigten notwendig ist.¹⁸⁶ Das Zustimmungserfordernis ist durch die Bestimmungen des AÜG insofern sichergestellt, als § 2 Abs 2 iVm § 12 AÜG gewährleistet, dass die Arbeitskraft keinem Beschäftigten überlassen wird, für den sie nicht tätig werden will.

Bedenken gegen diese Modell wurden in der Hinsicht geäußert, dass ein Beschäftigter sich gerade deshalb einer überlassenen Arbeitskraft bedienen will, um gerade kein Arbeitsverhältnis, welches arbeitsvertragliche Pflichten eines Arbeitgebers nach sich zieht, eingehen zu müssen. Der Beschäftigte will in der Regel nur ein Arbeitgeber mit ganz bestimmten Rechten und Pflichten sein.

d. Abtretung von Dienstansprüchen bei gleichzeitiger Schuldübernahme

Mit Zustimmung der Arbeitskraft erhält der Beschäftigte hinsichtlich des Anspruches auf die Dienstleistung der Arbeitskraft volle Rechtsmacht. Der Beschäftigte agiert somit im eigenen Namen, da der Überlasser seine Rechtsmacht als Arbeit-

¹⁸⁵ Mazal, Arbeitskräfteüberlassung (1988) 61.

¹⁸⁶ Schon vor dem Inkrafttreten des AÜG wurde das Zustimmungserfordernis der Arbeitskraft zum Vertragsbeitritt bejaht; Vgl. Krejci, Betriebsübergang 172ff.

geber aufgegeben hat. Die erforderliche Zustimmung der Arbeitskraft zur Abtretung des Anspruches auf die Dienstleistung ergibt sich aus § 1153 Abs 1 ABGB, gemäß welchem der Anspruch auf die Dienste nicht übertragbar ist, sofern sich aus dem Dienstvertrag oder aus den Umständen nichts anderes ergibt.

Gegen dieses Modell wurde eingewendet, dass die Arbeitskraft in Konfliktsituationen geraten könne, zB dann wenn der Beschäftigte und der Überlasser unterschiedliche Weisungen erteilen. Zur Streitvermeidung ist daher die Reichweite der Abgrenzung exakt vorzunehmen.

Eine Übernahme von Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis durch den Beschäftigten ist nur dann möglich, wenn zwingende gesetzliche Bestimmungen nicht umgangen werden. So ist gemäß § 5 Abs 1 AÜG der Beschäftigte Arbeitgeber im sozialversicherungsrechtlichen Sinn. Eine Abtretung dieser Verpflichtung kommt daher nicht in Betracht.¹⁸⁷

e. Vertragsübernahme

Mit dem Modell der Vertragsübernahme, dass zwingend die Zustimmung aller Beteiligten erfordert, sollen dem Beschäftigten die vertragsunmittelbaren Gestaltungsrechte zukommen und es soll der Beschäftigte neuer Arbeitgeber in einem bereits bestehendem Arbeitsverhältnis werden. Bei diesem Modell erlischt daher die Stellung des Überlassers als Arbeitgeber. Die Vertragsübernahme wirkt ex nunc, welche Regelung vor allem für die Haftungsfrage der Arbeitgeber von Bedeutung ist. So muss der Überlasser sämtliche Verpflichtungen bis zum Stichtag gegenüber der Arbeitskraft erfüllen.

Mazal sieht diese Aufgabe des für die Arbeitnehmerüberlassung typischen Dreiecksverhältnisses als insofern problematisch an, als dadurch ein gewisser Schutzzweck für die Arbeitskraft verloren geht. Während im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung der Überlasser als Adressat wesentlicher Schutzbestimmungen für die

¹⁸⁷ Vgl. *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung, Vertragsmuster und Kommentar zum AÜG, 63.

Arbeitskraft konstant bleibt, steht im Falle einer Vertragsübernahme der Dienstnehmer wechselnden Beschäftigten gegenüber.¹⁸⁸

f. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Dieses Modell wurde in der Lehre als taugliches Erklärungsmodell angesehen. Der Vertrag zwischen Überlasser und Arbeitskraft soll Rechte des Beschäftigten und zwar durch Einhalten der Verschwiegenheits- und sonstigen Sorgfaltspflichten durch die Arbeitskraft, entfalten. Der Vertrag zwischen Überlasser und Beschäftigter begründet Rechte der Arbeitskraft und zwar aufgrund der Fürsorgepflicht des Beschäftigten.¹⁸⁹

Durch das Inkrafttreten des AÜG, insbesondere der Bestimmungen über die Pflichten des Beschäftigten für die Dauer der Entsendung, hat dieses Modell weitgehend an Bedeutung verloren.

g. These vom Doppelarbeitsverhältnis

Bei der These vom Doppelarbeitsverhältnis begründet der Beschäftigte ein eigenständiges Arbeitsverhältnis mit der Arbeitskraft, welches neben dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitskraft und Überlasser besteht. Diese These diente in der Zeit vor Inkrafttreten des AÜG dazu um eine Fürsorgepflicht des Beschäftigten gegenüber der überlassenen Arbeitskraft zu begründen. Dies ist nunmehr durch die Regelung des § 6 Abs 3 AÜG, welcher eine ausdrückliche Fürsorgepflicht des Beschäftigten normiert, hinfällig, sodass die Bedeutung dieser These nur mehr in einer theoretischen Funktion liegt.¹⁹⁰

¹⁸⁸ aaO.

¹⁸⁹ Floretta/Spielbühler, Individualarbeitsrecht³ I, (1988)122.

¹⁹⁰ Vgl. ebda.

h. Vertrag zugunsten Dritter

Für den Bereich der gelegentlich ausgeübten Arbeitsüberlassung wurde zwecks Begründung der Weisungsbefugnis des Beschäftigers das Institut des unechten Vertrages zugunsten Dritter herangezogen. Danach sind die Weisungen des Beschäftigers solche des Überlassers. Es handelt sich beim Vertrag zugunsten Dritter um das einzige Modell, das die legitimen Interessen der Arbeitskraft in der Frage der Weisungszuständigkeit bei Konfliktfällen klären sollte.

Teil 2 Beendigung von Dienstverhältnissen: Grundlagen, Zeitablauf, Tod

I. Allgemeines zur Beendigung von Dienstverhältnissen

Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen gehört zu jenen Sachbereichen des Arbeitsrechtes, die infolge ihrer sozialpolitischen Sensibilität nicht nur sehr komplexe Regelungen erfahren haben, insbesondere in Richtung Beschränkung der arbeitgeberseitigen Beendbarkeit und Beendigungen, sondern die auch von allen arbeitsrechtlichen Materien am stärksten durchjudiziert sind. Das Beenden von Dienstverhältnissen ist von erheblicher betrieblicher bzw. persönlicher wirtschaftlicher Bedeutung und überdies oft mit emotional kritischen Situationen verbunden, sodass die Gerichte hier eher als im aufrechten Dienstverhältnis angerufen werden. Dazu kommt, dass Beendigungsgründe zu beweisen sowie angesichts der Vielfalt von Betriebs- und Lebenssituationen naturgemäß unscharf gefasst sein müssen und daher stark auslegungsbedürftig sind. Vor allem aber hängen beachtliche finanzielle Ansprüche wie die Abfertigung¹⁹¹ oder direkte Betriebspensionen von der Beendigungsart ab, weshalb der Beendigungsmodus oft wichtiger als die Beendigung als solche ist.¹⁹²

¹⁹¹ Für Dienstverhältnisse, deren vertraglicher vereinbarten Beginn nach dem 31.12.2002 liegt gilt das neue Abfertigungsrecht, welches eine Besserstellung der Arbeitnehmer, zumindest im Hinblick auf die Abfertigung mit sich bringt.

¹⁹² Vgl. *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht³ (2006), 252.

II. Befristete Dienstverhältnisse

1. Allgemeines

Befristete Dienstverhältnisse sind Arbeitsverhältnisse, die durch Zeitablauf enden. Normen bezüglich befristeter Arbeitsverhältnisse finden sich in zahlreichen Gesetzen.¹⁹³

Die Gründe für den Abschluss befristeter Dienstverhältnisse sind ziemlich vielfältig. Das klassische Motiv für die Befristung von Dienstverhältnissen ist die Möglichkeit der Erprobung von Arbeitskräften über einen längeren Zeitraum. Des Weiteren sind Befristungen in Saisongewerben wie zum Beispiel Baugewerbe, Landwirtschaft und in Gaststättenbetrieben durchaus üblich, da in diesen Bereichen zu bestimmten Jahreszeiten verstärkt Arbeit anfällt. Ferner ist die Gruppe von Saisonverträgen mit Musikern, Schauspielern, Sängern, Tänzern usw. zu nennen. Befristete Dienstverträge werden auch sehr oft zur Vertretung von Arbeitskräften abgeschlossen. Typische Vertretungsfälle sind unter anderem der Karenzurlaub, die Ableistung des Präsenz- bzw. Zivildienstes, der Krankenstand und Urlaub von Arbeitnehmern.¹⁹⁴

Eine Befristung muss ausdrücklich vereinbart werden. Eine automatische Befristung eines Angestellten- oder Arbeiterdienstverhältnisses gibt es nicht. Ausgenommen sind die Lehrverhältnisse, die immer Dienstverhältnisse auf die vorgesehene Dauer des Lehrverhältnisses sind.¹⁹⁵

Was die zeitliche Dauer der Befristung betrifft, so kann diese kalendermäßig fixiert sein oder an ein bestimmtes Ereignis anknüpfen, dessen Eintritt zum Zeit-

¹⁹³ Vgl. § 1158 Abs 1 ABGB, § 19 Abs 1 AngG, § 18 Abs 1 HausbG, § 13 Abs 1 HGHAG, § 29 Abs 2 SchauSpG, § 4 Abs 3 und 4 sowie § 30 VBG, § 16 Abs 1 GAngG, § 27 Abs 1 LArbG, § 11 Abs 2 AÜG, § 10 a MschG.

¹⁹⁴ Singer, Befristete Arbeitsverhältnisse in Österreich und im EU-Bereich, (1996) 6.

¹⁹⁵ Vgl. Schrank/Mazal, Arbeitsrecht³ 266; Rummel, Kommentar zum ABGB § 1158, RZ 6.

punkt der Vereinbarung feststeht. Nach einhelliger Rechtssprechung¹⁹⁶ und auch hL¹⁹⁷ ist es ausreichend, wenn der Endzeitpunkt objektiv feststellbar ist und der willkürlichen Beeinflussung durch die Parteien entzogen ist.

Eine Anzahl von Kollektivverträgen¹⁹⁸ lässt die Annahme eines befristeten Dienstverhältnisses nur dann zu, wenn der Tag des Beginns und der Beendigung kalendermäßig fixiert sind.¹⁹⁹

Wird nach Ablauf der Befristung weitergearbeitet, ohne, dass eine weitere zeitliche Begrenzung festgelegt wird, ist davon auszugehen, dass nunmehr ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis vorliegt.²⁰⁰

In der österreichischen Rechtsordnung sind der Dauer von Befristungen nach oben hin grundsätzlich keine Grenzen gesetzt. Spezielle Regelungen für Befristungen über fünf Jahre bzw. Befristungen auf Lebenszeit beinhalten die §§ 1158 Abs 3 ABGB, § 21 AngG sowie § 18 GAngG. Diese Bestimmungen normieren, dass ein für die Lebenszeit einer Person oder für länger als fünf Jahre vereinbartes Dienstverhältnis vom Dienstnehmer nach Ablauf von fünf Jahren unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten gekündigt werden kann. Durch diese Kündigungsmöglichkeit wird dafür Sorge getragen, dass der Arbeitnehmer nicht für immer oder längere Zeit in seiner Erwerbstätigkeit geknebelt ist. Dem Arbeitgeber selber steht ein Kündigungsrecht nicht zu. Da das Gesetz nicht von einer bestimmten Person spricht, ist davon auszugehen, dass hier nicht nur die Lebenszeit des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers, sondern auch die dritter Personen gemeint sein kann.²⁰¹ In der Praxis werden mE nach derartig lang befristete Dienstverhältnisse eher selten vorkommen.

¹⁹⁶ Vgl. OGH 4.5.1994, Arb 11.185; OGH 14.9.1994, Arb 11.242; OGH 25.9.1991, 9 Ob A 158/91; OGH 26.2.1985, 4 Ob 183/82.

¹⁹⁷ Vgl. *Mayer-Maly*, Neue Probleme bei der Befristung von Dienstverhältnissen, in FS Strasser 94; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 50; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 210; *Schrammel*, Resolutivbedingung im Arbeitsverhältnis, ZAS 1984, 221.

¹⁹⁸ So zB der Kollektivvertrag für das Hotel- und Gastgewerbe; Vgl. dazu OGH 8.3.1997; 4 Ob 14/77; OGH 30.8.1989, 9 Ob A232/89; OGH 9.12.1998, 9 Ob A 242/98y; OGH 13.3.2002; 9 Ob A 55/02g.

¹⁹⁹ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 210.

²⁰⁰ Vgl. OGH 3.4.1984, infas A31/85.

²⁰¹ *Martinek/Schwarz*, Angestelltengesetz⁶ 434.

2. Befristete Arbeitsverhältnisse und Kündigungsmöglichkeit

Die Rechtsfrage, ob befristete Dienstverhältnisse auch durch Kündigung beendet werden können, wird von diversen Autoren unterschiedlich beantwortet. *Heinrich*²⁰² und *Löschnigg*²⁰³ lehnen eine derartige Vertragsgestaltung prinzipiell ab. *Heinrich* begründet dies damit, dass die Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit gegen die zwingenden Bestimmungen²⁰⁴ des § 1158 Abs 1 ABGB und des § 19 Abs 1 AngG²⁰⁵ verstößt, wobei er den § 19 Abs 1 AngG²⁰⁶ aufgrund einer Analogie zu den Bestimmungen des ABGB als zweiseitig zwingende Norm ansieht. Außerdem würde seiner Ansicht nach diese Vertragsgestaltung den Zweck befristeter Arbeitsverhältnisse unterlaufen, den Vertragspartnern ein gewisses Maß an Bestandsschutz zu gewähren.

ME ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen, da in der Praxis die Vertragsform des befristeten Dienstverhältnisses insbesondere zur längeren Erprobung eines Dienstnehmers gewählt wird. Daher sollten auch beiden Vertragsparteien, die Möglichkeit geboten werden das Dienstverhältnis vor Ablauf der bedungenen Frist vorzeitig durch Kündigung zu beenden.

*Löschnigg*²⁰⁷ weist darauf hin, dass die zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen nur für Dienstverhältnisse ohne Zeitbestimmung gedacht sind. Dies ergibt sich ex lege.²⁰⁸

Ein überwiegender Teil der Autoren ist jedoch der Ansicht, dass im Rahmen eines befristeten Dienstverhältnisses eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart werden kann. Begründet wird dies unter anderem mit der im Zivilrecht bestehenden Vertragsfreiheit sowie der dispositiven Natur des § 19 Abs 1 AngG und des § 20

²⁰² *Heinrich*, ZAS 1981, 22.

²⁰³ *Löschnigg*, Bestandsschutz und befristetes Dienstverhältnis, DdA 1980, 20.

²⁰⁴ Vgl. § 1164 ABGB.

²⁰⁵ § 19 Abs 1 AngG sowie § 1158 Abs 1 ABGB normieren Folgendes: „Das Dienstverhältnis endet mit Ablauf der Zeit, für die es eingegangen wurde“.

²⁰⁶ § 19 AngG ist im § 40 AngG nicht aufgezählt, sodass es sich hier nicht um eine zwingende Bestimmung handelt.

²⁰⁷ Vgl. *Löschnigg*, aaO.

²⁰⁸ Vgl. § 20 AngG sowie § 1158 Abs 4 ABGB (arg. „Ist das Dienstverhältnis ohne Zeitbestimmung eingegangen“).

Abs 1 AngG,²⁰⁹ wobei aber bezüglich der zwingenden Wirkung des § 1158 Abs 1 ABGB sowie des § 1158 Abs 4 ABGB unterschiedlich argumentiert wird. Ausgehend von einer teleologischen Reduktion des § 1164 ABGB geht Buchsbaum davon aus, dass es sich hier um keine zwingenden Normen handelt.

*Kramer*²¹⁰ stellt zwar fest, dass es sich um zwingende Normen handelt, jedoch daraus nicht auf die Unzulässigkeit der Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit geschlossen werden darf, da eine derartige Kündigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer auch Vorteile mit sich bringt.

Im Bereich des ABGB ist mE die von Kramer vertretene Argumentation durchaus nachvollziehbar.²¹¹

Daneben gibt es auch vermittelnde Auffassungen²¹², die eine Kündigung nur bei längerer Dauer des Bestandsverhältnisses zulassen.²¹³ Begründet wird dies damit, dass dadurch die Vorteile der Bestandsfestigkeit des Arbeitsverhältnisses durch eine Kündigung nicht gefährdet werden sollen.

Eine sehr weither geholte Auffassung vertritt der OGH in einer älteren, vereinzelt gebliebenen Entscheidung. In dieser Entscheidung geht der OGH davon aus, dass durch die Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit das befristete Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes umgewandelt wird.²¹⁴

Grundsätzlich hat die neuere Judikatur gegen die Vereinbarung von Kündigungsrechten bei befristeten Arbeitsverhältnissen keine Bedenken.²¹⁵ Die vereinbarte Kündigungsmöglichkeit darf jedoch nicht gegen zwingende Vorschriften des Kündigungsrechtes verstoßen, was aber dann der Fall ist, wenn nur dem Arbeit-

²⁰⁹ Vgl. *Buchsbaum*, Kommentar zu OGH 20.2.1979, 4 Ob 125/78 ZAS 1980, 60; *Kramer*, Hauptprobleme des befristeten und resolutiv bedingten Arbeitsverhältnisses, DRdA 1973, 162; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung, 51.

²¹⁰ Vgl. *Kramer*, Hauptprobleme des befristeten und resolutiv bedingten Arbeitsverhältnisses, DRdA 1973, 162.

²¹¹ Vgl. *Kramer*, aaO.

²¹² So zB *Martinek/Schwarz*, AngG⁷ § 19 Anm 6.

²¹³ Vgl. *Singer*, Befristete Arbeitsverhältnisse in Österreich und im EU-Bereich 24f.

²¹⁴ OGH Arb 4907.

²¹⁵ OGH 8.2.1983, 4 Ob 1893/82; OGH 10.9.1985, 4 Ob 105/85.

geber ein Kündigungsrecht eingeräumt wird oder der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer privilegiert wird.²¹⁶

Steht im Grundsatz fest, dass eine Kündigungsmöglichkeit bei befristeten Dienstverhältnissen vereinbart werden kann, so stellt sich die Frage, welchen Spielraum die Rechtsordnung den Parteien dafür lässt. Die oberstgerichtliche Judikatur fordert die analoge Anwendung der für unbefristete Arbeitsverhältnisse geltenden Kündigungsmodalitäten bei vereinbarter Kündigungsmöglichkeit befristeter Dienstverhältnisse.²¹⁷

3. Kettenarbeitsverhältnisse

a. Allgemeines

Unter Kettenarbeitsverhältnissen wird die Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverträge verstanden.²¹⁸

Eine Reglementierung von Kettendienstverträgen von Seiten des innerstaatlichen Arbeitsrechts ist schon aus europarechtlichen Gründen vorzusehen.

Die von der RL 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 verbindlich erklärte EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung regelt die Grundsätze und Mindestvorschriften für befristete Arbeitsverträge. Sie beinhaltet auch Vorgaben für die Behandlung von Kettenarbeitsverträgen.

§ 5 Befristungs-Rahmenvereinbarung beschäftigt sich mit „Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch“ durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge. Kettenarbeitsverträge müssen demnach entweder sachliche Rechtfertigung

²¹⁶ OGH 10.9.1985, 4 OB 105/85.

²¹⁷ Vgl. *Geist*, Kündigungsklauseln bei befristeten Arbeitsverhältnissen, ÖJZ 2002,405.

²¹⁸ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 211.

gen aufweisen oder durch eine Höchstanzahl der Befristungen bzw. eine (Gesamt-)Höchstdauer beschränkt werden.²¹⁹

b. Umsetzung der RL 1999/70/EG in österreichisches Recht

Nach Art 2 Abs 1 der RL 1990/70/EG sind die Mitgliedstaaten bis längstens 10.7.2001 verpflichtet, Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft zu setzen, um die RL in nationales Recht umzusetzen. Alternativ haben sich die Mitgliedstaaten zu vergewissern, dass bis zu diesem Zeitpunkt die Sozialpartner im Wege einer Vereinbarung die erforderlichen Vorkehrungen treffen.²²⁰

In den Erläuterungen der Regierungsvorlage zur Änderung des Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetzes²²¹ wird dazu ausgeführt, dass Maßnahmen zur Umsetzung der Bestimmungen über Kettendienstverträge nur dann notwendig sind, sofern keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsvermeidung bestehen.

§ 879 ABGB soll eine derartige gleichwertige gesetzliche Maßnahme darstellen, weil Kettendienstverträge nach ständiger Judikatur des OGH zu § 879 ABGB nichtig sind, wenn für diese mehrmalige Befristung keine sachliche Rechtfertigung besteht. Die Bestimmung des § 879 ABGB und die darauf basierende ständige RSpr des OGH zum Verbot der Kettenarbeitsverhältnisse erscheint als eine im Sinne des § 5 der Rahmenvereinbarung gleichwertige gesetzliche Maßnahme, die einen umfassenden und ausreichenden Schutz vor Missbrauch bietet²²².

Diese Ansicht widerspricht in mehrfachen Punkten der Rspr des EuGH. Zunächst einmal ist zwingend eine eigene Umsetzungsmaßnahme erforderlich, soweit eine

²¹⁹ Vgl. *Reissner*, Rechtsfolgenbestimmung bei verbotenen Kettendienstverträgen und anderen gesetzwidrigen Befristungsvereinbarungen, JAP 2008/2007, 24; Vgl. dazu auch *Schrammel/Winkler*, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft (2002) 68; *Klocker*, Kettendienstverträge- unzureichende Umsetzung im österreichischen Recht? *Ecolex* 2007, 49.

²²⁰ Vgl. Art 2 Abs 1 der RL 1999/70/EG.

²²¹ Abgedruckt in *Binder*, Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz, § 2b XVII.

²²² Vgl. *Klocker*, Kettendienstverträge – unzureichende Umsetzung im österreichischen Recht? *ecolex* 2007, 49.

Richtlinie vorsieht, dass in den Umsetzungsmaßnahmen auf die Richtlinie Bezug genommen wird.²²³

Art 2 der Richtlinie sieht diese Verpflichtung vor. Schon aus diesem Grund kann sich Österreich nicht darauf berufen, dass § 879 ABGB als bestehende Regelung ausreiche. Die in der Richtlinie angeführte Alternative, nämlich eine Vereinbarung der Sozialpartner, existiert zu Kettendienstverträgen – soweit ersichtlich – nicht.²²⁴

Darüber muss die Umsetzung einer Richtlinie hinreichend bestimmt und klar sein, sodass der Berechtigte davon Kenntnis erlangen und diese Rechte – soweit erforderlich – vor den Gerichten durchsetzen kann.²²⁵

Aus der Bestimmung des § 879 Abs 1 ABGB kann von durchschnittlichen, mit der Entscheidungspraxis des OGH nicht vertrauten Arbeitnehmern mit Sicherheit nicht die maximal zulässige Dauer aufeinander folgender Arbeitsverträge und die zulässige Höchstdauer solcher Verträge sowie überhaupt der Grundsatz, dass eine Verlängerung befristeter Verträge nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist, abgeleitet werden.

§ 879 Abs 1 ABGB ist daher nicht geeignet, die Vorgaben der Richtlinie über Kettendienstverträge in nationales Recht umzusetzen.²²⁶

c. Gesetzliche Regelungen für Kettendienstverträge

Gemäß § 4 Abs 4 VBG kann ein befristetes Dienstverhältnis nur einmal befristet verlängert werden, wobei der Verlängerungszeitraum die Dauer von drei Monaten nicht überschreiten darf. Aus dieser Rechtsvorschrift ergibt sich, dass sowohl die mehrmalige befristete Verlängerung eines Dienstverhältnisses bzw. auch die ein-

²²³ Kommission Deutschland, C 137/96.

²²⁴ Vgl. *Klocker*, aaO.

²²⁵ Kommission/Deutschland, C 361/88.

²²⁶ Vgl. *Klocker*, aaO.

malige Verlängerung, wenn diese den Zeitraum von drei Monaten übersteigt, unzulässig ist.²²⁷

Bei einer unzulässigen Verlängerung tritt die Rechtsfolge des § 4 Abs 4 Satz 2 VBG ein. Der Gesetzgeber normiert, dass ein befristetes Dienstverhältnis ab dem Zeitpunkt ab dem es in unzulässiger Weise verlängert wird, rückwirkend als unbefristetes Dienstverhältnis anzusehen ist.²²⁸

Eine gleichartige Regelung, mit Ausnahme der Möglichkeit der weiteren Befristung nur bis zu drei Monaten beinhaltet auch § 6 Abs 4 BFDO.²²⁹

Eine ausdrückliche Zulässigkeit von Kettendienstverträgen normiert das Rundfunkgesetz. § 17 Abs 5 Z 1 RFG normiert, dass für journalistische und programmgestaltende Mitarbeiter des Österreichischen Rundfunks, deren vereinbarte oder tatsächliche Arbeitszeit während eines Zeitraums von sechs Monaten im Monatsdurchschnitt nicht mehr als vier Fünftel des 4,3fachen der durch Gesetz oder Kollektivvertrag vorgesehenen wöchentlichen Normalarbeitszeit beträgt, befristete Arbeitsverhältnisse ohne zahlenmäßige Begrenzung abgeschlossen werden können ohne dass dadurch ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit entsteht.²³⁰ Sollte der Dienstgeber ein weiteres befristetes Dienstverhältnis nicht mehr eingehen wollen, muss er dies dem Dienstnehmer innerhalb gewisser Fristen schriftlich mitteilen. Eine Verletzung dieser Pflichten bewirkt lediglich, dass dem Arbeitnehmer ein Entschädigungsanspruch zusteht, der einen bestimmten Prozentsatz des im letzten Jahr vom ORF bezogenen Entgelts ausmacht. Weiters steht dem Dienstnehmer gemäß § 17 Abs 6 RFG eine Abfertigung zu, wenn das Dienstverhältnis nach Abs 5 beendet worden ist und sich die befristeten Dienstverhältnissen ab Beginn des ersten Arbeitsverhältnisses mit oder ohne Unterbrechung über einen Zeitraum von fünf Jahren erstrecken.²³¹

§ 13 Abs 4 BAG verbietet Verlängerungsvereinbarungen die schon im ursprünglichen Lehrvertrag bzw. noch vor Ablegung der Lehrabschlussprüfung für den Fall

²²⁷ Vgl. § 4 Abs 4 VBG.

²²⁸ Vgl. § 4 Abs 4 Satz 2 VBG.

²²⁹ Vgl. § 6 Abs 4 BFDO.

²³⁰ Vgl. § 17 Abs 5 Z 1 RFG.

²³¹ Vgl. § 17 Abs 6 RFG.

getroffen werden, dass der Lehrling die Lehrabschlussprüfung nicht besteht.²³² Dadurch soll der Lehrling nicht über die gesetzliche Frist hinaus an den Lehrberechtigten gebunden sein.

4. Auffassung der Rechtssprechung zu Kettendienstverträgen

Aus der Sicht der Rspr²³³ ist das Anneinanderreihen befristeter Arbeitsverhältnisse nur zulässig, wenn dies im Einzelfall durch besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe gerechtfertigt ist. Für das Vorliegen der besonderen wirtschaftlichen oder sozialen Gründe ist der Dienstgeber beweispflichtig. Der Grund für die Unzulässigkeit wiederholter Befristungen liegt in der Gefahr der Umgehung zwingender, den Arbeitnehmer schützender Rechtsnormen durch den Arbeitgeber und in einer darin zum Ausdruck kommenden rechtsmißbräuchlichen Gestaltung von Arbeitsverträgen.²³⁴ Deshalb sind wiederholte Befristungsvereinbarungen ohne derartige Rechtfertigung gemäß § 879 ABGB²³⁵ nichtig, sodass der gültige übrige Dienstvertrag zum unbefristeten Dienstvertrag wird.²³⁶

Wie oft befristete Dienstverhältnisse aneinandergereiht werden dürfen, kann man im Allgemeinen nicht sagen. In der Rspr²³⁷ ist von der Anneinanderreihung mehrere Arbeitsverhältnisse die Rede. Daraus kann geschlossen werden, dass bereits eine einmalige Verlängerung die Frage nach der sachlichen Rechtfertigung auf-

²³² Vgl. § 13 Abs 4 BAG.

²³³ Vgl. OGH 15.3.1989, 9 Ob A 118/88; OGH 15.3.1989, 9 Ob A 268/88; OGH 10.12.1993, 9 Ob A 234/93; OGH 25.5.1994, 9 Ob A 67/94; OGH 25.6.1998, 8 Ob A 58/98g; OGH 10.2.1999, 9 Ob A 330/98i; OGH 24.2.1999, 9 Ob A 329/98t; OGH 20.2.2002, 8 Ob A 225/01f; OGH 25.2.2002, 9 Ob A 80/02h; OGH 4.9.2002, 9 Ob A 89/02g; OGH 27.5.2004, 8 Ob A 99/03x; OGH 22.12.2004, 8 Ob A 116/04y; OGH 11.5.2006, 8 Ob A 53/05k.

²³⁴ ZB verlieren die Dienstnehmer dadurch den gesetzlichen Kündigungsschutz und ihre dienstzeitabhängigen Ansprüche, ebenso werden sie hinsichtlich ihrer Ansprüche auf Naturalurlaub, Entgeltfortzahlung und Abfertigung benachteiligt.

²³⁵ Ob § 879 ABGB als gleichwertige gesetzliche Maßnahme iS der RL 1999/70/EG zu betrachten ist, erscheint fraglich; Vgl. dazu *Klocker*, Kettendienstverträge –unzureichende Umsetzung im österreichischen Recht? *ecolex* 2007,49.

²³⁶ Vgl. *Martinek/Schwarz*, Angestelltengesetz⁶ (1985) Erl 5 zu § 19; *Braunecker*, Zur Zulässigkeit von Ketten-Dienstverträgen, *ecolex* (1997), 443; *Reissner*, Rechtsfolgenbestimmung bei verbotenen Kettendienstverträgen und anderen gesetzwidrigen Befristungsvereinbarungen, JAP 2006/2007/24; *Pfeil*, Zur Zulässigkeit von Kettendienstverträgen, DRdA 1985, 128; *Miklau*, Probleme des Kettendienstvertrages, ZAS 1974, 43ff.

²³⁷ Vgl. OGH 27.6.1969, ArbSlg 8635; OGH 27.2.1968.

wirft.²³⁸ Bei einer zweimaligen oder öfteren Verlängerung ist im Hinblick auf die durch die mehrfache Verlängerung verstärkte Erwartung des

Arbeitnehmers, es werde zu weiteren Verlängerungen kommen, ein umso strengerer Maßstab der Beurteilung ihrer sachlichen Rechtfertigung anzulegen.²³⁹

In der Judikatur findet sich eine Vielzahl von Entscheidungen zu den Ketten dienstverträgen. In etlichen Fällen wird die zulässige Kette von Dienstverträgen anerkannt.²⁴⁰

Keinesfalls handelt es sich nach der Judikatur um ein Kettendienstverhältnis, wenn im Anschluss an ein rechtlich zulässiges Probedienstverhältnis ein befristetes Dienstverhältnis vereinbart wird, weil in diesem Fall ein durchgehendes befristetes Arbeitsverhältnis anzunehmen ist, dem im Probezeitraum die Möglichkeit leichter Lösbarekeit zukommt.²⁴¹

Erfolgen die Verlängerungen nur auf Bitten des Arbeitnehmers, weil dieser es aus persönlichen Gründen wünscht und ausschließlich in dessen Interessen, so liegt kein unzulässiger Kettendienstvertrag vor.²⁴² Voraussetzung für die Zulässigkeit des Kettendienstvertrages ist, dass die in der Sphäre des Dienstnehmers liegenden Gründe hinreichend nachweisbar und plausibel sind.

Nach der Judikatur bildet der Umstand, dass die vom Dienstgeber beschlossene Personalreduktion durch den Abschluss unbefristeter Dienstverträge erschwert würde, keinen besonderen, sondern einen ins allgemeine Betriebsrisiko des Dienstgebers fallenden Grund, der es nicht rechtfertigt befristete Dienstverträge aneinander zu reihen.²⁴³

²³⁸ Vgl. OGH 23.10.1991, 9 Ob A 167/91.

²³⁹ Vgl. *Martinek/Schwarz*, Angestelltengesetz⁶ (1985) Erl 5 zu § 19; *Braunecker*, Zur Zulässigkeit von Kettendienstverträgen, *ecolex* (1997), 443.

²⁴⁰ Vgl. OGH Arb 10.149; OGH Arb 9684.

²⁴¹ OGH 16.2.1982, Arb 10.094.

²⁴² Vgl. OGH 22.12.1953, 4 Ob 234/53; OGH 15.4.1958, 4 Ob 12/58; OGH 11.3.1998, 9 Ob A 25/98m.

²⁴³ Vgl. OGH 15.6.1988, 9 Ob A 118/88.

Nicht ausreichend ist weiters der Hinweis auf Ungewissheiten über Konjunkturverlauf und Auftragslage²⁴⁴, sowie auf Betriebs- und Branchenüblichkeit²⁴⁵ um die Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse sachlich zu rechtfertigen.

Als unzulässiger Kettendienstvertrag wurde von der Judikatur auch angesehen, wenn jemand rund 30 Jahre hindurch auf jeweils 1 Jahr mit einem Vertrag engagiert worden ist, der sich jeweils bei Nichtkündigung stillschweigend um ein weiteres Jahr verlängert. Hier kann von einem Einjahresvertrag keine Rede mehr sein, sondern ist das Dienstverhältnis längst in ein solches auf unbestimmte Zeit übergegangen.²⁴⁶

III. Befristete Dienstverhältnisse und Arbeitskräfteüberlassung

1. Der Grundvertrag zwischen Überlasser und Dienstnehmer

§ 11 Abs 1 AÜG normiert, dass eine Überlassung einer Arbeitskraft nur dann zulässig ist, wenn eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen Überlasser und Arbeitskraft getroffen

wurde, die zwingend gewisse Bedingungen festzulegen hat.²⁴⁷ Die vom Gesetz vorgesehenen Mindestanforderungen beziehen sich insbesondere auf die Entgelthöhe, die Zahlungstermine, Urlaubsansprüche, das Ausmaß der Arbeitsverpflichtung, die Gründe für eine allfällige Befristung, die Kündigungsfristen, die voraussichtliche Art der Arbeitsleistung sowie den Arbeitsort.²⁴⁸ Fehlen zwingende Teile des Grundvertrages, kommt es keinesfalls zu einer Nichtigkeit des gesamten Vertrages, sondern lediglich zu einer Teilnichtigkeit. Die Arbeitskraft ist nicht verpflichtet, der Überlassungsanordnung Folge zu leisten. Tut sie es dennoch, so

²⁴⁴ Vgl. OGH 22.9.1953, Arb 5823.

²⁴⁵ Vgl. OGH 6.10.1964, Arb 8003.

²⁴⁶ Vgl. LG Wien, Arb 9684.

²⁴⁷ Vgl. § 11 Abs 1 AÜG.

²⁴⁸ Vgl. § 11 Abs 2 AÜG.

muss zur Bemessung der Ansprüche der überlassenen Arbeitskraft eine Ergänzung des Vertrages unter Anwendung der Grundsätze des AÜG vorgenommen werden. Bei Bemessung der Entgeltansprüche muss daher auf § 10 Abs 1 zurückgegriffen werden. Für das Arbeitszeitausmaß und die Lage der Arbeitszeit gelten im Zweifel die bei der ersten Überlassung geübte Praxis als Vertragsinhalt, die voraussichtliche Art der Arbeitsleistung wird mit dem Inhalt der Arbeitsverpflichtungen der ersten Überlassung identisch sein müssen. Als Arbeitsort wird der Ort der ersten Überlassung bzw. des Vertragsabschlusses anzunehmen sein.²⁴⁹

Darüber hinaus ist aber eine inhaltliche Erweiterung jederzeit möglich, da die im Gesetz angeführten Angelegenheiten nur den zwingenden Mindestinhalt des Grundvertrages bilden.

Der Grundvertrag ist vor der ersten Beschäftigung im Vertragsverhältnis abzuschließen und gilt unabhängig von den einzelnen Überlassungen.²⁵⁰

Die Festlegung des Mindestinhalts der Vereinbarung verfolgt das Ziel, dass jede überlassene Arbeitskraft bereits bei Vertragsabschluss über die wesentlichsten Rechte und Pflichten und vor allem über die beabsichtigte Eingliederung in Betriebe anderer Unternehmer Bescheid weiß und möglichst große Transparenz über die jeweiligen Verpflichtungen herrscht.²⁵¹

Eine mündliche Vereinbarung ist ausreichend. Allerdings sind die wesentlichsten Inhalte der Vereinbarung, die in § 11 Abs 1 AÜG genannt sind gemäß § 11 Abs 4 AÜG²⁵² in einem schriftlichen Dienstzettel²⁵³ festzuhalten. Dieser muss die in § 11 Abs 1 Z 1 bis Z 5 AÜG genannten Angaben enthalten.²⁵⁴

²⁴⁹ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 214.

²⁵⁰ Vgl. dazu *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, 62f.

²⁵¹ So die ErläutRV 450BlgNR 17.GP,19.

²⁵² Das Leistungsverweigerungsrecht der überlassenen Arbeitskraft bei Nichtausstellung bzw. bei falscher Ausstellung des Dienstzettels ist eine mögliche Sanktion. Daneben besteht die Möglichkeit des Entzugs der Gewerbeberechtigung für den Überlasser bei wiederholter Verletzung dieser Vorschrift.

²⁵³ Beim Dienstzettel handelt sich um keinen Vertrag, sondern lediglich um eine Wissenserklärung des Arbeitgebers. Im Streitfall muss mit sonstigen Beweismitteln bewiesen werden, dass der Inhalt des Dienstzettels vereinbart wurde. § 2 AVRAG sieht zwingend die Ausstellung eines Dienstzettels für alle Arbeitnehmer vor. Der Dienstzettel ist nicht zu vergebühren.

²⁵⁴ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 212f.

Ein konkludenter Vertragsabschluss reicht nicht für die wirksame Vereinbarung einer Arbeitskräfteüberlassung, da § 2 Abs 2 AÜG vorschreibt, dass für eine rechtswirksame Arbeitskräfteüberlassung eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen Arbeitskraft und Überlasser erforderlich ist.²⁵⁵

2. Die Regelung der §§ 11 Abs 1 Z 2 und 11 Abs 2 Z 4 AÜG

Befristete Arbeitsverhältnisse bergen für die überlassene Arbeitskraft die Gefahr, dass die Befristung mit den einzelnen Überlassungen deckungsgleich ist. Um dies zu vermeiden sieht § 11 Abs 2 Z 4 AÜG vor, dass Befristungen nur dann zulässig sind, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind und damit keiner Risikoverschiebung zu Lasten des Arbeitnehmers dienen.²⁵⁶

Im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung bedarf bereits die erstmalige Befristung einer sachlichen Rechtfertigung.²⁵⁷

Wesentlich ist, dass die Rechtsvorschrift des § 11 AÜG gemäß § 1 Abs 3 AÜG bloß auf die bewilligungspflichtige Arbeitnehmerüberlassung anwendbar ist.²⁵⁸

Um diese sachliche Rechtfertigung überprüfen zu können ist in § 11 Abs 1 Z 2 AÜG zwingend vorgesehen, dass im Grundvertrag zwischen Überlasser und überlassener Arbeitskraft die Gründe für die Befristung angeführt werden müssen.²⁵⁹

3. Die sachliche Rechtfertigung

Für die Frage wann eine Befristung als sachlich gerechtfertigt gilt, können die Lehre und die Judikatur des OGH für Kettendienstverträge herangezogen werden.²⁶⁰

²⁵⁵ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, aao.

²⁵⁶ EBzRV 450 BlgNR 17.GP, 20.

²⁵⁷ Vgl. *Grillberger*, Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, WBI 1988, 313.

²⁵⁸ *Singer*, Befristete Arbeitsverhältnisse, (1997) 135.

²⁵⁹ Vgl. § 11 Abs 1 Z 2 AÜG.

Die Rechtsprechung lässt eine Aneinanderreihung von befristeten Dienstverhältnissen nur in den Fällen zu, in denen wirtschaftliche oder soziale Gründe dies rechtfertigen, wobei diese Gründe nicht typisiert werden können, sondern in jedem Einzelfall geprüft werden müssen.²⁶¹ Dieser Maßstab wird auch für die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung von befristeten Dienstverhältnissen überlassener Arbeitskräfte herangezogen.²⁶²

Einen ersten Hinweis, wann eine sachliche Rechtfertigung im Sinne der Vorschriften des AÜG gegeben ist, geben die Materialien zum AÜG. Nach diesen soll mit den Regelungen des AÜG verhindert werden, dass die Dauer des Dienstverhältnisses von vorhandenen Beschäftigungsmöglichkeiten bestimmt wird. Der Zweck dieser Bestimmung liegt daher darin, zum Schutz des Arbeitnehmers zu verhindern, dass es zu einer Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos, das prinzipiell der Überlasser zu tragen hat, auf die Arbeitskraft kommt.²⁶³

Die vom AÜG verlangte sachliche Rechtfertigung kann ihre Ursache entweder in der Sphäre des Überlassers oder in den persönlichen Umständen der Arbeitskraft haben.²⁶⁴

Eine Befristung wird dann nicht ausgeschlossen, wenn sie im Interesse der Arbeitskraft liegt.²⁶⁵

Der Wunsch der Arbeitskraft nach einem befristeten Dienstverhältnis allein reicht jedoch nicht. Es ist jedenfalls eine sachliche Rechtfertigung erforderlich, wie zum Beispiel eine schulische oder studienmäßige Verpflichtung. Gründe, welche im Interesse des Arbeitsgebers liegen sind wie eingangs erwähnt nur beschränkt zu-

²⁶⁰ Vgl. *Melzer-Azodanloo*, Aneinanderreihung von Arbeitsverhältnissen – Zulässigkeitsgrenzen von Kettendienstverträgen, ASoK 1998, 297 ;OGH 30.10.1966, 9 Ob A 2220/96b; OGH 14.9.1982; 4 Ob 75/82.

²⁶¹ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 210f.

²⁶² Vgl. dazu OGH 22.9.1953, Arb 5.823; OGH 6.4.1954, Arb 5.958; E des VwGH vom 15.6.1954, Arb 6.055;OGH 22.1.1963, Arb 7715; OGH 10.12.1963, Arb 7.848; OGH 27.6.1969, Arb 8.635; siehe auch OGH 14.9.1982, DRdA 1985, 126, mit Bespr v *Pfeil*; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 120; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 143f.

²⁶³ Vgl. EBzRV 450 BlgNR XVII.GP,20.

²⁶⁴ Vgl. OGH 28.8.1991, 9 ObA161/91; OGH 20.11.1991, 9ObA 602/91.

²⁶⁵ Vgl. OGH 25.5.1994, 9 Ob A 67/94.

lässig. Keinesfalls darf es zu einer Übertragung des wirtschaftlichen Risikos auf den Arbeitnehmer kommen.²⁶⁶

Gerechtfertigt ist eine Befristung dann, wenn sie der Beschäftigung selbst immanent ist wie zum Beispiel bei Saisonarbeiten, oder bei Vertretungsfällen wie zum Beispiel der Beschäftigung in Vertretung einer erkrankten Arbeitskraft.²⁶⁷

Zweifelhaft ist, ob eine Arbeitskräfteüberlassung für einen bestimmten Auftrag allein begründet werden darf. Zweifel sind deshalb angebracht, weil in § 11 Abs 2 Z 11 AÜG die Begrenzung des Anspruches auf Arbeitsentgelt auf die Dauer der Beschäftigung in einem Betrieb verboten wird. Diese Fälle werden nach der Erfüllung des Schutzzweckes des AÜG im Einzelnen zu beurteilen sein. Wenn beispielsweise zweimal hintereinander für einen bestimmten Auftrag eines Beschäftigers befristete Überlassungsverhältnisse abgeschlossen werden sollen, ist dies sicherlich der zwingenden Bestimmung des § 11 Abs 2 Z 1 AÜG zuwiderlaufend.

Sollten allerdings Überlasser und Arbeitskraft übereinkommen, für einen von vornherein begrenzten Zeitraum, in der ein bestimmter Beschäftiger einen spezifischen Auftrag an einen Überlasser vergibt, ein Vertragsverhältnis befristet zu begründen, ohne dass nachher ein ähnliches Vertragsverhältnis angeschlossen wird, so spricht von vornherein nichts gegen die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung und gegen die Begründung dieser Befristung im Sinne des § 11 Abs 2 Z 1 AÜG.²⁶⁸

In der Entscheidung vom 12.8.1999, 8 Ob A 130/99x hat der OGH allerdings festgestellt, dass eine Befristung des Dienstverhältnisses „bis zum Ende des Auftrages der Firma P****“ im Geltungsbereich des AÜG nicht zulässig ist. Begründet wurde dies damit, dass der Zeitpunkt der Beendigung des Dienstverhältnisses für die überlassene Arbeitskraft nicht vorhersehbar war und damit das Verbot des § 11 Abs 2 Z 1 AÜG umgangen wurde.

Zur Frage, ob der Abschluss eines befristeten Dienstverhältnisses zur Erprobung sachlich gerechtfertigt ist, hat der OGH bereits mehrfach entschieden, dass eine

²⁶⁶ Vgl. *Sacherer*, aaO; *Mazal* Arbeitskräfteüberlassung 51.

²⁶⁷ So auch *Sacherer*, aaO. *Mazal* aaO.

²⁶⁸ Vgl. dazu *Leutner/Schwarz/Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 119, so auch *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 51f.

sachliche Rechtfertigung dann gegeben ist, wenn die Zeit der Erprobung in einem ausgewogenem Verhältnis zur Ausbildung und der angestrebten Verwendung steht. Je höher daher die Qualifikation ist, desto länger kann die Befristung sein. So wurde etwa für gehobene Positionen, wie etwa der einer Akademikerin und EDV Spezialistin im technischen Bereich, eine Erprobung im Ausmaß von sechs Monaten als sachlich gerechtfertigt betrachtet.²⁶⁹ Entscheidend ist, ob eine höhere Qualifikation für die Ausbildung der konkreten Tätigkeit erforderlich ist. Die Beurteilung kann nur aufgrund der Umstände des Einzelfalles erfolgen.²⁷⁰

Auch im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung hat der OGH²⁷¹ festgestellt, dass die Befristung von Arbeitsverhältnissen überlassener Arbeitskräfte auch dann sachlich gerechtfertigt ist, wenn eine Probezeit zu kurz ist, um die Kenntnisse und Fähigkeiten qualifizierter Arbeitnehmer festzustellen.²⁷² Insbesondere bei qualifizierten Facharbeitern oder Spitzenfacharbeitern nach den Metallarbeiterkollektivverträgen sowie bei Metallarbeitern an EDV gesteuerten Maschinen und bei hochqualifizierten Angestellten reicht die einmonatige Probezeit nicht aus um deren Qualifikation verlässlich festzustellen.²⁷³

Der Befristungsgrund ist im Grundvertrag so genau als möglich anzugeben.²⁷⁴

Ob eine Befristung nicht nur zur Beginn eines Arbeitsverhältnisses, sondern auch später zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses einvernehmlich beurteilt werden kann, wird unterschiedlich beurteilt. *Geppert*²⁷⁵ ist der Ansicht, dass eine derartige Befristung im Hinblick auf den Normzweck unzulässig ist. ME ist in einer derartigen Konstellation, dass ein Befristungsgrund erst zu einem späteren Zeitpunkt bekannt wird, der Ansicht von *Singer*²⁷⁶ und *Resch*²⁷⁷ zu folgen, die ei-

²⁶⁹ Vgl. dazu OGH 8.6.2000, 8 Ob A 316/99z.

²⁷⁰ Vgl. dazu OGH 8.6.2000, 8 Ob A 316/99z; OGH 28.2.2001, 9 Ob A 326/00g; OGH 18.4.2002, 8 Ob A 51/02m; OGH 8.8.2002, 8 Ob A 319/01x; OGH 20.10.2004, 8 Ob A 102/04i.

²⁷¹ Siehe OGH 20.11.1991, 9 Ob A 602/91.

²⁷² Vgl. *Grillberger*, Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, wbl 1988, 313.

²⁷³ So OGH 20.11.1991, 9 Ob A 602/91.

²⁷⁴ *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 67; *Singer*, Befristete Arbeitsverhältnisse 55.

²⁷⁵ *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 1989, 143.

²⁷⁶ *Singer*, Befristete Arbeitsverhältnisse 55.

ne derartige Befristung insbesondere aufgrund des Einvernehmens von Arbeitnehmer und Arbeitgeber für zulässig erachten. Dem Zweck des AÜG würde es jedenfalls widersprechen, wenn sich der Arbeitgeber auf Gründe berufen will, welche in seinem Interesse liegen und ihm schon bei Vertragsabschluss bekannt waren.

4. Rechtsfolgen und Sanktionen einer unzulässigen Befristung

Werden im Grundvertrag die Gründe für die Befristung nicht angeführt oder sind diese Gründe nicht sachlich gerechtfertigt, beendet der Fristablauf das Arbeitsverhältnis nicht, da die Fristsetzung gemäß § 879 ABGB teilnichtig ist. Das Arbeitsverhältnis gilt als Rechtsverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann nur durch Kündigung gelöst werden.²⁷⁸

Eine Befristung des Dienstverhältnisses ohne eine entsprechende sachliche Rechtfertigung stellt auch eine Verwaltungsübertretung gemäß § 22 AÜG dar und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe in Höhe von € 726 bis € 3600, im Wiederholungsfall in Höhe von € 1450 bis € 7260, zu ahnden. Diese Verwaltungsübertretung ist von der Behörde von Amts wegen zu verfolgen, wobei die Behörde eine derartige Information zum Beispiel entweder von einer Interessensvertretung oder dem Betriebsrat des Beschäftigterbetriebes erlangen könnte.²⁷⁹

Die Behörde hat gemäß § 31 VStG hat innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten nach Begehung des strafbaren Verhaltens das Verfahren einzuleiten, da ansonsten der Verlust der Verfolgbarkeit und damit auch der Strafbarkeit der Straftat eintritt.²⁸⁰ Eigene Recherchen beim Magistrat Wien haben wie erwartet ergeben, dass derartige Verwaltungsübertretungen im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung

²⁷⁷ *Resch*, Grenzen privatrechtlicher Dispositionen über das Auflösungsrecht des Arbeitnehmers, ZAS 1991, 4.

²⁷⁸ *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 220; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 51.

²⁷⁹ *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 300.

²⁸⁰ *Sacherer/Schwarz*, aaO.

nur sehr selten zur Anzeige gelangen, Statistiken zu diesem Thema stehen jedoch leider nicht zur Verfügung.

5. Die Rechtslage in Deutschland

a. Grundsätzliches zur Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland

In Deutschland besteht grundsätzlich ein Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung.²⁸¹ Das Verbot kann jedoch dadurch aufgehoben werden, dass dem Unternehmer eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erteilt wird.²⁸² Das bedeutet, dass Arbeitgeber die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen der Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit bedürfen.²⁸³ Diese Erlaubnis wird prinzipiell auf ein Jahr befristet erteilt. Die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis ist dann möglich, wenn der Verleiher drei aufeinanderfolgende Jahre gemäß § 1 AÜG²⁸⁴ erlaubt tätig war. Gemäß § 9 Abs 1 AÜG sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und „Leiharbeitnehmern“ unwirksam, wenn der Verleiher nicht die erforderliche Erlaubnis hat.²⁸⁵

²⁸¹ Im Vergleich zu Österreich setzt die Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland voraus, dass die Tätigkeit der zur Arbeitsleistung verpflichteten Person die eines Arbeitnehmers ist. Daher spricht man in Deutschland von Arbeitnehmerüberlassung und nicht von Arbeitskräfteüberlassung; Vgl. dazu auch BAG 9.11.1984, 7 AZR 217/94.

²⁸² Vgl. *Ulber*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 41.

²⁸³ Vgl. § 1 Abs 1 Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung.

²⁸⁴ Es handelt sich hier um das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, welches am 11.10. 1972 in Kraft getreten ist.

²⁸⁵ Vgl. *Ulber*, aaO.

b. Befristete Arbeitsverträge in Deutschland

Rechtsgrundlage befristeter Arbeitsverträge

Die Wirksamkeit und Rechtsfolgen der Befristung des Arbeitsvertrages sind seit dem 1.1.2001 im Teilzeit und-Befristungsgesetz²⁸⁶ (kurz: TzBfG) geregelt.²⁸⁷ Das TzBfG regelt jedoch nicht die Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen, wie zB der wöchentlichen Arbeitszeit.²⁸⁸

Gemäß § 3 Abs 1 TzBfG sind zwei Arten des befristeten Arbeitsvertrages zu unterscheiden. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses wird entweder kalendermäßig bestimmt (sog. kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag) oder die Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmt sich nach Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung (sog. zweckbefristeter Arbeitsvertrag)²⁸⁹

Anstatt der Zweckbefristung kann eine auflösende Bedingung vereinbart werden. Auf diese sind die Bestimmungen über die Zweckbefristung anzuwenden.²⁹⁰

Ein wesentliche Kernaussage dieses Gesetzes ist, dass befristet beschäftigte Arbeitnehmer gegenüber unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern nicht benachteiligt werden dürfen.²⁹¹

²⁸⁶ Bis Dezember 2000 galt das Beschäftigungsförderungsgesetz für Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (kurz TzBfG) dient der Umsetzung der Richtlinie des Rates vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (Abl. EG 1999 Nr. L 14 S.9) sowie der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP- Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (Abl. EG 1999 Nr. L 175 S.43).

²⁸⁷ Gemäß § 23 TzBfG sind besondere Regeln in anderen Gesetzen zulässig (so zB §§ 57a – 57f Hochschulrahmengesetz) bzw. können sich besondere Regeln aus Kollektivverträgen ergeben.

²⁸⁸ Vgl. BAG, Urteil vom 14.1.2004 - 7 AZR 213/03.

²⁸⁹ Vgl. § 3 Abs 1 TzBfG.

²⁹⁰ Vgl. § 21 TzBfG.

²⁹¹ Vgl. § 4 Abs 2 TzBfG iVm § 19 TzBfG.

Die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Befristung

Die Wirksamkeit der Befristung ist in § 14 TzBfG geregelt. Die Befristung ist wirksam, wenn sie zulässig ist und die Schriftform eingehalten wurde.²⁹² Sie ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Eine Ausnahme besteht bei einer kalendermäßigen Befristung bis zu zwei Jahren.²⁹³ In diesem Fall ist gemäß § 14 Abs 2 TzBfG eine Befristung ohne sachliche Rechtfertigung zulässig. Bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Eine derartige Befristung gemäß § 14 Abs 1 Satz 1 TzBfG ist unzulässig, wenn der Arbeitnehmer schon einmal bei demselben Arbeitgeber befristet oder unbefristet beschäftigt war.

Die Rechtsfolgen einer wirksamen Befristung sind in § 15 TzBfG geregelt. Gemäß § 15 Abs 5 TzBfG entsteht ein unbefristetes Dienstverhältnis, wenn das Dienstverhältnis nach Ablauf der Befristung mit Wissen des Dienstgebers fortgesetzt wird und dieser nicht unverzüglich widerspricht.

Die Rechtsfolgen einer unwirksamen Befristung sind insbesondere in den §§ 16 und 17 TzBfG geregelt. Ist die Befristung unwirksam, so gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.²⁹⁴ Will sich der Arbeitnehmer auf die Unwirksamkeit der Befristung berufen, so muss er innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages Klage beim Arbeitsgericht erheben, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht beendet ist. (= sog. Entfristungsklage)²⁹⁵

²⁹² Vgl. §§ 14 Abs 1 bzw. 14 Abs 4 TzBfG.

²⁹³ In den ersten vier Jahren einer Unternehmensgründung ist eine derartige Befristung bis zu vier Jahren möglich (vgl. § 14 Abs 2 aTfBfG) bzw. ist eine Befristung bis zu fünf Jahren möglich, wenn der Arbeitnehmer bereits das 52. Lebensjahr vollendet und unmittelbar vor Beginn des befristeten Dienstverhältnisses bereits mindestens vier Monate arbeitslos war (Vgl. § 14 Abs 3 TzBfG).

²⁹⁴ Vgl. § 16 TzBfG.

²⁹⁵ Vgl. § 17 TzBfG.

Die sachliche Rechtfertigung

Wie bereits ausgeführt ist der Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses dann zulässig, wenn dies durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. § 14 Abs 1 Satz 2 TzBfG beinhaltet eine demonstrative Aufzählung von Rechtfertigungsgründen, bei deren Vorliegen eine Rechtfertigung der Befristung unwiderlegbar angenommen werden kann.²⁹⁶

Soweit es nicht gesetzlich oder tarifvertraglich angeordnet ist, besteht keine rechtliche Verpflichtung den Befristungsgrund in den Vertragsverhandlungen zu erörtern oder bei Vertragsabschluss mitzuteilen.²⁹⁷ Auch das gesetzliche Schriftformersfordernis gemäß § 14 Abs 4 TzBfG bezieht sich nicht auf die Angabe eines Sachgrundes. Ausreichend ist, dass der sachliche Grund bei Vertragsabschluss unzweifelhaft vorlag. Damit kann sich der Arbeitgeber noch nachträglich auf andere als im Arbeitsvertrag genannte sachliche Gründe berufen. Lediglich für Zweckbefristungen ist die Mitteilung des Grundes erforderlich, da sich erst aus dieser Angabe der Inhalt der Befristungsabrede bestimmen lässt.²⁹⁸

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein sachlicher Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses gegeben ist, ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Auch der nachträgliche Wegfall des Sachgrundes (zB durch unerwartete Genesung der vertretenen Stammkraft ändert nichts an der Wirksamkeit der Befristung).²⁹⁹

²⁹⁶ § 14 Abs 1 TzBfG umfasst nachstehende Rechtfertigungsgründe: der vorübergehende Bedarf an Arbeitsleistung, Befristung im Anschluss an ein Studium, Vertretung, Eigenart der Arbeitsleistung, Erprobung, Gründe in der Person des Arbeitnehmers, Haushaltsrechtliche Gründe, Gerichtlicher Vergleich.

²⁹⁷ Sonderregelungen gelten, wenn die Arbeitsverträge in den Geltungsbereich des Bundesangestelltentarifvertrages fallen.

²⁹⁸ Siehe Erfurter Kommentar-Müller-Glöge, 4. Aufl., § 14 TzBfG Rn. 28 ff.

²⁹⁹ Vgl Erfurter Kommentar-Müller-Glöge, 4. Aufl., § 14 TzBfG Rn. 28 ff.

Die Kündigung befristeter Arbeitsverträge

Ist der befristete Arbeitsvertrag wirksam abgeschlossen, so ist grundsätzlich eine Kündigung des Dienstverhältnisses ausgeschlossen. Eine Kündigung ist jedoch gemäß § 15 Abs 3 TzBfG dann möglich, wenn diese im Arbeitsvertrag vereinbart wurde bzw. ein Tarifvertrag diese zulässt.³⁰⁰

Eine weitere Kündigungsmöglichkeit besteht dann, wenn das Arbeitsverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für länger als fünf Jahre eingegangen wurde. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer das Dienstverhältnis unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten kündigen.³⁰¹

Ist die Befristung unwirksam, dann kann der Arbeitgeber das Dienstverhältnis frühestens zum vereinbarten Ende ordentlich kündigen; dies gilt jedoch nicht, sofern § 15 Abs 3 TzBfG zum Tragen kommt. Ist die Befristung nur wegen eines Mangels der Schriftform unwirksam, dann kann auch der Arbeitgeber nach den allgemeinen Regeln vorzeitig kündigen.³⁰²

Befristung und Arbeitskräfteüberlassung

Die Wirksamkeit der Befristung eines Arbeitnehmerüberlassungsverhältnisses ist an den allgemeinen Grundsätzen des TzBfG zu messen. Umstritten ist, inwieweit eine Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis mit sachlichen Grund gemäß § 14 Abs 1 TzBfG befristet werden kann. Unproblematisch ist dies, wenn neben die Arbeitnehmerüberlassung besondere Umstände treten, die eine Sachgrundbefristung tragen, wie zB die Erprobungsabsicht des Verleihers oder eine Tätigkeit zur Vertretung eines langfristig ausfallenden Mitarbeiters. Fraglich ist jedoch, ob allein die spezielle Eigenart der Arbeitnehmerüberlassung für sich betrachtet als ein Befris-

³⁰⁰ Vgl. § 15 Abs 3 TzBfG.

³⁰¹ Vgl. § 15 Abs 4 TzBfG; eine weitere Ausnahme besteht im Falle einer Insolvenz, Vgl. dazu BAG 6.7.2000, 2 AZR 695/99.

³⁰² Vgl. § 16 TzBfG.

tungsgrund qualifiziert werden kann. In Betracht kommt hierbei vor allen Dingen der vorübergehende Bedarf an Arbeitsleistung gemäß § 14 Abs 1 Nr 1 TzBfG.

Nach einer Ansicht besteht kein solcher spezieller Befristungsgrund für die Arbeitnehmerüberlassung. Insbesondere kann nicht auf einen vorübergehenden Bedarf an Arbeitsleistung im Betrieb des Entleihers abgestellt werden, da der Sachgrund unmittelbar dem Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu entnehmen ist. Das Wesen der Arbeitnehmerüberlassung ist aber gerade auf aufeinander folgende, zeitlich begrenzte Einsätze bei verschiedenen Entleiherunternehmen ausgerichtet.³⁰³

Nach anderer Auffassung kann der nur vorübergehende Bedarf an Arbeitsleistung im Unternehmen des Entleihers eine Befristung des Arbeitsverhältnisses zwischen überlassenem Arbeitnehmer und Verleiher sachlich rechtfertigen. Beruht daher der vorübergehende Bedarf des Verleihers allein auf der zeitlich befristeten Beschäftigungsmöglichkeit bei einem Entleiher, reicht dies als sachliche Rechtfertigung einer Befristung aus.³⁰⁴ Begründet wird dies unter anderem damit, dass durch die Aufhebung des Synchronisationsverbotes³⁰⁵ der Gesetzgeber eine Liberalisierung der Arbeitnehmerüberlassung und damit eine Erweiterung der Befristungsmöglichkeiten bezweckt hat.³⁰⁶

³⁰³ Vgl. *Schüren/Berend*, NZA 2003, 521, 522; *Wank*, NZA 2003, 14, 20f.

³⁰⁴ Vgl. *Boemke/Lembke*, AÜG, Nachtrag, § 9 Rz 99f; *Kokemoor*, NZA 2003, 238, 241.

³⁰⁵ Durch das sog. Synchronisationsverbot gemäß § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG aF sollte die Laufzeit des Arbeitsvertrages von der Überlassungsdauer beim Entleiher abgekoppelt werden. Dadurch sollte verhindert werden, dass der Verleiher das Beschäftigungsrisiko auf den überlassenen Arbeitnehmer überwälzt.

³⁰⁶ Vgl. *Boemke/Lembke*, aaO.

IV. Beendigung des Dienstverhältnisses durch Tod des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers

1. Tod des Arbeitnehmers

Durch den Tod des Arbeitnehmers wird das Dienstverhältnis automatisch beendet. Dies ergibt sich aus der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur persönlichen Dienstleistung.³⁰⁷ Die Art des Todes selbst ist ohne rechtliche Bedeutung.³⁰⁸ Einige gesetzliche Regelungen führen den Tod des Arbeitnehmers explizit als Auflösungsgrund an.³⁰⁹

Im Falle des Todes des Arbeitnehmers besteht ein Anspruch der gesetzlichen Erben, zu deren Erhaltung der Erblasser gesetzlich verpflichtet war, auf die Hälfte der sonst dem Angestellten zustehenden Abfertigung gemäß § 23 Abs 6 AngG bzw. § 2 Abs 1 ArbAbfG iVm § 23 Abs 6 AngG³¹⁰ Es handelt sich hierbei um einen Anspruch originärer Natur, der mit den Ansprüchen aus der Verlassenschaft nichts zu tun hat.³¹¹

Daher kann der Arbeitgeber keinesfalls Ansprüche gegen den Verstorbenen compensando einwenden, noch kann der Arbeitnehmer zu Lebzeiten oder von Todes wegen über diesen Anspruch verfügen.³¹²

Der Anspruch der Hinterbliebenen ist an zwei Voraussetzungen geknüpft. Einerseits muss ein konkretes gesetzliches Erbrecht bestehen, wobei die Enterbung den Anspruch grundsätzlich nicht beeinträchtigt. Außerdem ist der Bestand einer Unterhaltsverpflichtung des Verstorbenen zum Zeitpunkt des Todes Anspruchsvoraussetzung. Als Unterhaltsberechtigte kommen in erster Linie die Kinder gegen

³⁰⁷ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 568, so auch die Judikatur, OGH 12.7.1977, 4 Ob 91/77.

³⁰⁸ zB Selbstmord, Vgl. dazu OGH Arb 4302.

³⁰⁹ Vgl. § 83 Abs 1 GewO; §14 Abs 2 lit a BAG.

³¹⁰ Vgl. § 23 Abs 6 AngG sowie § 2 Abs 1 ArbAbfG.

³¹¹ Vgl. *Marhold*, Neues Unterhaltsrecht und Abfertigung, ZAS 1981,129; *Binder in Runggaldier*, Abfertigungsrecht, 230; *Martinek/Schwarz*, AngG⁷, Erl 37 zu § 23.

ihre Eltern und Großeltern sowie die Eltern und Großeltern gegen ihre Kinder in Betracht. Außerdem ist auf die mögliche Unterhaltspflicht zwischen hinzuweisen. Bei Vorliegen mehrerer Berechtigter ist die Abfertigung nach Köpfen zu verteilen.³¹³

Weiters haben die Erben bei Beendigung des Dienstverhältnisses durch Tod des Arbeitnehmers Anspruch auf die Urlaubersatzleistung gemäß § 10 Abs 1, Abs 2 sowie Abs 4 UrlG.³¹⁴

2. Tod des Arbeitgebers

Der Tod des Arbeitgebers beendet das Dienstverhältnis grundsätzlich nicht.³¹⁵ Die Erben treten im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge mit allen Rechten und Pflichten in das Dienstverhältnis ein. Soll nach dem Tod des Arbeitgebers das Dienstverhältnis nicht fortgesetzt werden, so ist es durch eine der üblichen Lösungsarten zu beenden.³¹⁶

Der Tod des Arbeitgebers beendet das Angestelltenverhältnis nur dann, wenn dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurde. Dies kann dann der Fall sein, wenn die geschuldeten Dienste ausschließlich und unmittelbar der Person des Arbeitgebers zu erbringen waren.³¹⁷

Soll der Tod des Arbeitgebers das Angestelltenverhältnis beenden, sollte zur Vermeidung von Unklarheiten eine entsprechende Klausel in den Dienstvertrag aufgenommen werden.³¹⁸

³¹² Vgl. OGH 15.5.1996, 9 Ob A 2012/96i.

³¹³ Vgl. *Risak*, Hinterbliebenenansprüche beim Tod des Arbeitnehmers, *ecolex* 1997, 955.

³¹⁴ Vgl. § 10 Abs 5 UrlG.

³¹⁵ Vgl. OGH 12.7.1977, 4 Ob 91/77; OGH 19.3.2003, 9 Ob A 28/03p.

³¹⁶ Vgl. *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰ 569.

³¹⁷ Vgl. OGH 12.7.1977, 4 Ob 91/77; Vgl. auch *Jabornegg/Resch*, Das rechtliche Schicksal von Arbeitsverhältnissen zwischen nahen Angehörigen beim Tod des Arbeitgebers, *DRdA* 1995, 220.

³¹⁸ *Mazal*, *Der Angestelltendienstvertrag*² 99.

3. Arbeitskräfteüberlassung und Tod

Der Tod der überlassenen Arbeitskraft wird das Arbeitsverhältnis in der Regel beenden. Nur wenn wirtschaftliche Abhängigkeit mit dem Fehlen einer persönlichen Leistungspflicht zusammenfällt, ist ein Fortbestand des Arbeitsverhältnisses iS des AÜG auch über den Tod der Arbeitskraft hinaus denkbar, zu dessen Erfüllung der oder die Rechtsnachfolger verpflichtet wären.³¹⁹

Der Tod des Überlasser beendet das Arbeitsverhältnis nur, wenn dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurde.³²⁰

Eine spezielle Regelung im Bezug auf Ansprüche nach dem Tod des Dienstnehmers regelt der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung. Art IV des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung normiert, dass der Verdienst sowie die aliquoten Teile von Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration bis zum Ende des Sterbemonates weiter zu zahlen sind, sofern das Dienstverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Der Verdienst ist im Abschnitt X des Kollektivvertrages definiert und umfasst neben dem Stundenlohn sämtliche Zulagen und Zuschläge, nicht aber Aufwandentschädigungen und Überstundenentgelte.

Anspruchsberechtigt sind laut Kollektivvertrag die gesetzlichen Erben, zu deren Erhaltung der Arbeitnehmer gesetzlich verpflichtet war. Der Kollektivvertragstext übernimmt weitgehend wortident die Regelung, die hinsichtlich des Abfertigungsanspruches in § 23 Abs 6 AngG besteht. Es handelt sich um einen Anspruch der Erben, nicht um einen Anspruch des Verstorbenen selbst. Die Erben selbst können die Auszahlung verlangen und auch gerichtlich durchsetzen. Allfällige Gegenforderungen des Arbeitgebers aus dem beendeten Arbeitsverhältnis kann der Arbeitgeber den Erben nicht einwenden. Sind mehrer gesetzlich und unterhaltsberechtigter Erben vorhanden, so ist nach Köpfen zu teilen. Ob ein Unterhaltsanspruch besteht ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen.³²¹

³¹⁹ Vgl. Mazal, Arbeitskräfteüberlassung², 54.

³²⁰ Vgl. aus der arbeitsrechtlichen Judikatur OGH Arb 9604.

³²¹ Vgl. Schindler, Arbeitskräfteüberlassungs-KV 84.

Teil 3 Einseitige Beendigungsformen der Dienstverhältnisse überlassener Arbeitskräfte

I. Das Probearbeitsverhältnis

1. Allgemeines

Das Probearbeitsverhältnis gibt dem Dienstgeber die Möglichkeit sich von der Eignung des Dienstnehmers für die zugedachte Position zu überzeugen. Das wesentliche Charakteristikum eines Probearbeitsverhältnisses besteht darin, dass dieses jederzeit ohne Einhaltung von Fristen und Terminen und ohne Vorliegen von Gründen gelöst werden kann.³²²

Ein Probearbeitsverhältnis kann daher grundsätzlich vor seiner Effektivierung (durch Antritt) durch einseitige Erklärung ohne weitere Rechtsfolgen aufgelöst werden.³²³ Die einseitige Auflösbarkeit eines Arbeitsverhältnisses auf Probe ähnelt zwar funktionell der Kündigung, doch zeigen sämtliche Auflösungsbestimmungen ihrem Wortlaut und System nach, dass es sich um keine Kündigung oder vorzeitige Auflösung, sondern um eine Auflösung *sui generis*³²⁴ handelt, die den Kündigungs- und Entlassungsbestimmungen und damit auch jenen Schutzbestimmungen, die eine Kündigung oder Entlassung voraussetzen, nicht unterliegt. Auch die Beschränkungen des besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutzes greifen nicht. Ebenso wenig brauchen der Betriebsrat oder das AMS vor der Auflösung eingebunden zu werden.³²⁵

³²² Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 215.

³²³ Siehe OGH 2.10.2002, 9 Ob A 211/02y.

³²⁴ So auch im Ergebnis der OGH, wenn er nunmehr die gesetzlichen Kündigungs- und Entlassungsanfechtungsbestimmungen bei Diskriminierung ausdrücklich nur analog anwendet, Vgl. dazu OGH 31.8.2005, 9Ob A 4/05 m.

³²⁵ Vgl. Schrank/Mazal, Arbeitsrecht³ 263.

Bei Arbeitnehmern im Sinne des § 1 AngG gibt es meist keine automatische Probezeit. Wird eine solche gewünscht, muss sie, sofern nicht ausnahmsweise bereits der Kollektivvertrag³²⁶ eine solche vorsieht, ausdrücklich vereinbart werden.³²⁷

Der Probezeitraum kann nicht beliebig festgelegt werden, sondern ist grundsätzlich mit einem Monat limitiert.³²⁸ Gemäß § 40 AngG handelt es sich bei der Bestimmung des § 19 Abs 2 AngG um zwingendes Recht. Eine Aufhebung oder Einschränkung zu Ungunsten des Arbeitnehmers ist weder durch Arbeitsvertrag, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung zulässig.³²⁹

Bei Arbeitern ist die Rechtslage je nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag unterschiedlich. Sieht der Kollektivvertrag keine Probezeit vor, kann eine solche ausdrücklich einzelvertraglich bis zum Höchstmaß eines Monats vereinbart werden.³³⁰ Enthält der Kollektivvertrag eine kürzere Probezeit, wie zB in der Gastronomie, kann sie durch Vereinbarung nicht wirksam verlängert werden.³³¹

Eine Sonderregelung enthält das HGHAG, welches als Höchstdauer der Probezeit eine Woche normiert.³³² Weitere Sonderregelungen finden sich auch im § 18 Abs 2 HBG sowie im § 16 Abs 2 GAngG.³³³ Für Lehrverhältnisse gilt, dass während der ersten drei Monate sowohl der Lehrberechtigte als auch der Lehrling das Lehrverhältnis jederzeit einseitig auflösen kann. Erfüllt der Lehrling während der ersten drei Monate seine Schulpflicht in einer lehrgangsgemäßen Berufsschule, so kann das Lehrverhältnis während der ersten sechs Wochen der Ausbildung im Lehrbetrieb jederzeit einseitig gelöst werden.³³⁴

³²⁶ So sieht zB der Kollektivvertrag für Angestellte in Handelsbetrieben eine einmonatige Probezeit vor. Ist von den Arbeitsvertragsparteien eine Probezeit nicht erwünscht, muss ein Ausschluss ausdrücklich vereinbart werden.

³²⁷ Vgl. *Schrank/Mazal*, aaO.

³²⁸ Vgl. § 1158 Abs 2 ABGB, § 19 Abs 2 AngG, § 16 Abs 2 GAngG, § 10 Abs 1 LArbG, § 4 Abs 3 VBG, § 8 Abs 1 BEinstG.

³²⁹ OGH 5.10.1971, 4 Ob 65/71.

³³⁰ Vgl. *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht³ 264.

³³¹ Vgl. OGH 2.9.2005, 8 Ob A 124/04z.

³³² Vgl. § 13 Abs 4 HGHAG.

³³³ *Rummel*, Kommentar zum ABGB² I (1990) § 1158 Rz 21.

³³⁴ Vgl. § 15 Abs 1 BAG; Vgl. weiters zur Probezeit von Lehrlingen *Rossmann*, Kollektivvertragliche Regelungen zur Probezeit des Lehrlings, ASoK 2001, 142; *Pichelmayer*, Probezeit bei Besuch einer lehrgangsmäßig geführten Berufsschule, RdW 1993, 307.

Ein ausdrückliches Verbot der Vereinbarung einer Probezeit normiert § 5 Abs 2 SchauSpG.

Die Probezeit beginnt mit dem vereinbarten Zeitpunkt des Arbeitsantritts und zwar ohne Rücksicht auf einen allenfalls verspäteten tatsächlichen Beginn der Arbeitsleistung. Bei der Berechnung der einmonatigen Frist wird der Tag mit gerechnet, an dem der Probemonat beginnt. Ein Probemonat, der am 1. Juni begonnen hat, endet daher am 30.6.³³⁵

Eine Auflösungserklärung muss innerhalb der Probezeit zugegangen sein. Eine schriftliche Auflösungserklärung wird erst mit der Zustellung an den Vertragspartner wirksam. Die Gefahr des Verzuges trägt der Erklärende.³³⁶

Nach Ansicht des OGH ist § 903 3. Satz ABGB, wonach dann, wenn der für die Abgabe einer Erklärung oder für eine Leistung bestimmte letzte Tag auf einen Sonntag oder anerkannten Feiertag fällt, an dessen Stelle der nächstfolgende Werkvertrag tritt, beim Arbeitsverhältnis auf Probe nicht anwendbar.³³⁷

Die Probezeit kann grundsätzlich nur am Beginn eines Dienstverhältnisses vereinbart werden.³³⁸ Wird die Probezeit nach Beginn des Dienstverhältnisses vereinbart, so ist sie nur insoweit gültig, als sie sich noch auf den seit Vertragsbeginn laufenden Monat bezieht.³³⁹

Gemäß ständiger Rspr³⁴⁰ bewirkt das Nichterscheinen des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz ohne weitere Erklärung eine konkludente Beendigung des Probearbeitsverhältnisses.

Vereinbaren die Parteien eine längere als die vom Gesetz vorgesehene Probezeit so ist zu unterscheiden. Prinzipiell ist eine derartige Vereinbarung einer längeren

³³⁵ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 216.

³³⁶ Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² I (1990) § 1158 Rz 29.

³³⁷ OGH 10.11.1994, 8 Ob A 286/94.

³³⁸ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 216.

³³⁹ Vgl. OGH 25.1.1972, 4 Ob 4/72.

³⁴⁰ OGH 7.8.2003, 8 Ob A 51/03p. Der OGH urteilt hier im Gegensatz zu konkludenten Austrittserklärungen weit weniger restriktiv und begründet dies insbesondere damit, dass die Rechtsfolgen bei einer Beendigung in der Probezeit weit weniger gravierend sind als bei einem Austritt.

Probezeit als echte Probezeit gesetzwidrig und damit ungültig.³⁴¹ Die Rechtsfolgen können verschieden sein, je nachdem, welcher Wille sich der gesetzwidrigen Vereinbarung entnehmen lässt. Wollten die Parteien ein unbefristetes Dienstverhältnis abschließen, dann geht das Arbeitsverhältnis unmittelbar im Anschluss an die gesetzliche Probezeit von einem Monat in ein unbefristetes Dienstverhältnis über.³⁴² Diente die über den Probemonat hinausgehende Befristung des Dienstverhältnisses nach dem Willen der Parteien tatsächlich zur Probe, besteht für die einen Monat übersteigende Zeit ein befristetes Dienstverhältnis.³⁴³

Eine vertraglich ausdrücklich vereinbarte Kombination von Probearbeitsverhältnis und einer Befristung ist rechtlich möglich und kann rechtswirksam vereinbart werden.³⁴⁴

2. Exkurs Analoge Anwendung der besonderen Diskriminierungsverbote des GleichbG sowie des BEinstG auf Probezeitauflösungen

Trotz grundsätzlicher Bestandschutzfreiheit der Arbeitsverhältnisse auf Probe finden – so nunmehr der OGH³⁴⁵ im Kontext einer Schwangerschaft zum Diskriminierungsverbot nach dem Geschlecht – alle besonderen Diskriminierungsverbote des GleichbG und BEinstG auch auf Probezeitauflösungen Anwendung, zumal diese Gesetze bereits den Zugang zur Beschäftigung und damit auch den Abschluss von Arbeitsverhältnissen erfassen.

Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Rechtsfolge für diesen vom Gesetzgeber wohl nicht bedachten Fall wendet der OGH die Anfechtbarkeit diskriminierender Kündigungen und Entlassungen analog an.³⁴⁶

³⁴¹ Vgl. OGH 20.9.2000, 9 Ob A 163/00m.

³⁴² OGH 21.9.1982, Arb 10.184.

³⁴³ OGH 15.1.1985, Arb 10.405.

³⁴⁴ *Mazal/Engelbrecht*, Der Angestelltendienstvertrag² (1999)75.

³⁴⁵ Vgl. OGH 31.8.2005, 9 Ob A 4/05m.

³⁴⁶ Vgl. *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht³ 265, ebenso *Löschnigg*, Schwangerschaft und Beendigung im Probemonat im Lichte der RL 92/85/EWG und 76/207/EWG, RdA 2002, 365.

Methodisch stützte sich dabei der OGH auf die weite Auslegung der Formulierungen „der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ in § 2 Abs 1 Z 7 und „vorzeitig beendet“ in § 2a Abs 8 GIBG 1979.³⁴⁷

Der OGH hat in der Entscheidung 9 Ob A 4/05m die Anwendbarkeit des damals einschlägigen GIBG 1979³⁴⁸ auf die Beendigung von Probearbeitsverhältnissen klargestellt.³⁴⁹ Der Geltungsbereich des GIBG 1979 erstreckte sich gemäß § 1 Abs 1 auf „Arbeitsverhältnisse aller Art, die auf privatrechtlichen Vertrag beruhen“³⁵⁰ Diese Geltungsbereichsbestimmung sah keine Einschränkungen im Hinblick auf Befristungen oder die Dauer des Arbeitsverhältnisses vor. Außerdem verfolgte der Gesetzgeber mit der Festlegung des Gleichbehandlungsgebotes das Ziel, jedweder Diskriminierung wegen des Geschlechts im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen entgegenzutreten.³⁵¹

In der Entscheidung des OGH vom 31.8.2005 qualifizierte der Gerichtshof die einseitige Lösung des Probearbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber als einen Anwendungsfall der Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Im konkreten Fall begehrte die Klägerin von der beklagten Partei wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots Schadenersatz. Diese Rechtsfolge sah das GIBG 1979 zwar bei Diskriminierungen im Zusammenhang mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses³⁵², nicht jedoch bei dessen Beendigung³⁵³ vor.

Die Klägerin argumentierte damit, dass die einseitige Auflösung des Probearbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber der Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses näher sei und damit einen Schadenersatzanspruch nach sich ziehe.

³⁴⁷ *Eichinger*, Entscheidungsbesprechung zu 9 Ob A 4/05m, RdA 2006, 39.

³⁴⁸ Im Zeitpunkt der Erlassung der Entscheidung war noch das GIBG 1979, BGBl Nr 108/1979 anzuwenden.

³⁴⁹ Siehe *Eichinger*, Entscheidungsbesprechung zu 9 Ob A 4/05m, RdA 2006, 39.

³⁵⁰ Dies entspricht auch der Nachfolgeregelung im § 1 Abs 1 Z 1 GIBG i.d.F. BGBl I 2004/66.

³⁵¹ Dasselbe Ziel hat das GIBG 2004; Vgl. dazu die EB zur RV, 307 BlgNR 22.GP 4 und 10.

³⁵² Vgl. dazu § 2 Abs 1 Z 1 iVm § 2a Abs 1 GIBG idF 1979.

³⁵³ Vgl. dazu § 2 Abs 1 Z 7 iVm § 2a Abs 8 GIBG idF 1979.

Der OGH³⁵⁴ verwies – ebenso wie die Vorinstanzen – auf das eindeutig zwischen Diskriminierungen bei der Begründung und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses differenzierende Rechtsfolgesystem des GIBG 1979, das für den ersten Fall einen Schadenersatzanspruch und für den zweiten Fall das Recht zur Anfechtung der diskriminierenden Beendigung vorsah.³⁵⁵

Kritisch gesehen wurde die Anwendung des GIBG auf die Beendigung des Probe-arbeitsverhältnisses von *Rauch*³⁵⁶. Er begründet dies mit dem besonderen Zweck dieser nach dem Gesetz zu vereinbarenden, zeitlich begrenzten Probezeit. Der Probemonat dient dem Arbeitgeber zur praktischen Erprobung der Eignung neu eingestellter Arbeitnehmer für die Ausübung der vereinbarten Tätigkeiten und dem Arbeitnehmer zum Kennenlernen der betrieblichen Verhältnisse. Mit diesem Zweck korrespondiert das vom Gesetz beiden Vertragsparteien eingeräumte Recht zur jederzeitigen Auflösung des Probearbeitsverhältnisses.³⁵⁷

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass die Möglichkeit des Arbeitgebers zur jederzeitigen einseitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit nicht grundsätzlich beschränkt wird, sondern nur mit dem in der Rechtsordnung fest verankerten Ziel, Diskriminierungen im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen möglichst effektiv zu begegnen, in Einklang gebracht werden soll.

3. Abgrenzung vom Dienstverhältnis zur Probe

Im Falle des Dienstverhältnisses zur Probe handelt es sich um ein Dienstverhältnis auf bestimmte Dauer, dessen Zwecksetzung ebenso in der Erprobung des Dienstnehmers liegt.

³⁵⁴ Auch in der Entscheidung 9 Ob A 81/05k bekräftigte der OGH die Rechtsansicht, dass § 2a Abs 8 GIBG 1979 auch auf die Auflösung von Probearbeitsverhältnissen anzuwenden ist.

³⁵⁵ Diese Unterscheidung wurde im GIBG 2004 beibehalten, Vgl. dazu § 12 Abs 1 und Abs 7 GIBG idF 2004.

³⁵⁶ Vgl. dazu *Rauch*, Auflösung während der Probezeit wegen Schwangerschaft anfechtbar? ASoK 2005, 394.

³⁵⁷ Vgl. *Rauch*, aaO.

Beim Dienstverhältnis zur Probe stehen nur die Lösungsmöglichkeiten befristeter Dienstverträge zur Verfügung.³⁵⁸

4. Dienstverhältnis für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes

Das Dienstverhältnis für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes ist geregelt in § 1158 Abs 2 ABGB. Dieser normiert, dass ein für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes vereinbartes Dienstverhältnis während des ersten Monats von beiden Teilen jederzeit gelöst werden kann.³⁵⁹ Weitere Bestimmungen zu diesem Vertragstypus finden sich in § 20 Abs 5 AngG sowie in § 17 Abs 5 GAngG. Diese normieren eine Lösbarkeit des Dienstverhältnisses innerhalb des ersten Monats unter Einhaltung einer einwöchigen Kündigungsfrist.³⁶⁰

Will ein Arbeitgeber möglichst kurzfristig eine Aushilfskraft einstellen, deren Beschäftigungsdauer sich nicht annähernd prognostizieren lässt, so kommt ihm dieser von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Vertragstypus zugute.

Als schwierig erweist sich die Abgrenzung von Dienstverhältnissen, die mit dem Ende des Bedarfes aufgrund hinreichend objektivierbarer Kriterien befristet werden können.³⁶¹

Ob daher zum Beispiel die Aufnahme eines Dienstnehmers zur Durchführung des Christbaumhandels zur Weihnachtszeit ein Dienstverhältnis für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes oder ein befristetes Dienstverhältnis ist, ist durchaus strittig.³⁶²

Wesentliches Charakteristikum des Dienstverhältnisses für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes im Gegensatz zum befristeten Dienstverhältnis ist die mangelnde Bestimmbarkeit seines zeitlichen Endes. Es handelt sich daher grundsätz-

³⁵⁸ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 216.

³⁵⁹ § 1158 Abs 2 ABGB.

³⁶⁰ Vgl. § 20 Abs 5 AngG, § 17 Abs 5 GAngG.

³⁶¹ Vgl. Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 217.

³⁶² Vgl. Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² I, § 1158 Rz 33 -36.

lich um ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit, dessen Besonderheit sich in einer erleichterten Lösungsmöglichkeit manifestiert.³⁶³

II. Probearbeitsverhältnis und Arbeitskräfteüberlassung

1. Zulässigkeit eines Probearbeitsverhältnisses bei Arbeitskräfteüberlassung

Im AÜG findet sich keine ausdrückliche Bestimmung darüber, dass die Vereinbarung eines Probearbeitsverhältnisses zulässig ist. Der OGH³⁶⁴ hat in seiner Entscheidung vom 28.8.1991 die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Probearbeitsverhältnisses auch für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung mit der Begründung bejaht, dass das AÜG nur rudimentär das unbedingt Notwendige normiere, so dass man aus der Nichtregelung der Erprobungsmöglichkeit nicht auf deren gänzliche Unzulässigkeit schließen könne.³⁶⁵

Für die Zulässigkeit einer Probezeitvereinbarung bei Arbeitskräfteüberlassung spricht auch, dass selbst mit einer Schwangeren trotz ihres besonders ausgeprägten Kündigungs- und Entlassungsschutzes ein Probearbeitsverhältnis wirksam vereinbart werden kann. Der Oberste Gerichtshof hat dies in seiner Grundsatzentscheidung vom 8.3.1983 ausdrücklich bejaht.³⁶⁶

Ein mögliches Argument gegen die Zulässigkeit einer Probezeitvereinbarung bei Arbeitskräfteüberlassung, dass nämlich gemäß § 11 Abs 2 Z 4 AÜG schon die einmalige Befristung mangels einer sachlichen Rechtfertigung verboten sei, ent-

³⁶³ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 217.

³⁶⁴ OGH 28.8.1991, 9 Ob A161/91; Vgl. auch zur Zulässigkeit der Vereinbarung einer Probezeit bei Arbeitskräfteüberlassung OGH 20.11.1991, 9 Ob A 602/91; OGH 29.9.2004, 9 Ob A 101/04z.

³⁶⁵ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 125; *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung 51; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 5; *Schwarz*, Ausgewählte Rechtsfragen, DRdA 1988, 428; *Dirschmied*, Probezeit und Entgeltanspruch bei Arbeitskräfteüberlassung, DRdA 1992, 158.

³⁶⁶ OGH 8.3.1983, 4 Ob 18/83.

kräftet *Mosler*³⁶⁷ anhand der unterschiedlichen Zielsetzungen. Das Verbot des § 11 Abs 2 Z 4 AÜG soll die Abwälzung des Wirtschaftsrisikos auf die Arbeitskraft verhindern, was aufgrund der nur höchstens einmonatigen Probezeit nicht vereitelt werde.

Dennoch scheint die Möglichkeit der Vereinbarung von Probearbeitsverhältnissen für die überlassenen Arbeitskräfte eine gewisse Gefahr in sich zu bergen. Oft sind die Einsätze in Beschäftigertrieben kürzer als einen Monat. Die Stichtagserhebung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit für das Jahr 2007 zeigt, dass in manchen Sparten die Mehrzahl der Arbeitnehmer nur bis zu einem Monat überlassen wurden. Dies gilt insbesondere für die Sparte Gewerbe, Handwerk, Dienstleistungen, für den Handel, sowie für die Sparte Tourismus und Freizeitwirtschaft.³⁶⁸ Für die Überlasser liegt es daher nahe, neue Arbeitskräfte grundsätzlich einmal nur in Form eines Probearbeitsverhältnisses einzustellen, um sie dann im Falle einer Stehzeit schnell und günstig wieder los zu werden.

Ist dies der Fall, so überwälzt der Überlasser sein Wirtschaftsrisiko typischerweise auf die überlassenen Arbeitskräfte ab. Gerade diese Praktiken will das AÜG und insbesondere auch der § 11 Abs 2 Z 4 AÜG verhindern. Der Ansicht *Sacherer*³⁶⁹, dass genau geprüft werden müsste, welchen Zweck ein Überlasser mit dem Probearbeitsverhältnis tatsächlich erreichen will, ist mE nach daher zuzustimmen.

Dient das Probearbeitsverhältnis der Erprobung von Fähigkeiten der Arbeitskräfte, so ist seine Zulässigkeit zu bejahen. Will der Überlasser Vertragskonstruktionen schaffen, welche dazu dienen, die zwingenden Bestimmungen des AÜG zu umgehen, so ist die Vereinbarung der Probezeit nichtig und das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist³⁷⁰ zu beenden.³⁷¹

³⁶⁷ So *Mosler*, Probezeitvereinbarung im Rahmen des AÜG, DRdA 1992, 216f.

³⁶⁸ *Stichtagserhebung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit*, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2007.

³⁶⁹ *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, (2001) 126.

³⁷⁰ Vgl. § 10 Abs 5 AÜG.

³⁷¹ Vgl. *Sacherer*, aaO.

2. Regelung einer Probezeit in den Kollektivverträgen

Während der Kollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting keine Regelung einer Probezeit beinhaltet, findet sich im Abschnitt IV Punkt 1 des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung nachstehende Bestimmung:

„Der erste Monat gilt als Probemonat. Während des Probemonats kann das Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Kündigungsfrist gelöst werden“.³⁷²

Aufgrund dieser Bestimmung im Kollektivvertrag bedarf es keiner separaten Vereinbarung einer Probezeit. Die Auflösung im Probemonat ist keine Kündigung, sondern es handelt sich um eine eigenständige Lösungsart, welche das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Zuganges ohne weitere Fristen und Termine beendet.³⁷³

Der Wortlaut „der erste Monat“ ist laut *Schindler*³⁷⁴ einschränkend dahin gehend zu verstehen, dass es sich stets nur um den ersten Monat der erstmaligen Beschäftigung bei einem bestimmten Überlasser handelt. Bei einer neuerlichen Beschäftigung gilt unabhängig von der Dauer der Unterbrechung kein neuerlicher Probemonat kraft kollektivvertraglicher Anordnung.

Wird nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ein neues Arbeitsverhältnis zum selben Arbeitgeber begründet, kann ein neuerlicher Probemonat nur durch Vereinbarung zustande kommen, soweit eine solche Vereinbarung sachlich berechtigt ist. Eine lang dauernde Unterbrechung oder eine gänzlich andere Tätigkeit würden eine derartige Vereinbarung rechtfertigen. Jedenfalls wäre im Falle einer Unterbrechung Abschnitt V, Punkt 1 des Kollektivvertrages zu berücksichtigen. Dieser regelt, dass bei einer Unterbrechung des

³⁷² So *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV (2003) 30.

³⁷³ Vgl. *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV 3.

³⁷⁴ Vgl. *Schindler* aaO.

Arbeitsverhältnisses von bis zu 60 Tagen eine Zusammenrechnung der Dienstzeiten vorzunehmen ist, sodass eine neuerliche Probezeit nicht wirksam vereinbart werden kann.³⁷⁵

Anderer Ansicht ist hier der OGH³⁷⁶, der in seiner Entscheidung vom 8.9.2005 festgestellt hat, dass diese Auslegung vom Kollektivvertragstext nicht gedeckt ist. Dies ergibt sich nach Ansicht des OGH auch aus den nachfolgenden Ziffern des Art. IV. So regelt zB der Art IV Z 2 des Kollektivvertrages die Verpflichtung zur Aushändigung eines Dienstzettels an die überlassene Arbeitskraft.

Diese Bestimmung kommt auch bei jedem neuen Dienstverhältnis zum Tragen, sodass nach Ansicht des OGH das Bestehen einer Probezeit für jedes neue Dienstverhältnis zu gelten hat.

Der OGH verneint in dieser Entscheidung auch die Anwendung der Zusammenrechnungsregel des Art V Z 1 des genannten Kollektivvertrages für die Frage, ob bei einem weiteren Arbeitsverhältnis ein Probemonat zur Anwendung gelangt und begründet dies damit, dass sich die Bestimmung des Art V Z 1 auf dienstzeitabhängige Ansprüche des Arbeitnehmers bezieht.³⁷⁷

ME ist hier der Ansicht *Schindlers* zuzustimmen, dass aus dem Kollektivvertragstext entnommen werden kann, dass als Probemonat nur der erste Monat bei einem bestimmten Beschäftiger angedacht ist. Insbesondere das Wort „Der erste“ könnte hier ein Hinweis sein. Da eine Probezeit prinzipiell nur am Beginn eines Dienstverhältnisses vereinbart werden kann, und es sich daher logischerweise beim Probemonat um den ersten Monat des Dienstverhältnisses handelt, wäre daher dieser Hinweis auf „das erste“ Monat etwas verfehlt. Diese Formulierung hätte jedoch dann Sinn, wenn man davon ausgeht, dass die Dienstverhältnisse von überlassenen Arbeitskräften öfters beendet und wieder zum selben Überlasser aufgenommen werden.

³⁷⁵ *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV, 73.

³⁷⁶ Vgl. OGH 8.9.2005, 8 Ob A 42/05t.

³⁷⁷ Vgl. OGH 8.9.2005, 8 Ob A 42/05t.

Geht man daher davon aus, dass bei einer neuerlichen Begründung eines Dienstverhältnisses zum selben Überlasser das erste Monat kein Probemonat ist, ist der Ansatz Schindlers, dass ein neuerlicher Probemonat vereinbart werden muss und diese Vereinbarung sachlich gerechtfertigt sein muss, durchaus sinnvoll. Sowohl die Arbeitgeberseite als auch die Arbeitnehmerseite hatte bereits Gelegenheit zur Erprobung im Rahmen des ersten Probemonates. Eine Probezeit hätte wirklich zB nur dann einen Sinn, wenn der Arbeitnehmer eine andere Tätigkeit ausübt.

Die Anwendung der Zusammenrechnungsregel des Art V Z 1 des Arbeitskräfteüberlassungs –KV ist mE zu verneinen, da sich diese – wie auch der OGH richtig erkannt hat- nur auf dienstzeitabhängige Ansprüche bezieht.

III. Kündigung des Dienstverhältnisses

1. Allgemeines zur Auflösung von Dienstverhältnissen durch Kündigung

Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die an gewisse Termine und Fristen gebunden ist. Eine bestimmte Form ist für die Kündigung nicht vorgesehen. Sie kann sowohl schriftlich als auch mündlich erklärt werden. Ebenso wäre eine konkludente Kündigung denkbar.³⁷⁸ Ist vom Gesetz³⁷⁹ das Formerfordernis der Schriftlichkeit für eine Kündigung vorgesehen, so hat die Nichteinhaltung dieser Formvorschrift die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung zur Folge. Die Schriftform einer Kündigung durch den Dienstgeber kann sich auch im Sinne des Günstigkeitsprinzips auch aus dem Dienstvertrag oder einem Kollektivvertrag ergeben.³⁸⁰ Weder der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung noch der Kollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting sehen eine

³⁷⁸ Mazal, Der Angestelltendienstvertrag² 76.

³⁷⁹ Vgl. § 19 GAngG, § 30 Abs 3 SchauSpG, § 32 Abs 1 VBG

³⁸⁰ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 457.

derartige Formvorschrift vor. Die Praxis zeigt, dass Kündigungen größtenteils schriftlich erfolgen und zwar aus Beweis Zwecken.

2. Kündigungsfrist

Der Zeitraum zwischen dem Ausspruch der Kündigung und der tatsächlichen Beendigung des Dienstverhältnisses wird als Kündigungsfrist bezeichnet. Kündigungsfristen verfolgen wie auch die anschließend zu erörternden Kündigungsstermine den Zweck, die unerwartete, sofortige, einseitige Beendigung des Dienstverhältnisses zu verhindern, um dem Vertragspartner Gelegenheit zu geben, seine Situation den neuen Umständen anzupassen.³⁸¹

Kündigungsfristen können in Gesetzen, in Kollektivverträgen, in Betriebsvereinbarungen oder auch in Arbeitsverträgen geregelt sein. Innerhalb der einzelnen Arbeitnehmergruppen gibt es gravierende Unterschiede bei den Kündigungsfristen.³⁸² Für Angestellte sieht das Angestelltengesetz³⁸³ abhängig von der Anzahl der Dienstjahre eine Staffelung der Kündigungsfristen bei Kündigung durch den Dienstgeber vor. Bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer ist vom Angestelltengesetz eine einmonatige Frist vorgesehen. Diese Frist kann durch Vereinbarung auf bis zu einem halben Jahr ausgedehnt werden, doch darf die vom Dienstgeber einzuhaltende Frist nicht kürzer sein als die mit dem Angestellten vereinbarte.³⁸⁴

³⁸¹ Rummel, Kommentar zum ABGB² I (1990) Rz 75.

³⁸² Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 457f; In der Entscheidung BVfG 30.5.1990, 1 BVL 2/83 hat das deutsche Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die ungleichen gesetzlichen Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte mit dem Gleichheitsgebot des Bonner Grundgesetzes nicht vereinbar sind; siehe dazu auch Mazal, Kündigungsfristen und Gleichheitssatz, *ecol* 1990 495; Runggaldier, Verfassungswidrigkeit ungleicher Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte?, *RdW* 1990, 380ff. 495; Resch, Unterschiedliche Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte verfassungswidrig?, *RdA* 1991, 79.

³⁸³ Vgl. § 20 Abs 2 AngG.

³⁸⁴ Vgl. § 20 Abs 4 AngG.

Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um einseitig zwingende Bestimmungen des Angestelltenrechts, sodass eine Abänderung nur zu Gunsten des Arbeitnehmers zulässig ist.³⁸⁵

Die Kündigungsbestimmungen des § 20 AngG gelten nur für Angestellte, die auf den Monat bezogen mindestens ein Fünftel des 4,3fachen der durch Gesetz oder KV vorgesehenen wöchentlichen Normalarbeitszeit erbringen. Bei einer Normalarbeitszeit von 40 Wochenstunden müsste man somit zumindest eine 8-stündige Wochennormalarbeitszeit aufweisen, um unter das Kündigungsrecht des § 20 AngG zu fallen. Wird diese Mindestarbeitszeit nicht erbracht, kommen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses die §§ 1159a³⁸⁶ oder 1159b³⁸⁷ ABGB zur Anwendung.³⁸⁸

Für Arbeiter ist gemäß § 77 GewO eine Kündigungsfrist von 14 Tagen vorgesehen; dies gilt sowohl für den Dienstnehmer als auch den Dienstgeber.³⁸⁹ Im Gegensatz zu den Fristen des Angestelltengesetzes kann diese 14-tägige Frist durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers geändert werden.³⁹⁰

Gemäß § 1159 c ABGB müssen die Kündigungsfrist für Dienstgeber und Dienstnehmer gleich lang sein. Wurden ungleiche Fristen vereinbart, dann gilt für beide Parteien die längere Frist.³⁹¹ Dieses Fristengleichheitsgebot ist einseitig zwingend, sodass für den Arbeitnehmer eine kürzere Kündigungsfrist vereinbart werden kann.³⁹²

In der Praxis ist die gesetzliche Kündigungsfrist nur in jenen Branchen von Bedeutung, für die kein Arbeiterkollektivvertrag wirksam ist. Die Arbeiterkollektiv-

³⁸⁵ Vgl. § 40 AngG.

³⁸⁶ § 1159a ABGB sieht eine vierwöchige Kündigungsfrist bei Diensten höherer Art vor, die die Erwerbstätigkeit des Dienstnehmers hauptsächlich in Anspruch nehmen. Das Dienstverhältnis muss bereits drei Monate gedauert haben.

³⁸⁷ § 1159 b sieht eine vierzehntägige Kündigungsfrist vor.

³⁸⁸ Vgl. *Schrenk*, Kündigungsfristen und Kündigungstermine im Arbeitsrecht, taxlex, 2006, 628.

³⁸⁹ Vgl. § 77 GewO.

³⁹⁰ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 458.

³⁹¹ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 458.

³⁹² Vgl. dazu OGH 8.7.1992, ZAS 1996, 60 mit Bespr von *Micheler*; DRdA 1993, 117 mit Bespr von *Grillberger*.

verträge haben fast durchwegs von der zulässigen Möglichkeit Gebrauch gemacht, andere Kündigungszeitbestimmungen festzulegen. Diese sind allerdings sehr unterschiedlich.

Sie reichen von überhaupt keiner Kündigungsfrist bis zu Kündigungsfristen, die der Anfangskündigungsfrist der Angestellten nahe kommen oder diese überschreiten oder die Arbeitgeberkündigungsfristen jenen bei den Angestellten angleichen.³⁹³

Für eine Reihe von Dienstnehmern gibt es spezielle Regelungen bezüglich der Kündigungsfrist.³⁹⁴ Sehen Sondergesetze keine hinreichenden Regelungen vor, dann gelangt subsidiär das ABGB³⁹⁵ zur Anwendung.

a. Kündigungstermin

Unter dem Kündigungstermin versteht man entweder den Zeitpunkt des Erlöschens des Arbeitsverhältnisses oder den Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung.³⁹⁶

Normalerweise wird Ersteres unter dem Begriff des Kündigungstermins subsumiert.

Prinzipiell ist eine Dienstgeberkündigung nur zum Quartal (31.März, 30.Juni, 30. September, 31. Dezember) möglich³⁹⁷, eine Kündigung durch den Dienstnehmer mit dem letzten Tag des Kalendermonats. Es kann aber auch eine anderweitige Vereinbarung getroffen werden, jedoch nur zugunsten des Angestellten.³⁹⁸ § 20 Abs 3 AngG normiert, dass als Kündigungstermin der fünfzehnte oder letzte eines

³⁹³ Vgl. *Mazal*, Arbeitsrecht³ 285.

³⁹⁴ Vgl. § 17 GAngG, § 4 JournG, § 30 Abs 1 SchauSpG, § 18 Abs 4 HausbG, § 13 Abs 2 HGHaG, § 33 VBG, § 28 LArbG.

³⁹⁵ Vgl. §§ 1159, 1159a, 1159b ABGB.

³⁹⁶ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht, 461.

³⁹⁷ Eine Ausnahme besteht im Konkurs. Kündigt der Masseverwalter innerhalb des begünstigten Zeitraumes nach Konkurseröffnung, braucht er nur die gesetzlichen Kündigungsfristen, jedoch keinen Kündigungstermin einzuhalten.

³⁹⁸ Vgl. §§ 20 Abs 2, 20 Abs 4 AngG.

jeden Kalendermonates vereinbart werden kann. Diese Abdingung der Quartalskündigung kann sowohl durch Arbeitsvertrag als auch durch Kollektivvertrag erfolgen.³⁹⁹

Der Kollektivvertrag kann aber auch durch Übernahme der Quartalskündigung aus der dispositiven gesetzlichen Regelung eine zwingende kollektivvertragliche Regelung machen.⁴⁰⁰

Aufgrund des Grundsatzes, dass die Kündigungsfreiheit des Angestellten nicht stärker eingeschränkt werden darf als jene des Arbeitgebers, wäre bei Vereinbarung von gleich langen Kündigungsfristen die zusätzliche Einräumung eines Kündigungstermines zu jedem 15. eines Kalendermonates nur für die Arbeitgeberseite unzulässig.⁴⁰¹

Für die Arbeitnehmergruppe der Arbeiter sieht die GewO⁴⁰² keinerlei Kündigungstermine vor. Eine Abbedingung dieser Bestimmung ist durch Kollektivvertrag möglich.⁴⁰³

Für eine Reihe von Arbeitnehmer bestehen gesetzliche Sonderregelungen.⁴⁰⁴

b. Rechtswirkungen der Kündigung

Da es sich bei der Kündigung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, entfaltet sie ihre Rechtswirkungen erst ab dem Zeitpunkt des Zugangs beim Erklärungs-

³⁹⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 462.

⁴⁰⁰ Der Kollektivvertrag für Angestellte und Lehrlinge in Handelsbetrieben sieht vor, dass nach fünfjähriger Dienstzeit im gleichen Betrieb eine Kündigung nur zum Quartalsende möglich ist.

⁴⁰¹ Vgl. OGH 23.10.2000, 8ObA174/00x ; Bespr in DRdA 2001, 349.

⁴⁰² Vgl. § 77 GewO.

⁴⁰³ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 462.

⁴⁰⁴ Vgl § 18 Abs 3 HausbG; § 13 Abs 2 HGHaG; § 30 Abs 1 SchauSpG; § 33 VBG; § 28 LArbG.

gegner. Entscheidend ist, dass dieser unter verkehrsüblichen Umständen von der Kündigung Kenntnis erlangen kann.⁴⁰⁵

Die gültig empfangene Kündigung löst das Dienstverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist zum entsprechenden Termin auf. Der Dienstnehmer ist weiterhin zur Dienstleistung und der Dienstgeber zur Entgeltleistung verpflichtet.

Der Dienstgeber kann auf die weiteren Dienste des Dienstnehmers in Form einer Dienstfreistellung verzichten. Von seiner Entgeltleistungspflicht wird er dadurch aber nicht befreit.⁴⁰⁶ In der Praxis werden nicht selten Dienstfreistellungen vereinbart. Dienstgeber haben insbesondere dann Interesse an einer solchen Vereinbarung, wenn die Kündigung des Dienstverhältnisses Dienstnehmer betrifft, die im Rahmen ihrer Tätigkeit Zugang zu sensiblen Daten, zB Kundendaten haben.

Während der Kündigungsfrist stehen dem Dienstnehmer Postensuchtage zu, dh es ist dem Dienstnehmer pro Woche ein freier Tag ohne Schmälerung seines Entgelts für die Postensuche zu gewähren.⁴⁰⁷

c. Frist bzw. terminwidrige Kündigung

Eine frist bzw. terminwidrige Kündigung liegt dann vor, wenn die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist bzw. der Kündigungstermin nicht eingehalten wurde. Die herrschende Judikatur⁴⁰⁸ und ein erheblicher Teil der Lehre stehen auf dem Standpunkt des Schadenersatzprinzips. Jede Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich zu dem im Kündigungsausspruch enthaltenen Zeitpunkt, gleichgültig ob dieser gesetzlich oder vertraglich gedeckt ist.⁴⁰⁹ Nach Ablauf der

⁴⁰⁵ Arb. 8835: Eine eingeschriebene Kündigung gilt nicht bereits mit der Hinterlegung der Verständigung, sondern erst mit der ersten Tag der Abholfrist als zugestellt.

⁴⁰⁶ *Rummel*, Kommentar zum ABGB² I Rz 68.

⁴⁰⁷ Vgl. §§ 22 AngG, 1160 ABGB.

⁴⁰⁸ Vgl OGH 15.10.1974, 4 Ob 60/74; OGH 25.03.1980 4 Ob 137/79; OGH 08.07.1993 9 ObA 166/93.

⁴⁰⁹ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 463.

zu kurzen Kündigungsfrist besteht für den Arbeitnehmer keine Arbeitspflicht mehr.⁴¹⁰

Das Schadenersatzprinzip knüpft an die Regeln über die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses und gewährt die im Falle ungebührender Lösung gebührenden Ersatzansprüche analog. Der Arbeitnehmer behält den Anspruch auf Entgelt für den Zeitraum der bis zur ordnungsgemäßen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine fristgerechte Kündigung hätte verstreichen müssen.⁴¹¹ Sowohl die Präklusivfristen⁴¹² zur Geltendmachung der Ersatzansprüche sind zu beachten als auch die Anrechnungsbestimmungen⁴¹³ finden sinngemäß Anwendung.

Von der älteren Rechtssprechung⁴¹⁴ und einem Teil der Lehre⁴¹⁵ wird im Hinblick auf termin- bzw. fristwidrige das Konversionsprinzip vertreten. Dieses deutet die zeitwidrige Kündigung in eine rechtmäßige Lösungserklärung zum nächstzulässigen Zeitpunkt um. Damit gibt es dem Kündigenden die Möglichkeit sein fehlerhaftes Verhalten zu korrigieren.⁴¹⁶

Die Konversionstheorie nimmt aber auf die Interessen des Erklärungsgegners insofern wenig Rücksicht als dieser sich in einem Zustand der Unsicherheit befindet und nicht weiß, ob er nach Ablauf der verkürzten Kündigungsfrist seine Leistungsbereitschaft bekunden soll.⁴¹⁷

⁴¹⁰ OGH 20.3.1931, ArbSlg 4075.

⁴¹¹ *Martinek/Schwarz*, Angestelltengesetz⁶ 402; *Mazal*, Der Angestelltendienstvertrag² 78; OGH 11.8.1993, 9 Ob A 229/93.

⁴¹² Sowohl der § 1162d ABGB als auch § 34 Abs 1 AngG sehen sechs Monate für die gerichtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vor.

⁴¹³ Vgl. §§ 1162b ABGB, 29 Abs 1 AngG.

⁴¹⁴ Vgl. OGH 01.10.2003 7 Ob 210/03p; OGH 02.03.2005 7 Ob 272/04g.

⁴¹⁵ Vgl. dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 172 f; *Binder*, Zur Konversion von Rechtsgeschäften (1982), 71 ff.

⁴¹⁶ Vgl. *Martinek/Schwarz*, Angestelltengesetz⁶ 406.

⁴¹⁷ *Kuderna*, Die zeitwidrige Kündigung, DRdA 1969, 294ff.

IV. Kündigung und Arbeitskräfteüberlassung

1. Kündigungsbestimmungen für Angestellte

Gemäß § 11 Abs 1 Z 3 AÜG muss die Grundvereinbarung zwischen dem Überlasser und dem Arbeitnehmer zwingend eine Bestimmung über die Kündigungsfristen enthalten.⁴¹⁸ Hierbei sind Arbeiter und Angestellte auseinander zu halten. Für Überlassungskräfte, welche Angestellte sind, gilt § 20 AngG. Aufgrund des § 8 AÜG handelt es sich um eine zwingende Bestimmung.⁴¹⁹ § 8 Abs 1 AÜG normiert, dass Ansprüche die der überlassenen Arbeitskraft nach dem AÜG oder nach anderen zwingenden Rechtsvorschriften zustehen, vertraglich nicht ausgeschlossen werden.⁴²⁰

Das AÜG wirkt als Schutzgesetz zugunsten der überlassenen Arbeitskräfte einseitig zwingend. Vereinbarungen, welche eine Verbesserung der Position des Arbeitnehmers bewirken sind somit zulässig. Da sich § 8 Abs 1 AÜG ganz allgemein auf Ansprüche nach dem AÜG bezieht, ist der Inhalt des AÜG generell einseitig zwingendes Recht.⁴²¹

Der Kündigungstermin bestimmt sich ebenso nach § 20 AngG.

2. Kündigungsbestimmungen für Arbeiter

Für Arbeiter gelten die Kündigungsbestimmungen des § 77 GewO. Die 14- tägige Frist ist voll abdingbar, sodass sie beliebig verkürzt, verlängert oder gänzlich beseitigt werden kann.⁴²²

⁴¹⁸ Vgl. § 11 Abs 1 Z 3 AÜG.

⁴¹⁹ Vgl. *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 145.

⁴²⁰ Vgl. § 8 Abs 1 AÜG.

⁴²¹ *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 174.

⁴²² Vgl. *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 145.

a. Die Kündigungsfristen des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung

Der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung sieht abhängig von einer ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit nachstehende Kündigungsfristen vor⁴²³:

Bis 3 Jahre.....2 Wochen

Bis 5 Jahre.....3 Wochen

Bis 10 Jahre5 Wochen

Danach.....7 Wochen

Diese Fristen gelten sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer. Maßgeblich ist die Dauer der Betriebszugehörigkeit an jenem Tag, an dem die Kündigung hätte spätestens ausgesprochen werden können.⁴²⁴ Daraus ergibt sich, dass ein Erreichen einer längeren Dauer der Betriebszugehörigkeit während der bereits laufenden Kündigungsfrist keine Verlängerung der Kündigungsfrist zur Folge hat.⁴²⁵

Als Kündigungstermin sieht dieser Kollektivvertrag das Ende der Arbeitswoche vor. Gemeint ist hier die betriebliche Arbeitswoche, nicht die persönliche Arbeitswoche des betroffenen Arbeitnehmers. Das Ende der betrieblichen Arbeitswoche ist jener Arbeitstag, an dem zuletzt in dieser Kalenderwoche die Mehrzahl der Arbeitnehmer tätig ist bzw. tätig sein wird. Es kommt auf die Verhältnisse bei Überlasser an, nicht auf die Arbeitszeitverteilung beim Beschäftiger. Im Regelfall ist der Freitag der letzte Tag der Arbeitswoche.

Die Kündigung muss dem Erklärungsempfänger spätestens am letzten Tag der betrieblichen Arbeitswoche zugegangen sein, sonst endet das Arbeitsverhältnis

⁴²³ Vgl. Art. IV Punkt 3 des KV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung.

⁴²⁴ OGH 16.12.1986, 14 OB 207/86, Arb 5698.

⁴²⁵ *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV 83.

erst eine Woche später. Das gilt sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer.⁴²⁶

b. Zulässigkeit einer Kündigung nach dem Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung

Gemäß Art. IV Punkt 3 des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht wegen des Endes einer Überlassung und frühestens fünf Tage nach dem Ende der Überlassung kündigen. Der Kollektivvertrag knüpft hier an eine Entscheidung des OGH⁴²⁷ an, in welcher dieser ausgesprochen hat, dass der Überlasser das wirtschaftliche Risiko von Stehzeiten tragen müsse. Kündigungen, welche aus diesem Motiv ausgesprochen werden sind rechtsunwirksam.

Eine Klage wegen Verletzung des kollektivvertraglichen Kündigungsverbots ist auf Feststellung des aufrechten Bestandes des Arbeitsverhältnisses zu richten. Im Hinblick auf die Rechtsfolgen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses scheint in einem derartigen Fall eine schnelle Lösung der Rechtslage für beide Parteien von Interesse. Die Kollektivvertragspartner haben daher für die gerichtliche Geltendmachung eine Frist von 6 Monaten vorgesehen. Der Fristenlauf beginnt mit dem Tag des Zuganges der Kündigung.⁴²⁸

Art IV Punkt 3 des Kollektivvertrages beinhaltet jedoch kein generelles Kündigungsverbot während Einsätzen.

In der ab 1.1.2003 geltenden Fassung des Kollektivvertrages wurde dies insofern noch klarer formuliert, als das Kündigungsverbot bei Ende einer Überlassung dann nicht gilt, wenn die Kündigung aus Gründen erfolgt, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind.⁴²⁹

⁴²⁶ Schindler, aaO.

⁴²⁷ Vgl. OGH 9 Ob A 233/98z, Arb 11.790.

⁴²⁸ Schindler, Arbeitskräfteüberlassungs-KV, 82.

⁴²⁹ Schindler, Arbeitskräfteüberlassungs-KV, 71 ff.

Wenn eine „Stehzeit“ von vier Arbeitstagen vorliegt, ist eine danach ausgesprochene jedenfalls kollektivvertragskonform. Es handelt sich um Arbeitstage im Sinne der gängigen arbeitsrechtlichen Definition. Der Tag des Endes des Einsatzes zählt noch nicht mit. Ergibt sich während der „Stehzeit“ ein neuer Einsatz, sei es auch nur ein kurzer, so löst dessen Ende erneut eine vier Arbeitstage dauernde Verbotsfrist aus.⁴³⁰

3. Die Bestimmung des § 10 Abs 5 AÜG

§ 10 Abs 5 AÜG normiert, dass bei Kündigung des Vertrages zwischen Arbeitskraft und Überlasser eine Kündigungsfrist von 14 Tagen einzuhalten ist, sofern nicht durch Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag eine längere Frist festgesetzt ist.⁴³¹ Diese 14-tägige Frist gilt sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer.⁴³²

Damit die Kündigungsfrist vertraglich nicht auf ein Minimum reduziert wird, handelt es sich beim § 10 Abs 5 AÜG um eine zwingende Bestimmung. Diese Frist kann durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag verlängert, aber nicht verkürzt werden.

Ein Kündigungstermin ist im AÜG nicht vorgesehen.⁴³³

Die Bestimmungen des § 20 AngG sind durch die Regelung des § 10 Abs 5 AÜG nicht in Frage gestellt. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes.⁴³⁴ Die Notwendigkeit der Bestimmung des § 10 Abs 5 AÜG zeigt sich viel deutlicher im Arbeiterbereich. Der Möglichkeit der Abbedingung der gemäß § 77 GewO vor-

⁴³⁰ Anderer Ansicht ist *Adametz*, der davon ausgeht, dass keine neue Sperrfrist von 4 Arbeitstagen entsteht, wenn bei Ende des Einsatzes ausdrücklich angekündigt wurde, dass eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses beabsichtigt ist und nur ein kurzer Einsatz während der 4 Arbeitstage erfolgt; vgl. *Adametz in Adametz/Schindler*, Gemeinsame Erläuterungen der Kollektivvertragspartner zum Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung.

⁴³¹ Vgl. § 10 Abs 5 AÜG.

⁴³² *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 170; *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 207.

⁴³³ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, 68.

⁴³⁴ Vgl. § 10 Abs 5 AÜG: „Sofern nicht durch Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag eine längere Frist festgesetzt ist.“

gesehenen 14-tägigen Kündigungsfrist sind durch den § 10 Abs 5 AÜG Grenzen gesetzt.⁴³⁵ Durch das Inkrafttreten des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung ist die Bedeutung des § 10 Abs 5 AÜG mE reduziert auf diejenigen Betriebe, die nicht diesem Kollektivvertrag unterliegen.

⁴³⁵ *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 146.

4. Allgemeiner Kündigungsschutz gemäß § 105 ArbVG und Arbeitkräfteüberlassung

a. Allgemeiner Kündigungsschutz gemäß § 105 ArbVG

Das Vorverfahren

Unter dem allgemeinen Kündigungsschutz versteht das ArbVG die Möglichkeit, bei Vorliegen gewisser Gründe, die Kündigung beim Arbeits- und Sozialgericht anfechten zu können.

Da der allgemeine Kündigungsschutz als Mitwirkungsrecht der Belegschaft konstruiert ist, kam er ursprünglich nur in betriebsratspflichtigen Betrieben⁴³⁶ zum Tragen.

Keine Anwendung findet der allgemeine Kündigungsschutz zum Beispiel bei leitenden Angestellten oder Geschäftsführern einer GmbH.⁴³⁷ Mit Änderung des AVRAG⁴³⁸ im Jahr 2000 besteht nunmehr auch in betriebsratslosen Betrieben die Möglichkeit eine Kündigung anzufechten. Diese Anfechtungsmöglichkeit ist allerdings auf bestimmte Geburtsjahrgänge eingeschränkt.

⁴³⁶ Gemäß § 40 ArbVG sind in Betrieben, in denen dauernd mindestens fünf stimmberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden, Organe der Arbeitnehmerschaft zu bilden.

⁴³⁷ § 36 ArbVG definiert den Arbeitnehmerbegriff und regelt in seinem 2. Absatz gewisse Ausnahmen vom Arbeitnehmerbegriff.

⁴³⁸ Vgl. § 15 Abs 5 AVRAG; BGBl I 2000/44.

Gemäß § 105 ArbVG hat der Betriebsinhaber den Betriebsrat von jeder beabsichtigten Kündigung zu verständigen. Diese Verständigung ist an keine bestimmte Form gebunden.⁴³⁹

Vom Zeitpunkt der Verständigung kann der Betriebsrat innerhalb von fünf Arbeitstagen zur beabsichtigten Kündigung Stellung nehmen. Während dieser Frist kann der Betriebsrat verlangen, dass der Betriebsinhaber mit ihm über die Kündigung berät. Eine vor Ablauf der 5-Tage Frist ausgesprochene Kündigung ist rechtswirksam, es sei denn, dass der Betriebsrat die Stellungnahme schon vorher abgegeben hat.⁴⁴⁰

Die Fünftagefrist beginnt am ersten Tag nach der Verständigung des Betriebsrates und wird nach Arbeitstagen berechnet.⁴⁴¹ Unter Arbeitstagen sind nur solche Tage zu verstehen, an denen aufgrund der betrieblichen Arbeitszeiteinteilung die Mehrzahl der Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt ist.⁴⁴² Der Betriebsrat kann der Kündigung entweder widersprechen, zustimmen oder keine Stellungnahme abgeben. Der Ausspruch der Kündigung hat in unmittelbarem Anschluss an die Stellungnahme des Betriebsrates zu erfolgen. Damit wird der zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen Kündigung und Stellungnahme gewahrt.⁴⁴³

Die Anfechtungsgründe

Die Kündigung eines Arbeitnehmers kann aus zwei Gründen angefochten werden. Entweder ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt oder es liegt ein verpöntes Motiv vor. Die Gründe für eine Motivkündigung sind im § 103 Abs 3 Z1 ArbVG angeführt. Für den Arbeitnehmer besteht die größte Schwierigkeit im Falle einer „Motivanfechtung“ in der Beweisführung. Um diese zu erleichtern setzt § 105 Abs 5 ArbVG die Beweislast dahingehend herab, dass der Arbeitnehmer den An-

⁴³⁹ OGH 24.1.2001, 9 Ob A 12/01g.

⁴⁴⁰ Vgl. § 105 Abs 2 ArbVG.

⁴⁴¹ OGH 7.7.1981, 4 Ob 59/81.

⁴⁴² Vgl. § 63 Abs 1 BRGO.

⁴⁴³ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 473; DRdA 1986, 140 Pfeil; DRdA 2000, 413 Trost.

fechtungsgrund im Zuge des gerichtlichen Verfahrens glaubhaft macht In Folge hat der Arbeitgeber glaubhaft zu machen, dass ein anderes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war.⁴⁴⁴

Ist ein gekündigter Arbeitnehmer bereits sechs Monate im Betrieb beschäftigt, dann kann die Kündigung angefochten werden, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.⁴⁴⁵

Gemäß § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG gilt eine Kündigung dann als sozial ungerechtfertigt, wenn sie wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, es sein denn, dass der Betriebsinhaber den Nachweis erbringt, dass die Kündigung

a) durch Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren (persönlich bedingte Kündigung)⁴⁴⁶ oder

b) durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, begründet ist.⁴⁴⁷

Eine Beeinträchtigung der wesentlichen Interessen des Arbeitnehmers liegt bereits dann vor, wenn durch die Kündigung eine fühlbare finanzielle Schlechterstellung für die Zukunft zu erwarten ist. Dabei sind die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, wie Einkommen, Vermögen, auf Gesetz, Vertrag oder sittlichen Verpflichtungen beruhende Sorgfaltspflichten, das Einkommen des Ehegatten sowie Schulden und sonstigen Kosten der Lebenshaltung und Zukunftssicherung des Arbeitnehmers, soweit ihr Entstehungsgrund berücksichtigungswürdig ist.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 473.

⁴⁴⁵ Vgl. Rauch, Die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit im Lichte der jüngeren Judikatur, ASoK 1999, 42; Karl, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung (1999); Tomandl, Die sozialwidrige Kündigung – Analyse und Kritik der Rechtssprechung des OGH (1994); Kuder-na, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung nach § 105 Abs 3 Z2 ArbVG, DRdA 1975,9ff.

⁴⁴⁶ Vgl. Eichinger, Arbeitnehmerbedingte Kündigungsgründe, DRdA 1997, 96.

⁴⁴⁷ Vgl. § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG.

⁴⁴⁸ Vgl. Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 478f; Floretta, Zum Grundtatbestand der „Sozialwidrigkeit“ im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, wbl 1991, 14; Pircher, Die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen, ZAS 1994, 5; Karl, Zur Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG; Tomandl, Neue Judikatur zur sozialwidrigen Kündigung, ZAS 1999, 104.

Bei älteren Arbeitnehmern sind aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung sowohl eine vieljährige ununterbrochene Beschäftigungszeit im Betrieb als auch die wegen des höheren Lebensalters zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess besonders zu berücksichtigen.⁴⁴⁹

Bei Kündigung von älteren Arbeitnehmern, die ihr Dienstverhältnis ab dem 1.1.2004 begonnen haben und auf welche die Voraussetzungen des § 5a AMPFG⁴⁵⁰ zur Anwendung gelangen, sind während der ersten beiden Dienstjahre die Schwierigkeiten bei der Wiedererlangung eines Arbeitsplatzes nicht zu berücksichtigen. Bei dieser Gesetzesänderung war grundsätzlich zur Sicherung der Beschäftigung älterer Arbeitnehmer ein verstärkter Kündigungsschutz angedacht. Ein solcher hätte jedenfalls zur Folge, dass sich Arbeitgeber bei der Einstellung älterer Arbeitnehmer noch zurückhaltender verhalten. Daher wurde der Weg einer zeitlich begrenzten Einschränkung des Kündigungsschutzes für den Fall der Neuaufnahme älterer Arbeitnehmer gewählt.⁴⁵¹

Diese Gesetzesänderung kann mE für sich alleine betrachtet die Einstellung älterer Arbeitnehmer nicht fördern, da der eingeschränkte Kündigungsschutz ohnehin nur auf zwei Jahre begrenzt ist und Dienstgeber bei der Aufnahme von neuen Mitarbeitern wohl eher auf andere Faktoren (so zB Kostenfaktor aufgrund höherer Gehälter bzw. vermehrte Krankstände) achten als auf eine in der Zukunft gelegene Kündigung. Viel effektiver können sich die Bestimmungen des Budgetbegleitgesetzes 2003, welches konkrete Maßnahmen zur Senkung der Lohnnebenkosten beinhaltet,⁴⁵² auf die Neueinstellung älterer Mitarbeiter auswirken.

ME müsste auch die Sicherung der Beschäftigung älterer Arbeitnehmer bereits in einem früheren Lebensalter erfolgen, da bereits Personen ab dem 40. Lebensjahr aufgrund ihres Alters Probleme haben einen neuen Arbeitsplatz zu finden.

⁴⁴⁹ Vgl. § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG.

⁴⁵⁰ § 5a AMPFG normiert, dass der Dienstgeberbeitrag bei Arbeitnehmern, welche das 50. Lebensjahr vollendet haben entfällt.

⁴⁵¹ *Rauch*, Neuerungen bei der Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit, ASoK 2004, 70.

⁴⁵² Art. 88 Budgetbegleitgesetz sieht einen Entfall des Dienstgeberbeitrages zum Familienlastenausgleichsfonds für Arbeitnehmer, die das 60. Lebensjahr vollendet haben, einen Entfall des Arbeitslosenversicherungsbeitrages des Arbeitgeber für Dienstnehmer nach Vollendung des 56. bzw. 58. Lebensjahres und einen Entfall des Unfallversicherungsbeitrages nach Vollendung des 60. Lebensjahres.

In der Praxis läuft das Kündigungsanfechtungsverfahren meist so ab, dass das Arbeits- und Sozialgericht ein berufskundliches Gutachten einholt. Der berufskundliche Gutachter stellt dann fest, wie schnell der gekündigte Kläger unter Berücksichtigung seines Alters und seiner bisherigen Berufslaufbahn einen neuen, gleichwertigen Arbeitsplatz finden könnte. Abhängig von den getroffenen Feststellungen des berufskundlichen Gutachters kommt es dann entweder zur Abweisung des Klagebegehrens oder es wird geprüft, ob die Kündigung persönlich oder betrieblich bedingt war. Letztendlich werden jedoch – dies hat die Praxis gezeigt – die meisten Kündigungsanfechtungsverfahren durch gerichtlichen bzw. auch außergerichtlichen Vergleich beendet. Dies ist einerseits bedingt durch das für beide Parteien vorliegende Prozessrisiko; andererseits schwindet meist auf Arbeitnehmerseite – trotz vorliegender Arbeitslosigkeit – das Interesse im bisherigen Unternehmen weiter zu arbeiten. Die Verfahrensdauer spielt hier insofern eine nicht unerhebliche Rolle. Je länger die Gerichtsverfahren dauern, umso mehr schwindet auf Arbeitnehmerseite eine gewisse Emotionalität, die am Anfang des Gerichtsverfahrens zu beobachten ist. Damit steigt auch das Interesse des Arbeitnehmers das Verfahren durch Vergleich im Sinne einer finanziellen Abgeltung zu beenden.

Unter Berücksichtigung dieses Aspekts, dass die wenigstens Anfechtungsverfahren ausprozessiert werden, muss man sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Kündigungsschutzbestimmungen stellen.

Bei den vom Betriebsinhaber einzuwendenden Gründen bezüglich des Verhaltens des Arbeitnehmers muss es sich um solche von gravierender Natur handeln. Die Gründe müssen derart gewichtig sein, dass im Falle einer Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers die Leistungsfähigkeit oder Ordnung des Betriebes gestört wird.⁴⁵³

Die wirtschaftlichen Gründe, die zur Betriebsbedingtheit der Kündigung iS des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG führen, können vielfältiger Natur sein. Verringerte Auftragseingänge, sowie ein spürbarer Rückgang des Absatzes wurden ebenso als Ursachen für Personalreduktionen anerkannt wie Rationalisierungsmaßnahmen.⁴⁵⁴

⁴⁵³ Auch wiederholte Erkrankungen des Arbeitnehmers werden von der Rspr als persönliche Kündigungsgründe erachtet, Vgl. *Runggaldier*, Die krankheitsbedingte Kündigung, ZAS 1982, 130.

⁴⁵⁴ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 482.

Anfechtungsberechtigung und Anfechtungsfrist

Das ArbVG⁴⁵⁵ unterscheidet bezüglich der Anfechtungsberechtigung, ob im betriebsratspflichtigen Betrieb ein Betriebsrat existiert oder nicht. Existiert ein Betriebsrat und hat dieser gegen die Kündigung ausdrücklich Widerspruch erhoben, so kann der Betriebsrat innerhalb von einer Woche ab Zugang der Kündigung an den Arbeitnehmer diese bei Gericht anfechten. Der gekündigte Arbeitnehmer muss eine Anfechtung jedoch verlangen. Es genügt, wenn die Anfechtungsklage binnen einer Woche zur Post gegeben wird.⁴⁵⁶

Kommt der Betriebsrat dem Verlangen des Arbeitnehmers nicht nach, so hat dieser die Möglichkeit binnen einer weiteren Woche die Kündigung bei Gericht selbst anzufechten.

Hat der Betriebsrat zur Kündigung keine Stellungnahme abgegeben, so kann der Arbeitnehmer binnen einer Frist von einer Woche diese bei Gericht selbst anfechten.

Wurde in einem betriebsratspflichtigen Betrieb kein Betriebsrat errichtet, so kann der Arbeitnehmer ebenfalls binnen einer Woche ab Zugang der Kündigung diese bei Gericht anfechten.⁴⁵⁷

Hat der Betriebsrat einer Kündigung zugestimmt, kann der betroffene Arbeitnehmer die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit nicht mehr anfechten,⁴⁵⁸ eine Motivanfechtung ist sehr wohl möglich.

⁴⁵⁵ Vgl. § 105 Abs 4 ArbVG.

⁴⁵⁶ Vgl. *Wachter*, Postenlauf und Anfechtungsfrist bei der Kündigungsanfechtung, RdW 1986, 147. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nach Ansicht des OGH zulässig; Vgl. OGH 6.12.1989, ARD 4143/14/90.

⁴⁵⁷ Vgl. §§ 105 Abs 4, 107 ArbVG.

⁴⁵⁸ § 105 Abs 6 ArbVG.

b. Kündigungsschutz und Arbeitskräfteüberlassung

Betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit und Arbeitskräfteüberlassung

Bei einer Kündigung ist wie bereits ausgeführt das Vorverfahren gemäß § 105 ArbVG einzuhalten. Bei der Arbeitskräfteüberlassung stellt sich nun die Frage welcher Betriebsrat von einer beabsichtigten Kündigung zu verständigen ist, der des Überlassers oder jener des Beschäftigers. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft von überlassenen Arbeitskräften. Sind überlassene Arbeitskräfte Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes?

Gemäß § 36 ArbVG sind Arbeitnehmer alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen.⁴⁵⁹ Ob überlassene Dienstnehmer durch ihre faktische Tätigkeit im Betrieb zu Belegschaftsmitgliedern im Beschäftigerbetrieb werden, ist umstritten.

*Schnorr*⁴⁶⁰ verneint eine Belegschaftszugehörigkeit zur Gänze. Er ist jedoch der Ansicht, dass die überlassenen Arbeitskräfte zu ihrem Schutz sowie auch zur Wahrung der Interessen der Stammbeslegschaft des Beschäftigers in die Betriebsverfassung des Beschäftigerbetriebes integriert werden sollten, sodass bestimmte Angelegenheiten der Mitwirkungsrechte des Betriebsrates auf überlassene Arbeitskräfte ausgedehnt werden.⁴⁶¹

Es besteht kein Konsens darüber ob die Dauer der Verwendung im Beschäftigerbetrieb einen Einfluss auf die Qualifikation als Arbeitnehmer iS des § 36 ArbVG hat.⁴⁶² Einige Autoren messen der Dauer der Beschäftigung keine Bedeutung zu.

⁴⁵⁹ Vgl. § 36 ArbVG.

⁴⁶⁰ *Schnorr*, Die gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung, 113f.

⁴⁶¹ Schnorr meint hier insbesondere die personellen Angelegenheiten der §§ 98,99,101, 102 ArbVG, die Überwachungs- und Interventionsrechte des Betriebsrates nach §§ 89 und 90 ArbVG, die zustimmungspflichtigen Maßnahmen gemäß § 96 ArbVG, das betriebliche Vorschlagswesen gemäß § 97 Abs 1 Z14 und die betrieblichen Beschwerdeordnungen gemäß § 97 Abs 1 Z 20 ArbVG.

⁴⁶² *Mazal*, Personalbereitstellung und Betriebsverfassung, RdW 1987, 375.

⁴⁶³ *Strasser* dagegen meint, dass eine betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit zum Beschäftigterbetrieb sich nur dann ergeben kann, wenn die Überlassung für längere Zeit angedacht ist.⁴⁶⁴

Wieso das Zeitmoment ausgerechnet bei überlassenen Arbeitskräften ein Kriterium für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des § 36 ArbVG sein sollte, ist mE dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen.

In der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes⁴⁶⁵ vom 15.7.1987 hat dieser festgestellt, dass unabhängig von der Frage, ob die überlassene Arbeitskraft Arbeitnehmer im Sinne des § 36 ArbVG des Beschäftigterbetriebes ist, die Tatsache zu berücksichtigen ist, dass diese mit dem Überlasser den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Nur der Überlasser kann aufgrund des mit dem Arbeitnehmer abgeschlossenen Dienstvertrages das Dienstverhältnis auflösen und ist Adressat des Kündigungsschutzes gemäß § 105 ArbVG.

Weiters hat der OGH in dieser Entscheidung festgestellt, dass selbst dann, wenn die Arbeitskräfteüberlassung für einen längeren Zeitraum erfolgt, der Betriebsrat des Überlassers von der geplanten Kündigung zu verständigen ist.⁴⁶⁶

Nur der Betriebsrat des Überlassers ist funktionell dazu berufen die Interessen des gekündigten Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber wahrzunehmen. Dies zeigt sich deutlich bei der Vornahme eines Sozialvergleiches gemäß § 105 Abs 3 ArbVG. Für den Betriebsrat des Beschäftigterbetriebes wäre es schwierig bzw. gänzlich unmöglich festzustellen, für welchen der mehreren gekündigten Arbeitnehmer des Überlassers die Kündigung eine größere soziale Härte darstellt.

Der OGH hat in dieser Entscheidung auch festgestellt, dass selbst dann, wenn im Überlasserbetrieb kein Betriebsrat besteht, keine subsidiäre Verpflichtung zur Verständigung des Betriebsrates des Beschäftigterbetriebes besteht. Eine derartige

⁴⁶³ *Schrammel*, Der Angestellte „ex contractu“ im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, ZAS 1973, 167; *Tomandl*, Arbeitsrecht I, 55; *Geppert*, Gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1979) 131f; *Mazal*, aaO, begründet dies damit, dass sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht ergibt, dass die Dauer der Beschäftigung ein Kriterium für die Zugehörigkeit zur Belegschaft des Beschäftigterbetriebes sein kann.

⁴⁶⁴ *Floretta/Strasser*, Arbeitsrecht² II, 219.

⁴⁶⁵ Vgl. OGH 15.7.1987, 9 ObA 63/87.

⁴⁶⁶ Vgl. auch *Floretta*, KommzArbVG, 659; *Geppert*, Die gewerbsmäßige betriebene Arbeitskräfteüberlassung Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung 132f.

Verschiebung der Zuständigkeit zur Mitwirkung auf den Betriebsrat des Beschäftigterbetriebes findet im Gesetz keine Grundlage. Aufgrund des § 107 ArbVG⁴⁶⁷ ist dem Arbeitnehmer in einem solchen Fall die Anfechtung der Kündigung nicht verwehrt.⁴⁶⁸

Exkurs Versetzungsschutz und Arbeitskräfteüberlassung

§ 101 ArbVG normiert, dass die dauernde⁴⁶⁹ Einreihung eines Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz dem Betriebsrat unverzüglich mitzuteilen und auf sein Verlangen mit ihm darüber zu beraten ist. Ist mit der Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz eine Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen vorhanden, so bedarf sie zur ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates.⁴⁷⁰

Im Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung gibt es drei mögliche Denkvarianten einer Versetzung⁴⁷¹:

1. Die überlassene Arbeitskraft wird vom Überlasser in den Überlasserbetrieb abberufen oder direkt in einen anderen Beschäftigterbetrieb versetzt.
2. Die überlassene Arbeitskraft wird von ihrem bisherigen Arbeitsplatz beim Beschäftiger abberufen und innerhalb des Beschäftigterbetriebes mittels Weisung des Überlassers in eine andere Abteilung versetzt.
3. Der Beschäftiger versetzt die überlassene Arbeitskraft ohne Rücksprache mit dem Überlasser in eine andere Abteilung; dies wird ihm durch die weite Fassung

⁴⁶⁷ § 107 ArbVG normiert, dass Arbeitnehmer in Betrieben, in denen kein Betriebsrat errichtet ist, ein solcher aber zu errichten wäre binnen einer Woche ab Zugang der Kündigung diese bei Gericht anfechten können.

⁴⁶⁸ Vgl. OGH 15.7.1987, 9 ObA 63/87; *Harrer*, Betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit beim Leiharbeitsverhältnis und Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes, RdA, 1998, 265.

⁴⁶⁹ Eine dauernde Einreihung ist gemäß § 101 ArbVG eine solche zu sehen, die für 13 Wochen oder länger vorgesehen ist.

⁴⁷⁰ Vgl. § 101 ArbVG.

⁴⁷¹ Vgl. dazu *Schneller*, Arbeitskräfteüberlassung: Mitbestimmung bei Versetzungen und anderen personellen Maßnahmen, ecolex, 2006 1018.

der Grundvereinbarung (§ 11 Abs 1 Z 4 AÜG) sowie der konkreten Überlassungsmitteilung (vgl. § 12 Abs 1 AÜG) ermöglicht.

Bereits im „Normalfall“ einer Versetzung hat die Belegschaft ein nicht unerhebliches Interesse daran, dass ihre Vertreter über geplante Versetzungen informiert werden und dadurch nicht nur bewirkte individuelle Verschlechterungen, sondern eventuell geplante Globalverschlechterungen verhindern. Die Versetzung eines Belegschaftsmitglieds kann durchaus auch Nachteile für andere Mitarbeiter mit sich bringen.⁴⁷²

Noch gravierender können sich die Arbeitsbedingungen durch die Beschäftigung einer nicht arbeitsvertraglich an den Betriebsinhaber gebundenen Person in bestimmten Betriebsbereichen auswirken. So kann zB die Verwendung von überqualifizierten überlassenen Arbeitskräften dazu verwendet werden um den Arbeitsdruck in einer Abteilung zu erhöhen.

Die Mitwirkung bei Versetzungen hat daher einen engen Bezug zum Faktum der betrieblichen Beschäftigung. Der Betriebsrat des Überlasserbetriebes könnte daher mangels Einblick in die Arbeitsbedingungen beim Beschäftigten eine Verschlechterung der Versetzung gar nicht beurteilen.⁴⁷³

Prinzipiell ist die Mitwirkungspflicht des Beschäftigterbetriebsrates bei der Versetzung der überlassenen Arbeitskraft zu bejahen, doch wird nicht jede Form der „Versetzung ausschließlich oder zusätzlich dessen Mitwirkung unterliegen. Von den genannten Möglichkeiten wird bei der Variante 1 jedenfalls nur der Betriebsrat des Überlasserbetriebes zuständig sein.⁴⁷⁴ Bei Variante 2 wird es darauf ankommen, ob der Überlasser nicht nur formell von seinem arbeitsvertraglichen Recht Gebrauch macht und nicht nur als Bote des Beschäftigten fungiert.

Bei Variante 3 wird jedenfalls das Mitwirkungsrecht des Betriebsrates des Beschäftigterbetriebes gegeben sein.⁴⁷⁵

⁴⁷² *Tinhofer*, Die kollektivrechtlichen Aspekte der Versetzung, ZAS 2005, 12.

⁴⁷³ Vgl. *Schneller*, aaO.

⁴⁷⁴ So auch *Mazal*, Personalbereitstellung und Betriebsverfassung, RdW 1987, 375.

⁴⁷⁵ Vgl. *Schneller*, aaO.

Die Mitwirkungspflicht des Beschäftigterbetriebsrates wird auch dann bejaht, wenn die Figur der Personalbereitstellung nur deshalb gewählt wurde, um die Mitwirkungsrechte der Belegschaft im Betrieb des Beschäftigers zu umgehen.⁴⁷⁶

Kündigungsanfechtungsgrund gemäß § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG

Wie bereits unter Punkt ausgeführt, normiert der § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG die Gründe für eine Motivanfechtung. Gemäß § 105 Abs 3 Z 1 lit i kann eine Kündigung auch wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer angefochten werden.⁴⁷⁷

Damit ist die Geltendmachung von Ansprüchen in einem aufrechten Arbeitsverhältnis gemeint. Die Ansprüche müssen sich unmittelbar aus der Stellung als Arbeitnehmer ergeben, unabhängig davon auf welcher Rechtsgrundlage sie basieren.⁴⁷⁸ Klassisches Beispiel, dass in der Praxis sehr oft vorkommt ist die Geltendmachung von Überstunden.

Das Infragestellen der Ansprüche bedeutet nicht, dass sie nicht als nicht bestehend zurückgewiesen werden, sondern, dass ihr Bestand in Zweifel gezogen wird. Als Geltendmachung durch den Arbeitnehmer kann man jedes Verhalten des Arbeitnehmers bezeichnen, dass in irgendeiner Form der Realisierung des Anspruches dient; gemeint ist sowohl die gerichtliche als auch die außergerichtliche Geltendmachung⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Vgl. *Schneller*, aaO; *Mazal*, aaO.

⁴⁷⁷ Vgl. § 105 Abs 3 Z 1 lit i. ArbVG.

⁴⁷⁸ Vgl. *Eypeltauer*, Gedanken zum Kündigungsanfechtungsgrund des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG, DRdA 1988,435.

⁴⁷⁹ Auch die vorbereitende Erkundigung bei der Interessensvertretung der Arbeitnehmer zählt dazu, Vgl. *Floretta*, Arbeitsrecht I³ 280.

Die überlassene Arbeitskraft wird kündigungsschutzrechtlich als Arbeitnehmer des Überlassers angesehen.⁴⁸⁰ Mit diesem hat sie auch den Arbeitsvertrag abgeschlossen.

Macht daher die überlassene Arbeitskraft gegenüber dem Überlasser einen Anspruch geltend, so liegt unzweifelhaft die Geltendmachung eines Anspruches aus dem Arbeitsverhältnis gemäß § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG vor.

Besteht zwischen überlassener Arbeitskraft und Beschäftiger kein Arbeitsverhältnis und macht die überlassene Arbeitskraft gegenüber dem Beschäftiger einen Anspruch geltend, der sich aus der Eingliederung in dessen Betriebsorganisation ergibt, so stellt sich die Frage, ob eine vom Überlasser deswegen ausgesprochene Kündigung unter den Tatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG fällt. In diesem Fall mangelt es jedenfalls an einer Geltendmachung von Ansprüchen „aus dem Arbeitsverhältnis“. Die rechtliche Beziehung zwischen überlassener Arbeitskraft und Beschäftiger steht aber in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, da der Arbeitnehmer durch seine Tätigkeit beim Beschäftiger seine Arbeitsleistung gegenüber dem Überlasser als Arbeitgeber erbringt. Man kann daher in diesem Fall durchaus von einer analogen Anwendung des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG ausgehen.⁴⁸¹

Dieser Lösungsansatz ist mE richtig. Es kann nicht sein, dass ein überlassener Arbeitnehmer bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Beschäftiger keinen Kündigungsschutz genießt und damit schlechter gestellt wird. Auch hier ist nicht zu vernachlässigen, dass dem Beschäftiger – selbst wenn kein Arbeitsvertrag zwischen überlassener Arbeitskraft und Beschäftiger vorliegt- vom Gesetz her in einem bestimmten Bereich eine Arbeitgeberfunktion zukommt. Das Tatbestandsmerkmal des § 105 Abs 3 Z i lit i ArbVG „aus dem Arbeitsverhältnis“ ist daher durchaus extensiv zu interpretieren.

⁴⁸⁰ Vgl. *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung, (1988) 82; *Schnorr*, ZAS 1988, 99; *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung 112f.

⁴⁸¹ *Eypeltauer*, Gedanken zum Kündigungsanfechtungsgrund des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG, DRdA 1988,435; *Dusak*, Änderungen im Bereich der personellen Mitbestimmung, ZAS 1986, 8.

Soziale Gestaltungspflicht

Bei Kündigungen, die wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigen, trifft den Arbeitgeber eine soziale Gestaltungspflicht. Er muss alle Möglichkeiten einer Weiterbeschäftigung ausschöpfen. Auch bei Rationalisierungsmaßnahmen trifft den Arbeitgeber eine Gestaltungspflicht nach sozialen Gesichtspunkten. Wird eine Kündigung nur vorgenommen, weil neu einzustellende Arbeitnehmer anstelle der gekündigten billiger sind, so ist zu prüfen, ob auch andere Kostensenkungsmaßnahmen vorgenommen wurden.⁴⁸²

Bei der Kündigung eines überlassenen Arbeitnehmers durch den Überlasser liegen die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung nicht schon automatisch dann vor, wenn der bisherige Beschäftiger die Überlassung beendet.

Auch den Überlasser trifft als Arbeitgeber eine soziale Gestaltungspflicht, die ihn verpflichtet von der allenfalls gegebenen Möglichkeit zur Beschäftigung des Arbeitnehmers bei anderen Vertragspartnern Gebrauch zu machen. Der OGH hat daher festgestellt, dass eine betriebsbedingte Kündigung zu verneinen ist, wenn nach dem üblichen Geschäftsgang damit zu rechnen ist, dass sich innerhalb eines zumutbaren Zeitraumes eine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bei einem anderen Auftraggeber eröffnen wird. Begründet hat er dies damit, dass der Überlasser als Arbeitgeber das Risiko der Auslastung der vereinbarten Arbeitszeit zu tragen hat, da er ansonsten seine Tätigkeit auf eine bloße Arbeitsvermittlung beschränken würde.⁴⁸³

⁴⁸² Cerny/ Haas-Laßnigg/Schwarz, Arbeitsverfassungsrecht III, 237.

⁴⁸³ Vgl. OGH 7.10.1998, 9 Ob A 233/98z; Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, 2001 68; Tomandl, Neue Judikatur zur sozialwidrigen Kündigung, ZAS (1999) 10; Spenling, Aktuelle Entscheidungen des OGH zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz, RdA 1999, 74.

5. Ende des Einsatzes beim Beschäftiger

Von der Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitskraft zum Überlasser ist das Ende des Einsatzes beim Beschäftiger zu unterscheiden. Hierfür kommt es auf die Vereinbarungen zwischen Beschäftiger und Überlasser an.

Eine Beendigung des Überlasservertrages berührt grundsätzlich nicht den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses der Arbeitskraft zum Überlasser. Beide Vertragsbeziehungen sind in ihrem Bestand voneinander unabhängig und haben ihre eigenen Beendigungsgründe.⁴⁸⁴

6. Die Rechtslage in Deutschland

a. Die Kündigungsbestimmungen des BGB

Gemäß § 622 Abs 1 BGB kann das Dienstverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten mit einer Frist von vier Wochen zum 15. oder Ende eines Kalendermonates gekündigt werden.⁴⁸⁵ Diese vierwöchige Grundkündigungsfrist gilt sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber. Abs 2 leg cit sieht für die Arbeitgeberkündigung – so wie auch das österreichische Angestelltengesetz – gestaffelte Kündigungsfristen, welche von der Dauer des Dienstverhältnisses abhängig sind, vor. Als Kündigungstermin ist bei der Arbeitgeberkündigung gemäß Abs 2 das Ende des Kalendermonates vorgesehen.

Die vierwöchige Grundkündigungsfrist und die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 Abs 2 BGB sind gesetzliche Mindestkündigungsfristen, die durch die

⁴⁸⁴ Siehe dazu näher *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 147.

⁴⁸⁵ Beachte, dass das deutsche Recht zwischen einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung unterscheidet. Mit der außerordentlichen Kündigung ist jedoch nicht eine Kündigung im herkömmlichen Sinn, sondern die vorzeitige Beendigung aus wichtigem Grund, gemeint. Sie ist im § 626 BGB geregelt.

Arbeitsvertragsparteien nicht verkürzt werden können. Ausnahmen sind im § 622 Abs 5 geregelt.⁴⁸⁶

Abweichende Regelungen – sowohl eine Verkürzung als auch eine Verlängerung⁴⁸⁷ – können auch gemäß Abs 4 leg cit durch Tarifvertrag⁴⁸⁸ vereinbart werden. So sieht zB der Manteltarifvertrag, abgeschlossen zwischen dem Interessensverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen und den Mitgliedsgewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes vor, dass das Dienstverhältnis in den ersten vier Wochen der Probezeit mit einer Frist von zwei Tagen gekündigt werden kann. Von der fünften Woche an bis zum Ablauf des zweiten Monats beträgt die Kündigungsfrist eine Woche, vom dritten Monat bis zum sechsten Monat des Beschäftigungsverhältnisses zwei Wochen. Vom siebten Monat an gelten sowohl für Arbeitnehmer- als auch Arbeitgeberseite die gesetzlichen Kündigungsfristen.⁴⁸⁹ Diese Kündigungsfristen gelten auch für befristete Dienstverhältnisse.⁴⁹⁰

Der Manteltarifvertrag⁴⁹¹ Zeitarbeit vom 22.7.2003, abgeschlossen zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit und einzelnen Mitgliedsgewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes sieht in seinem § 9 Abs 3 vor, dass das Arbeitsverhältnis während der Probezeit mit einer Frist von einer Woche während der ersten drei Monate gekündigt werden kann.

Danach gelten die gesetzlichen Kündigungsfristen während der Probezeit gemäß § 622 Abs 3 BGB von 2 Wochen.

Bei Neueinstellung kann die Kündigungsfrist während der ersten zwei Wochen des Beschäftigungsverhältnisses arbeitsvertraglich auf einen Tag verkürzt werden.

⁴⁸⁶ Hromadka/Maschmann, Individualarbeitsrecht³ 370.

⁴⁸⁷ Der Arbeitnehmer darf durch eine Verlängerung der Kündigungsfristen gemäß § 622 BGB nicht schlechter gestellt werden.

⁴⁸⁸ Der Tarifvertrag ist das deutsche Pendant zum österreichischen Kollektivvertrag. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Tarifverhandlungen legt das Tarifvertragsgesetz (TVG 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323).

⁴⁸⁹ Anzumerken ist, dass gemäß § 2 dieses Manteltarifvertrages die ersten sechs Monate des Dienstverhältnisses als Probezeit gelten.

⁴⁹⁰ Siehe dazu: www.dgb.de/themen/tarifpolitik/zeitarbeit/igz_manteltarifvertrag.pdf.

⁴⁹¹ In Manteltarifverträgen oder Rahmentarifverträgen werden grundlegende Fragen geregelt, wie Urlaub, Arbeitszeiten, vom BGB abweichende Kündigungsfristen, oder die Konkretisierung arbeitsrechtlicher Nebenpflichten, z.B. Anzeige und Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit, Übernahme von Auszubildenden nach Ausbildungsende usw. Ferner werden darin grundlegende Entgeltschemata (Lohn-/Gehaltsgruppen) festgelegt.

Als Neueinstellungen gelten Arbeitsverhältnisse mit Mitarbeitern, die mindesten drei Monate lang nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber standen. Ansonsten verweist der Tarifvertrag auf die Kündigungsfristen des § 622 Abs 1 und Abs 2 BGB.⁴⁹²

Ohne tarifliche Grundlage können die Kündigungsfristen nur im Rahmen des § 622 Abs 5 BGB verkürzt werden.

Gemäß § 623 BGB bedarf eine Kündigung zur ihrer Wirksamkeit der Schriftform.⁴⁹³

b. Die Kündigungsbestimmungen bei Arbeitskräfteüberlassung

Für die Kündigung des Dienstverhältnisses im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung gelten grundsätzlich die allgemeinen gesetzlichen Kündigungsbestimmungen, dh es kommen die §§ 620 BGB zur Anwendung. Gemäß § 11 Abs 4 AÜG⁴⁹⁴ ist jedoch § 622 Abs 5⁴⁹⁵ Nr 1 BGB auf Arbeitsverhältnisse zwischen Verleihern und überlassenen Arbeitnehmern nicht anzuwenden.⁴⁹⁶ Die speziellen Kündigungsbestimmungen in den Tarifverträgen sind zu beachten.

Gemäß § 2 Abs 1 des deutschen Nachweisgesetzes⁴⁹⁷ sind im Arbeitsvertrag die Kündigungsfristen festzuhalten.

⁴⁹² Siehe dazu: www.dgb.de/themen/tarifpolitik/zeitarbeit/bza_manteltarifvertrag.pdf.

⁴⁹³ Vgl. § 623 BGB.

⁴⁹⁴ Gemeint ist das deutsche Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG vom 7. August 1972 (BGBl. I S. 1393).

⁴⁹⁵ Gemäß § 622 Abs 5 Nr 1 BGB kann die vierwöchige Kündigungsfrist des Arbeitnehmers einzelvertraglich nur dann verkürzt werden, wenn der Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist; dies ist nicht der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis über die Dauer von drei Monaten fortgesetzt wird.

⁴⁹⁶ Vgl. § 11 Abs 4 AÜG.

⁴⁹⁷ Das Nachweisgesetz, (NachwG) 20. Juli 1995 (BGBl. I S. 946) legt jedem Arbeitgeber in Deutschland die Verpflichtung auf, die wesentlichen Vertragsbedingungen eines Arbeitsvertrages aufzuzeichnen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Das ist spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses zu erledigen, wenn das Arbeitsverhältnis länger als einen Monat andauert.

7. Die Mitwirkungsrechte des Betriebsrates gemäß §§ 102 BetrVG

Gemäß § 102 Abs 1 Satz 3 BetrVG⁴⁹⁸ ist eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung rechtsunwirksam.⁴⁹⁹ Die Beteiligungsrechte des Betriebsrates stehen wegen der nur zum Verleiher bestehenden vertraglichen Verbindung ausschließlich dem Verleiherbetriebsrat zu.⁵⁰⁰ Sie kommen dann zum Tragen, wenn der Verleiher das Arbeitsverhältnis mit der überlassenen Arbeitskraft beenden will oder im Rahmen einer Änderungskündigung auf eine neue vertragliche Grundlage stellen will.

Der Austausch der überlassenen Arbeitskraft oder eine vom Verleiher angeordnete vorzeitige Beendigung des Einsatzes bei einem Entleiher stellt keine mitbestimmungspflichtige Kündigung im Sinne von § 102 BetrVG dar.⁵⁰¹

In den Fällen, in denen wegen illegaler Arbeitskräfteüberlassung⁵⁰² das Arbeitsverhältnis zum Verleiher kraft Gesetzes endet und ein fingiertes Arbeitsverhältnis zum Entleiher zustande kommt⁵⁰³, besteht grundsätzlich kein Beteiligungsrecht des Verleiherbetriebsrates.⁵⁰⁴

Auch bei einer vom Verleiher beabsichtigten Änderungskündigung ist der Verleiherbetriebsrat gemäß § 102 BetrVG zu beteiligen.⁵⁰⁵ Unwirksam ist die Änderungskündigung in der Regel dann, wenn die angebotene Vertragsänderung auf eine Absenkung der Entgeltbedingungen abzielt.⁵⁰⁶

⁴⁹⁸ Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952 (BGBl. I S. 681).

⁴⁹⁹ Vgl. § 102 Abs 1 Satz 3 BetrVG.

⁵⁰⁰ Vgl. *Schüren/Hamann*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz³ (2007) § 14 Rz 397; *Ulber*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 14 Rz 41.

⁵⁰¹ Vgl. *Thüsing*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 14 Rz 44.

⁵⁰² Damit ist hier zB gemeint, dass der Verleiher nicht die gemäß § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur Ausübung der Arbeitnehmerüberlassung hat.

⁵⁰³ Vgl. § 10 Abs 1 AÜG; mit der Begründung des fingierten Arbeitsverhältnisses wird gleichzeitig die volle Betriebszugehörigkeit des überlassenen Arbeitnehmers im Entleiherbetrieb begründet.

⁵⁰⁴ Das Mitwirkungsrecht des Betriebsrates gemäß § 102 BetrVG ist jedoch gegeben, solange das Arbeitsverhältnis zum Verleiher faktisch vollzogen wird.

⁵⁰⁵ Vgl. *Ulber*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 14 Rz 14.

⁵⁰⁶ Vgl. BAG 21.9.06, BB 07, 891.

Im Anhörungsverfahren⁵⁰⁷ kann der Verleiherbetriebsrat insbesondere Einwände geltend machen, die sich aus der eingeschränkten Zulässigkeit von Kündigungen des überlassenen Arbeitsverhältnisses ergeben.⁵⁰⁸ Das Widerspruchsrecht gemäß § 102 Abs 3 Nr 3 und 5 BetrVG ist sowohl bei bestehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten beim Verleiher als auch bei anderen Entleihern gegeben. Will der Verleiher die überlassene Arbeitskraft wegen fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten kündigen, kann der Betriebsrat der Kündigung gemäß § 102 Abs 3 Nr 3 widersprechen, wenn die überlassene Arbeitskraft auf einem Stammarbeitsplatz des Verleihers weiterbeschäftigt werden kann. Dasselbe gilt, wenn die überlassene Arbeitskraft nach zumutbaren Umschulung – und Fortbildungsmaßnahmen weiterbeschäftigt werden kann. Kann der überlassene Arbeitnehmer nur auf potentiell vorhandenen Beschäftigungsmöglichkeiten bei Entleihern weiterbeschäftigt werden, kann der Betriebsrat der Kündigung ebenfalls widersprechen.⁵⁰⁹

8. Der allgemeine Kündigungsschutz

Die Kündigung eines Dienstverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Dienstverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung bereits länger als sechs Monate gedauert hat, ist gemäß § 1 Abs 1 Kündigungsschutzgesetz⁵¹⁰ rechtsunwirksam, wenn diese sozial ungerechtfertigt ist.⁵¹¹ Der Kündigungsschutz kommt jedoch nur dann zum Tragen, wenn im Betrieb des Verleihers mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind.⁵¹²

⁵⁰⁷ Hat der Betriebsrat Bedenken gegen eine Kündigung, so kann er diese binnen einer Woche dem Arbeitgeber mitteilen.

⁵⁰⁸ So kann gemäß § 11 Abs 4 Satz 2 das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers weder durch Vertrag aufgehoben noch beschränkt werden.

⁵⁰⁹ Vgl. *Ulber*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 14 Rz 44.

⁵¹⁰ Das KschG ist grundsätzlich ein Bestandsschutzgesetz. Ziel ist es dem Arbeitnehmer den Arbeitsplatz zu erhalten. Erwähnenswert ist jedoch, dass das KschG einen „Abkauf“ durch Zahlung einer Abfindung vorsieht, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienstliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Arbeitsvetragsparteien nicht erwarten lassen, vgl § 9 KschG. Auch in Deutschland enden die meisten Kündigungsschutzprozesse durch Vergleich.

⁵¹¹ Vgl. § 1 Abs 1 KschG; 10. August 1951 (BGBl. I S. 499) auch hier zeigt sich die Parallele zum österreichischen Recht, siehe dazu § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG.

⁵¹² Diese Regelung gilt jedoch nur für Dienstnehmer, deren Dienstverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat; vgl. § 23 Abs 2 Satz 2 und Satz 3 KschG.

Die Kündigungsrechtfertigungsgründe sind im § 1 Abs 2 Kündigungsschutzgesetz geregelt.

Entsprechend der Regelung in der österreichischen Betriebsverfassung⁵¹³, ist eine Kündigung dann zulässig, wenn Gründe in der Person bzw. im Verhalten des Arbeitnehmers diese rechtfertigen oder wenn sie durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, gerechtfertigt ist.⁵¹⁴

Dringende betriebliche Gründe für eine betriebsbedingte Kündigung liegen insbesondere dann vor, wenn der Verleiher auf unabsehbare Zeit keine Möglichkeit hat, die überlassene Arbeitskraft zu beschäftigen. Hier sind sich die österreichische und deutsche Judikatur⁵¹⁵ insofern einig, dass die fehlende Beschäftigungsmöglichkeit zur Risikospähre des Verleihers gehören soll. In der deutschen Rechtsprechung⁵¹⁶ wird daher die Auffassung vertreten, dass ein dauerhafter Rückgang des Beschäftigungsbedarfs vorliegen muss bevor der Verleiher die überlassene Arbeitskraft betriebsbedingt kündigt. Kurzfristige Auftragslücken bei einem Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen sind nicht geeignet eine betriebsbedingte Kündigung im Sinne von § 1 Abs 2 Satz 1 KSchG zu rechtfertigen, da sie zum typischen Wirtschaftsrisiko dieser Unternehmen gehören.⁵¹⁷ Das BAG geht davon aus, dass im Falle eines dauerhaften Auftragsrückganges der Verleiher nicht verpflichtet ist für weitere drei Monate das Beschäftigungsrisiko zu tragen.⁵¹⁸ Offen bleibt die welche Wartefrist der Verleiher im Falle eines vorübergehenden Auftragsrückganges einhalten muss. Hier könnte die dreimonatige Frist als Anhaltspunkt genommen werden.⁵¹⁹ Innerhalb dieser Frist ist der Arbeitgeber verpflichtet

⁵¹³ Vgl. § 105 Abs 3 Z2 ArbVG.

⁵¹⁴ Vgl. § 1 Abs 2 KschG.

⁵¹⁵ Vgl. BAG 18.5.2006, DB 06, AiB 06, 368.

⁵¹⁶ Vgl. BAG 18.5.06, AiB 06, 368.

⁵¹⁷ Vgl. *Felser*, Betriebsbedingte Kündigungen von Leiharbeitnehmern wegen Auftragsverlust, <http://blog.juracity.de>; Vgl. auch LAG Köln, 10.12.1998, 6 Sa 493/98.

⁵¹⁸ Vgl. BAG 18.5.06, AiB 06, 368; LAG Hessen 17.11.1983, 9 Sa 599/83; das LAG geht in dieser Entscheidung von einer Mindestwartefrist von drei Monaten aus.

⁵¹⁹ Vgl. *Brors*, Betriebsbedingte Kündigungen des Leiharbeitnehmers bei Auftragsrückgang, *Juris Praxis Report* 2006; LAG Köln 3.6.2005, 11 Sa 1014/04; LAG Köln 10.12.1998, 6 Sa493/98.

sich um Anschlussaufträge zu bemühen und eine Weiterbeschäftigung durch Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen des Arbeitgebers zu ermöglichen.⁵²⁰

Im Rahmen einer verhaltensbedingten Kündigung können die Gründe sowohl im Verhalten der überlassenen Arbeitskraft beim Verleiher als auch beim Entleiher liegen. Liegen die Gründe in einem Verstoß gegen Verhaltenspflichten beim Entleiher, kann ein rechtswidriges Verhalten der überlassenen Arbeitskraft nur dann zum Anlass für eine Kündigung genommen werden, wenn der überlassenen Arbeitskraft sowohl die Pflichtwidrigkeit ihres Verhaltens als auch die damit verbundenen Rechtsfolgen bekannt waren. Dies setzt in der Regel eine vorherige Aufklärung durch den Entleiher bzw. eine Abmahnung durch den Verleiher voraus. Daneben sind erhöhte Anforderungen an das Vorliegen eines sachlichen Grundes für eine verhaltensbedingte Kündigung zu stellen, weil der überlassene Arbeitnehmer mit den Betriebsabläufen beim Entleiher weniger vertraut ist als ein Stammarbeitnehmer.⁵²¹

Wie auch in Österreich sind auch in Deutschland überlassene Arbeitnehmer im Falle eines Personalabbaues von der Kündigung zuerst betroffen. So hat das LAG Hamm⁵²² entschieden, dass im Falle einer betriebsbedingten Kündigung eines Stammarbeitnehmers bei der Prüfung der anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit auch die Arbeitsplätze einzubeziehen sind, auf denen der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Auslaufens der Kündigungsfrist dem betrieblichen Weisungsrecht unterstehende überlassene Arbeitnehmer einsetzt.

Will der überlassene Arbeitnehmer die Kündigung bekämpfen, muss er binnen drei Wochen ab Zustellung der schriftlichen Kündigung Klage erheben.⁵²³

⁵²⁰ Vgl. *Ulber*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 48.

⁵²¹ Vgl. *Ulber*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 49.

⁵²² Siehe dazu LAG Hamm 05.03.2007 – 11 Sa 1338/06.

⁵²³ Vgl. § 4 KschG.

V. Vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses aus wichtigem Grund

1. Allgemeines

Ebenso wie bei der Kündigung handelt es sich im Falle der vorzeitigen Auflösung um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Damit eine vorzeitige Beendigung gerechtfertigt ist, muss in erster Linie ein wichtiger Grund vorliegen.⁵²⁴ Sämtliche Gründe, die zur vorzeitigen Beendigung berechtigen, müssen derart schwerwiegender Natur sein, dass die weitere Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses nicht einmal für die Dauer der Kündigungsfrist zumutbar ist.⁵²⁵

Der bloße Eintritt eines Grundes für die vorzeitige Beendigung bringt das Arbeitsverhältnis nicht zur Beendigung. Es bedarf einer Willenserklärung, die deutlich und in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise die Absicht, das Dienstverhältnis aufzulösen, zum Ausdruck bringt.⁵²⁶

Eine bestimmte Form ist für die vorzeitige Auflösung nicht vorgeschrieben. Sie kann mündlich, schriftlich, ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Der ausdrückliche Gebrauch des Wortes „Entlassung“ oder „Austritt“ ist nicht erforderlich. Eine vorzeitige Lösung ist sowohl bei befristeten als auch bei unbefristeten Dienstverträgen möglich.⁵²⁷

Im Rahmen des Ausspruchs der vorzeitigen Lösung müssen die wichtigen Gründe nicht bekannt gegeben werden. Es genügt der allgemeine Hinweis, dass sich der Erklärende auf das Lösungsrecht aus wichtigem Grund stützt.⁵²⁸ Der Grund selbst

⁵²⁴ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 511ff.

⁵²⁵ Vgl. OGH 29.4.1980, Arb 9870; OGH 17.2.1981, Arb 9941.

⁵²⁶ Aus dem bloßen Nichterscheinen des Arbeitnehmers darf weder von vornherein dem Arbeitnehmer ein vorzeitiger Austritt unterstellt werden, noch liegt automatisch ein Entlassungsgrund vor, Vgl. dazu OGH 22.1.2003, ARD 5394/12/2003.

⁵²⁷ Vgl. Mazal, Der Angestelltendienstvertrag² 90f.

⁵²⁸ Vgl. dazu OGH 13.5.1986 14 Ob A 67/86; OGH 12.10.1994, 9 Ob A 186/94; OGH 27.3.2002, 9 Ob A 246/01v.

muss erst im Bestreitungsfall vor Gericht nachgewiesen werde. Dies impliziert, dass auch noch nachträglich – dies kommt auch im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens relativ häufig vor - nicht in der Lösungserklärung enthaltene Gründe geltend gemacht werden können.⁵²⁹ Der Ausspruch der vorzeitigen Lösung stellt dabei die zeitliche Grenze dar. Gründe, welche bis zum Zeitpunkt der Lösungserklärung vorliegen, können zur Rechtfertigung der vorzeitigen Auflösung herangezogen werden, selbst dann wenn sie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bekannt geworden sind.⁵³⁰

Der Ausspruch der vorzeitigen Lösung hat unverzüglich nach Bekanntwerden der wichtigen Gründe zu erfolgen. Der Grundsatz der Unverzüglichkeit schließt aber eine angemessene Überlegungsfrist nicht aus. Verzögerungen, welche sich durch innerbetriebliche Organisation, durch die Prüfung besonders unklarer Tatbestände oder durch sonstige in der Sachlage begründete Umstände ergeben sind, gerechtfertigt.⁵³¹

Nimmt der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer sein vorzeitiges Lösungsrecht nicht wahr, so ist damit das Problem des Verzichts auf die Geltendmachung wichtiger Gründe angesprochen. Verzichtet der Dienstgeber auf die Geltendmachung eines Entlassungsgrundes dann setzt dies voraus, dass er vom Entlassungsgrund Kenntnis hat und von seinem Entlassungsrecht keinen Gebrauch machen will. Der Verzicht muss nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern kann auch durch schlüssige Handlungen zum Ausdruck kommen, wie zum Beispiel in der Fortsetzung des Dienstverhältnisses.⁵³² Ein solcher Verzicht liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber in Kenntnis des Entlassungsgrundes eine Kündigung ausspricht.⁵³³

Eine Verwirkung des vorzeitigen Lösungsrechts liegt vor, wenn zwar ein Entlassungsgrund gesetzt wurde und der Dienstgeber auch eine Entlassung aussprechen möchte, aber so lange zögert, dass der objektive Zeitablauf die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr rechtfertigt.⁵³⁴

⁵²⁹ Vgl. dazu OGH 12.11.1963, Arb 7843; OGH 23.3.1965, Arb 8037.

⁵³⁰ Vgl. dazu OGH 2.9.1987, DRdA 1989, 114.

⁵³¹ Vgl. OGH 6.11.1991, DRdA 1992, 217 mit Bespr v Klein.

⁵³² Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht ¹⁰ 513ff.

⁵³³ Vgl. OGH 6.9.1983, Ind 1984, 6/15.

⁵³⁴ Vgl. dazu *Grassl-Palten*, Der Untergang des Entlassungsrechtes, ZAS 1989, 1.

2. Entlassung

a. Begriff und Entlassungsgründe

Liegt auf Seiten des Dienstnehmers ein wichtiger Grund vor, der dem Dienstgeber die Weiterbeschäftigung unzumutbar macht und spricht der Dienstgeber die vorzeitige Lösung aus, so handelt es sich um eine Entlassung. Die Gründe, welche zur vorzeitigen Auflösung durch den Dienstgeber berechtigen sind im § 27 AngG demonstrativ aufgezählt.⁵³⁵

Sonderbestimmungen für Angestellte finden sich im SchauSpG, Gutsangestelltengesetz sowie Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz.⁵³⁶

Für Arbeiter sind Entlassungsgründe in § 82 GewO geregelt.

b. Die Unverzüglichkeit des Ausspruchs der Entlassung

Neben wichtigen Gründen verlangt die Rechtsprechung⁵³⁷ seit langem, dass der Arbeitgeber Entlassungsgründe bei sonstigem Verlust des Entlassungsrechts durch unverzüglichen Ausspruch der Entlassung geltend machen muss.

Die dogmatische Begründung dieses in den gesetzlichen Bestimmungen nicht direkt enthaltenen Zusatzerfordernisses fiel unterschiedlich aus und unterlag im Laufe der Entwicklung auch Schwankungen.

⁵³⁵ Eine Entlassung muss sich daher nicht auf die im § 27 AngG genannten Tatbestände stützen, sofern die Entlassung auf ähnlich schwerwiegenden Entlassungsgründen beruht. Sofern besondere Gründe bei objektiver Betrachtungsweise als schwerwiegend zu werten sind, ist eine Vereinbarung im Dienstvertrag darüber zulässig, dass diese als Entlassungsgründe gelten. Eine solche Vereinbarung ist jedenfalls dann zulässig, wenn sie nur eine Konkretisierung der Tatbestände des § 27 AngG darstellt.

⁵³⁶ Vgl. § 38 SchauSpG, § 26 GAngG, § 14 HGHAG.

⁵³⁷ Siehe OGH 23.06.1993, 9 ObA 126/93; OGH 30.08.1989 9 ObA 211/89; OGH 15.07.1987 9 ObA 56/87.

Es scheint sich jene Auffassung durchgesetzt zu haben, die die Obliegenheit zum unverzüglichen Aufgriff des Entlassungsrecht einerseits aus dem Klarstellungsinteresses des Arbeitnehmers und andererseits aus dem Zweck des Entlassungsrechts, welcher das objektive Entlassungsinteresse im Zeitablauf rasch abflachen lässt und so zur Dominanz des Fortbestandsinteresses führt, ableitet.⁵³⁸

Der Unverzüglichkeitsgrundsatz darf aber nicht überspannt werden. Die Beurteilung, ob eine Entlassung noch rechtzeitig erfolgt ist, ist stark von den Umständen des Einzelfalles abhängig.⁵³⁹

Grundsätzlich kann kein Verzug eintreten, solange der Arbeitgeber oder der zur Entlassung Berechtigte noch keine Kenntnis vom Entlassungssachverhalt hat.

Bei unklarem Sachverhalt muss der Arbeitgeber die zur Feststellung des Sachverhalts erforderlichen und ihm zumutbaren Erhebungen ohne Verzögerungen durchführen, sobald er konkrete Umstände, die eine Entlassung rechtfertigen könnten in Erfahrung gebracht hat.⁵⁴⁰ Bloße Verdachtsmomente reichen zur Begründung einer Nachforschungspflicht nicht aus.⁵⁴¹

Zur Sachverhaltsfeststellung gehört auch die Beweisbarkeit. Bei undurchsichtigem Sachverhalt ist das Zuwarten bis zur einwandfreien Klarstellung aller wesentlichen Umstände zulässig.⁵⁴² So führt zum Beispiel das Zuwarten bis der Arbeitnehmer seine Arbeit wieder aufnimmt und in der Folge vom Arbeitgeber hinsichtlich des Fernbleibgrundes und des Nachweises konfrontiert werden kann, nicht zu einem verspäteten Entlassungsausspruch.

In strafrechtsrelevanten Fällen ist auch das Abwarten der rechtskräftigen Verurteilung zulässig, auch wenn dies zu 5-6 Monaten Zwischenstadium führt.⁵⁴³

⁵³⁸ Vgl. *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht³ 300f.

⁵³⁹ Vgl. dazu OGH 11.1.1955, 4 Ob 121/54; OGH 15.10.1957, 4 Ob 102/57; OGH 15.4.1958, 4 Ob 30/58; OGH 16.12.1958, 4 Ob 122/58; OGH 13.1.1976, 4 Ob 71/75; OGH 11.5.1976, 4 Ob 33/76; OGH 6.9.1977, 4 Ob 97/77.

⁵⁴⁰ Vgl. *Schrank/Mazal*, aaO.

⁵⁴¹ Vgl. dazu OGH 17.4.1997, 8 Ob A 3/97t; OGH 12.12.1996; 8 Ob A 2322/96w.

⁵⁴² Vgl. *Schrank/Mazal*, aaO.

⁵⁴³ Vgl. OGH 21.10.1998, 9 Ob A 267/98z; OGH 24.2.1999, 9 Ob A 254/98p.

Bei Prüfung der Rechtzeitigkeit einer Entlassung ist daher zu untersuchen, ob in dem Zuwarten mit Entlassung ein Verzicht auf die Geltendmachung des Entlassungsgrundes zu erblicken ist oder ob dieses Zuwarten in Umständen begründet ist, welche die Annahme eines solchen Verzichts nicht rechtfertigen.⁵⁴⁴

Tritt der Entlassungsgrund klar zutage, kann nur noch die Notwendigkeit rechtlicher Erkundigung, ob das Verhalten als Entlassungsgrund ausreicht, kurzes Zuwarten rechtfertigen.⁵⁴⁵ So genügt nach Ansicht des OGH bei klarem Sachverhalt die telefonische Kontaktaufnahme auch mit einem ortsansässigen Anwalt oder der Interessensvertretung, wenn der Vertrauensanwalt des Arbeitgebers nicht sofort greifbar ist. In Zweifelsfällen kann auch eine Suspendierung des Arbeitnehmers hilfreich sein.⁵⁴⁶

Je komplizierter die hierarchische Organisation, desto länger kann mit dem Ausspruch der Entlassung zugewartet werden. Grundsätzlich kommt es immer nur darauf an, wann der nach der betrieblichen Organisation zur Entlassung eines Arbeitnehmers Berechtigte vom Entlassungsverhalten Kenntnis erlangt hat.⁵⁴⁷

Ein Zuwarten von 14 Tagen führt zu einer Verspätung des Entlassungsausspruches, wenn in einem Großunternehmen nur eine einzige Person zur Entlassung zuständig ist, und der betroffene Mitarbeiter von den Führungskräften nicht auf die Möglichkeit einer Entlassung hingewiesen wurde und die Arbeitsleistung weiterhin angenommen wurde.⁵⁴⁸

Ein kurzfristiges Zuwarten mit der Entlassung ist auch dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer noch ausdrücklich Gelegenheit erhält, den Entlassungsgrund durch Entschuldigung, Aufklärung oder Schadensgutmachung zu „beseitigen“.⁵⁴⁹

⁵⁴⁴ Vgl. OGH 10.3.1987, 14 Ob A 27/87; OGH 14.2.2001, 9 Ob A 333/00m; OGH 18.10.2006, 9 Ob A 98/06m.

⁵⁴⁵ Vgl. *Schrank/Mazal*, aaO.

⁵⁴⁶ Vgl. dazu OGH 5.10.2000, 8 Ob A 136/00h.

⁵⁴⁷ Vgl. *Schrank/Mazal*, aaO.

⁵⁴⁸ Vgl. dazu OGH 16.12.2005; 9 Ob A 151/05d.

⁵⁴⁹ Vgl. OGH 14.2.2001, 9 Ob A 333/00m; OGH 3.8.2005, 9 Ob A 99 /05g.

c. Rechtswirkungen

Der begründete Ausspruch der Entlassung führt zur Beendigung des Dienstverhältnisses mit sofortiger Wirkung. Trifft den Dienstnehmer ein Verschulden an der vorzeitigen Entlassung, so steht dem Dienstgeber Anspruch auf Ersatz des ihm verursachten Schadens zu.⁵⁵⁰

Macht der Dienstgeber Schadenersatzansprüche geltend, so muss er sowohl das Verschulden des Arbeitnehmers als auch den konkret erlittenen Schaden nachweisen. In der Praxis sind diese Schadenersatzforderungen selten. Wurde der Arbeitnehmer aus einem schuldhaften Entlassungsgrund gerechtfertigt entlassen, hat dies für ihn wesentliche finanzielle Konsequenzen. Gemäß § 23 Abs 7 AngG hat er keinen Anspruch auf die Abfertigung bzw. gemäß § 14 Abs 2 Z 2 BMSVG keinen Anspruch auf Auszahlung der Abfertigung Neu. Weiters führt die Entlassung meist zum Verlust der Anwartschaft auf eine direkte Firmenpension bzw. ist auch anteilig zu viel konsumierter Urlaub in Höhe des zu viel erhaltenen Urlaubsentgelts zurück zu erstatten.⁵⁵¹ Angestellten gebühren im Falle einer verschuldeten Entlassung die Sonderzahlungen immer aliquot (§ 16 AngG). Arbeiter verwirken nach zahlreichen Kollektivverträgen den Anspruch auf Sonderzahlungen, meist mit Rückverrechenbarkeit anteiliger Überhänge.⁵⁵² Interessant ist, dass nach der neueren Rechtsprechung dem Arbeitnehmer ausnahmsweise auch bei gerechtfertigter Entlassung eine teilweise Kündigungsentschädigung zustehen kann, nämlich dann, wenn den Arbeitgeber durch vertrags- oder gesetzwidriges Verhalten, das in unmittelbarem vorherigen Zusammenhang mit der Entlassung steht ein Mitverschulden an der Entlassung trifft.⁵⁵³

Auch die ungerechtfertigte Entlassung beendet das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung, der Dienstgeber wird jedoch schadenersatzpflichtig.⁵⁵⁴ Dieser Schadenersatz wird auch als Kündigungsentschädigung bezeichnet. Es handelt sich

⁵⁵⁰ Vgl. §§ 1162a ABGB; 28 Abs 1 AngG, 28 Abs 1 GAngG, 40 Abs 1 SchauSpG, 36 Abs 1 LArbG.

⁵⁵¹ Siehe dazu § 7 Abs 1 Z 1 BPG sowie § 10 Abs 1 dritter und vierter Satz UrlG.

⁵⁵² Siehe dazu *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht³ 305.

⁵⁵³ So OGH 26.4.2001, 8 Ob A 76/01m.

⁵⁵⁴ Vgl. §§ 1162b ABGB, 29 AngG, 29 GAngG, 40 Abs 2 SchauSpG.

dabei um die vertragsmäßigen Ansprüche auf das Entgelt für jenen Zeitraum, der bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit oder durch ordnungsgemäße Kündigung durch den Dienstgeber hätte verstreichen müssen.⁵⁵⁵ Neben der Möglichkeit einer Leistungsklage kann der entlassene Arbeitnehmer bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 106 ArbVG, bzw. der §§ 8 und 15 AVRAG bzw. der im GleichbG enthaltenen Voraussetzungen im Wege der Entlassungsanfechtung den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erreichen. Die Anfechtungsklage ist binnen einer Frist von einer bzw. zwei Wochen nach Ausspruch der Entlassung bei Gericht einzubringen.⁵⁵⁶ Da die ungerechtfertigte Entlassung nach dem Umgehungsschutzkonzept – der allgemeine Kündigungsschutz des § 105 ArbVG soll nicht durch den Ausspruch einer ungerechtfertigten Kündigung umgangen werden können – anfechtungsrechtlich wie eine Kündigung behandelt wird, wird im Gerichtsverfahren nicht nur geprüft, ob ein Entlassungsgrund vorliegt, sondern auch ob ein Kündigungsanfechtungsgrund vorliegt. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer die Anfechtungsklage auch verlieren kann, obwohl er nicht gerechtfertigt entlassen wurde.⁵⁵⁷ Welche Schwierigkeiten sich hier bei der Arbeitnehmervertretung ergeben liegt wohl auf der Hand. Oft wird daher die Klage abgewiesen, weil zB keine Sozialwidrigkeit gemäß § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG vorliegt und daher nicht einmal mehr geprüft, ob ein Entlassungsgrund vorliegt. Ein Verständnis des Arbeitnehmers, der davon überzeugt ist, dass er ungerechtfertigt entlassen wurde, ist hier nicht zu erwarten.

⁵⁵⁵ Zu diesen Ansprüchen zählen neben dem Entgelt auch zum Beispiel Urlaubsansprüche wegen des Beginns eines neuen Urlaubsjahres

⁵⁵⁶ Siehe §§ 106, 107 ArbVG.

⁵⁵⁷ Vgl dazu *Schrank/Mazal* aaO.

3. Austritt

a. Begriff und Austrittsgründe

Liegt auf Seiten des Dienstgebers ein wichtiger Grund⁵⁵⁸ vor, der dem Dienstnehmer die Weiterbeschäftigung unzumutbar macht und spricht der Dienstnehmer die vorzeitige Lösung aus, so handelt es sich um einen vorzeitigen Austritt.⁵⁵⁹

Im § 1162 ABGB ist der Austritt generalklauselartig geregelt. Dieser normiert, dass das vorzeitige Lösungsrecht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jedem der Vertragspartner des Arbeitsverhältnisses offen steht.⁵⁶⁰

Austrittsgründe sind im § 26 Angestelltengesetz demonstrativ aufgezählt. Für Arbeiter finden sich Austrittsgründe im § 82a GewO. Daneben normieren auch Sondergesetze spezielle Austrittstatbestände.⁵⁶¹

Einen für sämtlichen Arbeitnehmer geltenden Austrittsgrund sieht die Konkursordnung vor. Gemäß § 25 Abs 1 KO bildet die Konkurseröffnung einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Lösung des Dienstverhältnisses, wobei der Arbeitnehmer innerhalb gewisser Fristen von seinem Austrittsrecht Gebrauch machen muss.⁵⁶²

b. Konkludenter Austritt

Für die vorzeitige Auflösung ist eine bestimmte Form grundsätzlich nicht vorgeschrieben.

⁵⁵⁸ Es genügt, wenn der Arbeitnehmer den Austrittsgrund erst im Rahmen des Gerichtsverfahrens nennt und unter Beweis stellt; auch das Nachschieben eines Austrittsgrundes ist zulässig, Vgl. dazu OGH 11.11.1999; 8 Ob A 90/99i.

⁵⁵⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 554.

⁵⁶⁰ Vgl. § 1162 ABGB.

⁵⁶¹ Vgl. § 33 LArbG, § 39 SchauSpG, § 34 Abs 5 VBG, § 21 HausbG, § 15 Abs 4 BAG, § 14 HGHAG, § 27 HeimAG, § 15 k MschG.

⁵⁶² Vgl. dazu § 25 KO.

Sie kann mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder konkludent erfolgen.⁵⁶³ In der Praxis erweist sich die schriftliche Austrittserklärung klarerweise am Zweckmäßigsten, da dadurch ein Beweisnotstand verhindert wird. Probleme, ob tatsächlich ein Austritt vorliegt können sich insbesondere bei einem konkludenten Austritt ergeben.

Entscheidend für den Austritt ist allein, dass die ernsthafte und zweifelsfreie Absicht, das Arbeitsverhältnis für die Zukunft sofort zu beenden, klar erkennbar ist.⁵⁶⁴

Nach ständiger RSpr des OGH muss es sich um ein Verhalten handeln, dass unter Berücksichtigung aller Umstände keinen vernünftigen Grund übrig lässt, an der auf die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses aus wichtigen Grund gerichteten Absicht zu zweifeln.⁵⁶⁵

Das bloße Nichterscheinen am Arbeitsplatz ist jedenfalls nicht als solche Erklärung anzusehen, im Einzelfall müssen noch weitere Umstände hinzutreten, die eine solche Annahme des Arbeitgebers rechtfertigen können.⁵⁶⁶

Trotz des Hinzukommens weiterer Umstände hat der OGH in Einzelfällen das bloße Nichterscheinen des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz nicht als vorzeitigen Austritt gewertet. So zum Beispiel bei einem eigenmächtigen Urlaubsantritt des Dienstnehmers⁵⁶⁷ oder bei Verlassen des Arbeitsplatzes in einer besonders „stressigen und angespannten“ Atmosphäre und im Zuge einer wörtlichen Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber, wobei die Arbeitnehmerin am nächsten Tag ihren Krankenstand bekannt gab.⁵⁶⁸

⁵⁶³ Vgl. Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 515.

⁵⁶⁴ Vgl. Löschnigg, aaO; Majoros, Konkludente Austritte im Arbeitsrecht, ecolex 2005, 549 sowie Mazal, Konkludenz im Arbeitsrecht, in Tomandl, Neuere Tendenzen im Arbeitsrecht auf dem Prüfstand (1999) 17ff.

⁵⁶⁵ Vgl. OGH 26.2.2004; 8 Ob A 9/04p; OGH 10.4.2003, 8 Ob A 20/03d; OGH 22.1.2003, 9 Ob A 247/02t, OGH 7.9.2000, 8 Ob A 131/00y; OGH 18.5.1999, 8 Ob A 129/99z; OGH 25.6.1997, 9 Ob A 212/97k, OGH 20.4.1995, 8 Ob A 334/94; OGH 28.9.1994, 9 Ob A 139/94, ecolex 1995, 46.

⁵⁶⁶ Vgl. dazu OGH 10.4.2003, 8 Ob A 20/03d; OGH 7.9.2000, 8 Ob A 131/00y; OGH 28.1.1998, 9 Ob A 396/97v.

⁵⁶⁷ Vgl. OGH 6.6.1995, 9 Ob A 139/94, infas 1996, A 8.

⁵⁶⁸ Vgl. OGH 5.9.2001, 9 Ob A 181/01k, ecolex 2002/47 (mit Bespr v Mazal).

Aus der bisherigen RSpr des OGH lässt sich daher die Tendenz erkennen, dass dann, wenn eine bestimmte Handlung oder Unterlassung des Dienstnehmers nicht zweifelsfrei als schlüssige Austrittserklärung zu verstehen ist, die Annahme einer solchen ausscheidet.

Bei der Prüfung dieser Frage ist ein strenger Maßstab anzulegen.⁵⁶⁹

Die in der Praxis oft vorgenommene „Abmeldung wegen vorzeitigen Austritts“ bei Nichterscheinen des Dienstnehmers erweist sich in den meisten Fällen als rechtswidrig. Die einzige Rechtsfolge des nachrichtenlosen Erscheinens ist in der Regel der Entfall des Entgeltfortzahlungsanspruches.⁵⁷⁰

c. Rechtswirkungen des vorzeitigen Austritts

Trifft den Arbeitgeber das alleinige Verschulden am vorzeitigen Austritt, so behält der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Kündigungsentschädigung.⁵⁷¹ Unabhängig von bzw. als Teil der Kündigungsentschädigung stehen dem gerechtfertigt vorzeitig Ausgetretenen noch eine allfällige Abfertigung bzw. eine Ersatzleistung für noch offenen Urlaub zu. Der Arbeitgeber hat jedoch nur dann Schadenersatz zu leisten, wenn ihn ein Verschulden trifft.⁵⁷² Der Arbeitnehmer muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.⁵⁷³ Ohne Arbeitgeberverschulden am berechtigten Austritt gebühren nur eine allfällige Abfertigung, die Urlaubersatzleistung für offene Urlaube sowie anteili-

⁵⁶⁹ Im Gegensatz dazu ist bei einer konkludenten Beendigung des Probendienstverhältnisses kein derart strenger Maßstab anzulegen, da davon auszugehen ist, dass ein Arbeitgeber, der seinem Arbeitnehmer einen erklärten Beendigungswillen durch bloßes Fernbleiben vom Dienstort „unterstellt, das Dienstverhältnis auf jeden Fall beenden will; Vgl. dazu auch *Posch*, Konkludente Beendigung des Probendienstverhältnisses, *ecolex* 2004, 199.

⁵⁷⁰ Vgl. *Majoros*, Konkludente Austritte im Arbeitsrecht, *ecolex* 2005, 549.

⁵⁷¹ Dh der Arbeitnehmer behält seine vertragsmäßigen Ansprüche auf das Entgelt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Ablauf der Vertragszeit oder durch ordnungsgemäße Kündigung seitens des Arbeitgebers hätte verstreichen müssen; Vgl. dazu §§ 29 Abs 1 AngG, 1162b ABGB.

⁵⁷² Vgl. dazu *Kuderna*, Das Verschulden des Arbeitgebers am vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers, *DRdA* 1984, 8.

⁵⁷³ Vgl. § 29 Abs 1 AngG.

ge Sonderzahlungen, mangels Kündigungsentschädigungsanspruch alles ohne Kündigungszeit berechnet.⁵⁷⁴

Der berechtigte Austritt ist das Pendant zur unbegründeten Entlassung; auch die für die unberechtigte Entlassung vorgesehenen Bestimmungen über die Fälligkeit, die Anrechnungsbestimmungen und die zur Geltendmachung vorgesehene Präklusivfrist gelangen zur Anwendung.⁵⁷⁵

4. Vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses und Arbeitskräfteüberlassung

a. Arbeitskräfteüberlassung und Entlassung

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass das Recht zur vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses ausschließlich dem Dienstgeber zukommt; im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung kommt es daher dem Verleiher als Arbeitgeber zu. Da die überlassene Arbeitskraft faktisch im Betrieb des Beschäftigers tätig ist, und daher in erster Linie Entlassungsgründe beim Beschäftiger verwirklicht werden können, stellt sich die Frage, inwieweit Entlassungsgründe, die der Dienstnehmer gegenüber dem Beschäftiger setzt, vom Überlasser zur vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses herangezogen werden können.⁵⁷⁶

Ein wesentliches Tatbestandsmerkmal bei der Entlassung ist die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses für den Arbeitgeber.⁵⁷⁷ Im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung ist zwischen den einzelnen Entlassungstatbeständen zu unterscheiden. So bedeutet eine grobe Beleidigung des Beschäftigers durch den Dienstnehmer nicht unbedingt eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses für den Überlasser. Begeht der überlassene Dienstnehmer eine

⁵⁷⁴ Vgl. *Schrak/Mazal*, Arbeitsrecht³ 310.

⁵⁷⁵ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 564.

⁵⁷⁶ *Kuderna*, Das Entlassungsrecht² (1994) 60.

⁵⁷⁷ *Kuderna*, aao.

schwere strafbare Handlung im Betrieb des Beschäftigers wird eine Entlassung durch den Überlasser sehr wohl berechtigt sein.⁵⁷⁸

b. Sonderzahlungsansprüche bei berechtigter Entlassung

Die in Kollektivverträgen geregelten Ansprüche auf Sonderzahlungen können entfallen, wenn das Dienstverhältnis durch berechtigte Entlassung beendet wird; dies ist von Kollektivvertrag zu Kollektivvertrag unterschiedlich geregelt. Wird nun die überlassene Arbeitskraft berechtigt entlassen und war diese bei verschiedenen Beschäftigern tätig, wobei die anzuwendenden Kollektivverträge die Sonderzahlungsansprüche unterschiedlich regeln, stellt sich die Frage, ob für die überlassene Arbeitskraft ein Sonderzahlungsanspruch besteht.⁵⁷⁹ Gemäß § 10 Abs 1 AÜG hat die Arbeitskraft Anspruch auf ein angemessenes Entgelt, wobei bei der Beurteilung der Angemessenheit für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt Bedacht zu nehmen ist.⁵⁸⁰

Der im AÜG verwendete Begriff des Entgelts umfasst auch Sonderzahlungen in dem auf die Einsatzzeit im jeweiligen Beschäftigerbetrieb entsprechenden Ausmaß. Der Kollektivvertrag des jeweiligen Beschäftigerbetriebes wirkt auf das mit dem Überlasser bestehende Arbeitsverhältnis der überlassenen Arbeitskraft nicht unmittelbar ein, er ist nur über den Umweg der Angemessenheit des Entgelts zu berücksichtigen.⁵⁸¹ Aus dem jeweiligen Beschäftiger Kollektivvertrag sind daher alle mit der Berechtigung eines Entgeltanspruches zusammenhängenden Regelungen mitzubetrachten. Das bedeutet, dass der aliquote Anspruch auf Sonderzahlungen sich nach den Bestimmungen des Kollektivvertrages, zu dem der letzte Beschäftigerbetrieb der überlassenen Arbeitskraft zugehörig war und der für die

⁵⁷⁸ Vgl. *Müller*, Das Leiharbeitsverhältnis, ZAS 1968, 83; *Kuderna*, Das Entlassungsrecht² (1994) 62.

⁵⁷⁹ Vgl. Sonderzahlungsanspruch bei Entlassung von Leiharbeitnehmern, ARD 4894/11/97.

⁵⁸⁰ Vgl. § 10 Abs 1 AÜG.

⁵⁸¹ Vgl. Vgl. *Geppert*, DRdA 1994, 1; *Ritzberger-Moser*, DRdA 1993, 46.

Beurteilung der Angemessenheit des Entgelts zum Zeitpunkt der Entlassung ausschlaggebend ist, richtet.⁵⁸²

5. Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt

a. Allgemeines

Wie bereits ausgeführt ist der vorzeitige Austritt eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, welche dem Arbeitgeber zugehen muss. Bei der Arbeitskräfteüberlassung ist - abgesehen vom Arbeitnehmerschutz⁵⁸³ - der Überlasser als Arbeitgeber anzusehen. Der Arbeitsvertrag wird auch zwischen dem Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft abgeschlossen. Daraus folgt, dass im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung eine Austrittserklärung ausschließlich an den Überlasser zu richten ist⁵⁸⁴

b. Austrittserklärung gegenüber dem Beschäftigten

Wird der Austritt des Arbeitnehmers gegenüber dem Beschäftigten erklärt, so fungiert dieser lediglich als Bote der Willenserklärung. Eine Austrittserklärung gegenüber dem Beschäftigten entfaltet für sich alleine noch keinerlei Wirkung. Eine solche Erklärung löst erst zu dem Zeitpunkt Rechtsfolgen aus, zu dem der Beschäftigte den Überlasser zum ersten Mal vom Austritt hätte verständigen können.⁵⁸⁵ Wird die Erklärung gar nicht oder nur fehlerhaft an den Überlasser weitergegeben, so stellt sich die Frage zu Lasten welcher Vertragspartei dieses Manko gehen soll.

⁵⁸² Vgl. OGH 21.10.1998, 9 Ob A 225/98y; OGH 28.4.1993, 9 Ob A 87/93.

⁵⁸³ gl. §§ 6 AÜG, 9 ASchG.

⁵⁸⁴ gl. *Rauch*, Vorzeitiger Austritt bei Arbeitskräfteüberlassung, ASoK, 2005, 187; *Müller*, Das Leiharbeitsverhältnis, ZAS 1968, 79.

⁵⁸⁵ gl. *Rummel* in Rummel, ABGB, 3. Auflage, § 862a RZ 2.

Es muss folglich differenziert werden, ob es bei der Person des Beschäftigten um einen Erklärungs- oder Empfangsboten handelt. Je nachdem ist das Übermittlungsrisiko einmal dem überlassenen Arbeitnehmer, einmal dem Überlasser zuzurechnen.⁵⁸⁶

Der OGH⁵⁸⁷ spricht sich in einer Leitentscheidung zum vorzeitigen Austrittsrecht überlassener Arbeitnehmer für eine Qualifikation des Beschäftigten als Erklärungsbote aus, ohne dies jedoch näher zu begründen.⁵⁸⁸ Daraus ergibt sich eine Schlechterstellung der überlassenen Arbeitskraft, die das Übermittlungsrisiko einer gegenüber dem Beschäftigten abgegebenen Erklärung alleine zu tragen hat.

Die Tatsache, dass dem Beschäftigten zum Teil aufgrund des Überlassungsvertrages, zum Teil auch aufgrund des Gesetzes⁵⁸⁹ eine arbeitgeberähnliche Position eingeräumt wird, lässt auch die Möglichkeit offen, den Beschäftigten im Hinblick auf Willenserklärungen als Empfangsbote zu qualifizieren.

Diese Auslegung könnte man auch auf den Schutzzweck des AÜG⁵⁹⁰ stützen. Die Qualifikation des Beschäftigten als Empfangsbote würde dazu führen, dass sich der Überlasser eine Erklärung so zurechnen lassen müsste, wie sie gegenüber dem Beschäftigten abgegeben worden ist. Ein Nachteil, der auf einem Übermittlungsfehler zwischen Beschäftigten und Überlasser basiert, wäre demnach Risiko des Überlassers und nicht der überlassenen Arbeitskraft. Des Weiteren wäre die Willenserklärung schon ab dem Zeitpunkt zugegangen, ab dem der Überlasser nach den gegebenen Umständen erstmals mit der Mitteilung durch den Beschäftigten hätte rechnen dürfen.⁵⁹¹ Überlegungen gehen auch dahingehend, dass vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des AÜG die Entgegennahme und Weiterleitung einer die faktischen Beschäftigung betreffenden Mitteilung auch als Teil der Fürsorgepflicht des Beschäftigten betrachtet werden könnte. Damit wäre der Beschäf-

⁵⁸⁶ gl. *Felten*, Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt, wbl 2007, 166.

⁵⁸⁷ gl. OGH 22.12.2004, 8 Ob A 46/04d.

⁵⁸⁸ o hat der OGH auch im Falle der Mitteilung des Beschäftigten bezüglich des Arztbesuches der überlassenen Arbeitskraft, nicht jedoch des darauf folgenden Krankenstandes zuungunsten der überlassenen Arbeitskraft entschieden, Vgl. OGH 2004, ZAS 2005/22.

⁵⁸⁹ gl. § 6 AÜG.

⁵⁹⁰ Vgl. § 2 AÜG.

⁵⁹¹ Vgl. *Felten*, Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt, wbl 2007, 166.

tiger nicht mehr lediglich Empfangsbote, sondern Arbeitgeber im Sinne des AÜG.⁵⁹²

c. Die Regelung des § 6 Abs 4 AÜG

§ 6 Abs 4 AÜG normiert, dass der Überlasser verpflichtet ist die Überlassung unverzüglich zu beenden, sobald er weiß oder wissen muss, dass der Beschäftigte trotz Aufforderung die Arbeitnehmerschutz- oder die Fürsorgepflichten nicht einhält.⁵⁹³ Erlangt daher der Überlasser von einer derartigen Verletzung Kenntnis, muss er die Arbeitnehmer unverzüglich von der Arbeitsleistung im Beschäftigterbetrieb zurückziehen, sofern der Beschäftigte trotz Aufforderung seine Pflichten weiterhin nicht einhält. Verstöße gegen diese Pflichten können den Arbeitnehmer auch zum vorzeitigen Austritt berechtigen.⁵⁹⁴

ME müsste eine dem Schutzzweck des AÜG gerecht werdende Interpretation des Überlassungsvertrages dazu führen, dass der Beschäftigte zumindest als Empfangsbote zu qualifizieren ist.

d. Der gerechtfertigte Austritt aufgrund eines verpönten Verhaltens des Beschäftigten

Da den Beschäftigten im Rahmen des Überlassungsvertrages nicht die Erfüllung der Hauptpflicht des Arbeitsvertrages trifft, kann es sich beim Verhalten des Beschäftigten, welches die überlassene Arbeitskraft zum Austritt berechtigt, nur um ein solches Verhalten handeln, welches eine Verletzung vertraglicher Neben-

⁵⁹² Hinweise dafür ergeben sich auch bei *Adamovic*, welcher davon ausgeht, dass die Empfangs- und Weiterleitungspflicht arbeitsrechtlicher Meldungen, die mittelbar aus der Tätigkeit im Betrieb des Beschäftigten resultieren, allein schon aus praktischen Gründen als vertragliche Nebenpflicht des Überlassungsvertrages eingestuft werden könnte, vgl dazu *Adamovic*, ZAS 2005,136.

⁵⁹³ Vgl. § 6 Abs 4 AÜG.

⁵⁹⁴ *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 166.

pflichten zur Folge hat. Insbesondere die Wahrung der Fürsorgepflicht obliegt dem Beschäftigten unmittelbar aufgrund des AÜG.

Der OGH verneint grundsätzlich eine solche direkte Austrittsmöglichkeit mit der Begründung, ein verpöntes Beschäftigerverhalten mache lediglich die Weiterbeschäftigung bei diesem unzumutbar, nicht hingegen jegliche weitere Arbeitsleistung für den Überlasser.⁵⁹⁵

Unter gewissen Voraussetzungen kann auch ein Verhalten des Beschäftigten den Austritt des Arbeitnehmers rechtfertigen. Dies wird zum Beispiel dann der Fall sein, wenn aus dem Verhalten des Arbeitgebers ersichtlich ist, dass er dem Verhalten des Beschäftigten zugestimmt oder es ermöglicht hat, vor allem aber dann, wenn er trotz entsprechender Aufforderung durch den Arbeitnehmer nicht für geeignete Abhilfe sorgt. Der gänzliche Ausschluss einer unmittelbaren Austrittsmöglichkeit überlassener Arbeitskräfte aufgrund eines verpönten Verhaltens des Beschäftigten ohne vorhergehendes Abhilfegesuch an den Überlasser ist weder aus den Grundprinzipien des vorzeitigen Beendigungsrechtes abzuleiten, noch mit dem Schutzgedanken des AÜG vereinbar.⁵⁹⁶

Das Abhilfegesuch

Die Verpflichtung des Arbeitnehmers vor einem rechtswirksamen Austritt den Arbeitgeber um Abhilfe zu ersuchen, zeigt sich nach der Rspr und hL auch bei einer Reihe von anderen Austrittsgründen. So kann gemäß § 26 Z 4 AngG ein Arbeitnehmer dann vorzeitig austreten, wenn sich der Arbeitgeber weigert den Arbeitnehmer vor Tätlichkeiten oder vor Verletzungen der Ehre und Sittlichkeit zu schützen. Dies setzt nach hL und Rspr⁵⁹⁷ voraus, dass der Arbeitgeber im Rahmen eines Abhilfegesuches erfolglos aufgefordert wurde, seiner Fürsorgepflicht nach-

⁵⁹⁵ Vgl. *Felten*, Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt, wbl 2007,166.

⁵⁹⁶ Vgl. dazu OGH 22.12.2004, 8 Ob A 46/04d; *Rauch*, Vorzeitiger Austritt bei Arbeitskräfteüberlassung, ASoK 2005, 187; *Felten*, Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt, wbl 2007,166. anderer Ansicht ist *Schindler*, der davon ausgeht, dass entgegen der Ansicht des OGH ein vorheriges Abhilfegesuch an den Überlasser nicht notwendig ist; DRdA 2005, 27.

⁵⁹⁷ Vgl. OGH 1998, Arb 11.711.

zukommen und schützend einzugreifen. Die Notwendigkeit eines Abhilfegesuches besteht nach hL⁵⁹⁸ und Rspr⁵⁹⁹ auch im Rahmen der Austrittsgründe des § 26 Z 1 AngG sowie § 26 Z 3 AngG.⁶⁰⁰

Dogmatisch gesehen wird diese vorgeschaltete Aufklärungspflicht nicht unumstritten aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers abgeleitet. Eine unumschränkte Aufklärungspflicht des Arbeitnehmers wird jedoch verneint. Ein Austritt ist auch ohne vorangehende Information des Arbeitgebers zulässig, wenn im Rahmen des vertraglich vereinbarten Tätigkeitsbereiches objektiv und zweifelsfrei keine Abhilfe durch den Arbeitgeber geschaffen werden kann.⁶⁰¹

Wäre beispielweise eine aufgrund einer Gesundheitsgefährdung vom Arbeitgeber vorgenommene Verweisung auf einen anderen Arbeitsplatz nicht möglich, weil entweder ein solcher faktisch nicht besteht oder weil eine derartige Versetzung vom Arbeitsvertrag nicht mehr gedeckt wäre, entfällt auch die Verpflichtung der vorgeschalteten Aufklärung. Dies gilt auch dann, wenn der Beschäftigte ohnehin schon Kenntnis von der Gesundheitsgefährdung erlangt hat oder erlangen hätte müssen. So ist der Arbeitnehmer dann nicht mehr verpflichtet den Arbeitgeber selbst zu informieren, wenn er weiß, dass jener schon zum Beispiel von anderen die wesentlichen Umstände erfahren hat.⁶⁰²

Dies kann man auch durchaus auf den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung umlegen. Setzt der Beschäftigte ein verpöntes Verhalten und kann der überlassene Arbeitnehmer aufgrund persönlicher Umstände oder aufgrund fehlender Überlassungsmöglichkeiten vom Überlasser nicht in einem anderen Beschäftigterbetrieb eingesetzt werden⁶⁰³, so stößt man auch hier an die Grenzen einer etwaigen Aufklärungspflicht des Arbeitnehmers im Austrittsrecht.⁶⁰⁴

⁵⁹⁸ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰, 555.

⁵⁹⁹ Vgl. OGH 1999, Arb 11.931.

⁶⁰⁰ § 26 Z 1 AngG normiert die Austrittsmöglichkeit im Falle einer Gesundheitsgefährdung für den Arbeitnehmer; Gemäß § 26 Z 3 ist der Dienstnehmer zum vorzeitigen Austritt berechtigt, wenn sich der Dienstgeber weigert den ihm zum Schutze des Lebens, der Gesundheit oder der Sittlichkeit des Angestellten gesetzlich Obliegenden Pflichten nachzukommen.

⁶⁰¹ Vgl. OGH 1997, RdA 1998,359; OGH 1987, Arb 10.671 = RdA 1988,52.

⁶⁰² Vgl. Schauer, ZAS 1988, 161.

⁶⁰³ Zu denken wäre beispielweise an einen Sachverhalt wie in der Entscheidung des OGH aus 1997. Verursacht der Beschäftigte durch sein Verhalten beim Arbeitnehmer eine gesundheitsgefährdende Depression, bei der die Fortsetzung jedweder Arbeitsleistung zu einer wei-

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass grundsätzlich dem OGH zuzustimmen ist, dass in der Arbeitskräfteüberlassung als Dreipersonenverhältnis ein Austritt aufgrund eines verpönten Verhalten des Beschäftigers nur nach vorhergehenden Abhilfegesuch an den Überlasser erklärt werden kann. Dennoch gibt es entgegen der Rspr des OGH Fallgestaltungen im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung, bei denen die konstitutive Voraussetzung der vorgeschalteten Aufklärungspflicht entfällt. Letztlich ist im Fall einer Einzelfallprüfung zu ermitteln, ob der überlassene Arbeitnehmer den Überlasser informiert hätte müssen oder nicht.⁶⁰⁵

Das Leistungsverweigerungsrecht

Austritt und Entlassung sind arbeitsrechtliche Schritte, die mit erheblichen Rechtsfolgen verbunden sind. Deshalb gilt für sie das ultima-ratio-Prinzip. Das bedeutet, dass sie immer erst dann zur Anwendung kommen, wenn kein gelinderes Mittel mehr zur Verfügung steht, um bestehende Rechte geltend zu machen. Rspr und Lehre sprechen jedenfalls dann ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn zum Beispiel das fällige Entgelt für die Arbeitsleistung nicht oder nicht vollständig bezahlt wird⁶⁰⁶, wenn Fürsorgepflichten verletzt werden⁶⁰⁷ oder wenn durch die Tätigkeit, eine Gefahr für Leben, Gesundheit oder Vermögen bestehen.⁶⁰⁸

Im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung hat der Gesetzgeber ausdrücklich in § 11 Abs 4 AÜG ein Leistungsverweigerungsrecht für den Fall vorgesehen, dass der Überlasser dem Arbeitnehmer keinen Dienstzettel aushändigt.⁶⁰⁹

teren psychischen Verschlechterung führen würde, kann selbst durch die Überlassung bei einem anderem Beschäftiger keine Abhilfe geschaffen werden.

⁶⁰⁴ Felten, Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt, wbl 2007, 166.

⁶⁰⁵ Vgl Felten aaO.

⁶⁰⁶ Vgl. Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 69; OGH 1994, Arb 11.714.

⁶⁰⁷ Vgl. OGH 1997, Arb 11.682.

⁶⁰⁸ Vgl. Löschnigg, aaO.

⁶⁰⁹ Sollte der Überlasser den Dienstzettel nicht ausstellen, so sind die Strafbarkeit – vgl dazu § 22 Abs 1 Z 2 lit b AÜG – sowie drohender Konzessionsentzug mögliche Konsequenzen.

Diese Bestimmung kann – auch wenn sie sich auf den Überlasser und nicht auf den Beschäftiger bezieht – durchaus als Interpretationshilfe herangezogen werden. Denn gesteht der Gesetzgeber einer überlassenen Arbeitskraft bereits deswegen ein Leistungsverweigerungsrecht zu, so muss dies im Größebeschluss umso mehr gelten, wenn ein Verhalten – sei es auch vom Beschäftiger – gesetzt wird, welches die körperliche oder psychische Integrität des überlassenen Arbeitnehmers beeinträchtigen kann.⁶¹⁰

Darüber hinaus wird direkt aus § 6 AÜG⁶¹¹ ein Leistungsverweigerungsrecht der überlassenen Arbeitskraft bei Verletzungen der Fürsorgepflicht⁶¹² durch den Beschäftiger abgeleitet.⁶¹³

Im Zusammenhang mit dem Zurückbehaltungsrecht der überlassenen Arbeitskraft stellt sich die Frage, ob dieses einen adäquaten Schutz vor einem verpönten Verhalten des Beschäftigers bietet. Setzt daher der aktuelle Beschäftiger ein verpöntes Verhalten, so besteht grundsätzlich für den Überlasser die Möglichkeit, den Arbeitnehmer einem anderem Beschäftiger zur Verfügung zu stellen und somit einen vertragskonformen Zustand zu erreichen. Es ist daher Ausfluss der Treupflicht der überlassenen Arbeitskraft, ihr Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen um so dem Überlasser die Erfüllung des Arbeitsvertrages zu ermöglichen. Auf diesen Umstand bezieht sich der OGH – mE zu Recht – in seiner Argumentation zum vorzeitigen Austritt, wenn er darauf hinweist, dass ein verpöntes Verhalten des Beschäftigers lediglich weitere Tätigkeiten für diesen, unzumutbar macht, nicht aber jedwede weitere Überlassung an sich.⁶¹⁴

Es stellt sich auch die Frage, ob es Konstellationen geben kann, in denen selbst ein Zurückbehaltungsrecht der überlassenen Arbeitskraft keinen ausreichenden Schutz bietet. Blickt man auf die Entscheidung des OGH⁶¹⁵ aus dem Jahr 1997,

⁶¹⁰ Vgl. *Felten*, Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt, wbl 2007, 166.

⁶¹¹ § 9 AschG enthält eine dem § 6 AÜG entsprechende Bestimmung.

⁶¹² So ist unter Anderem auch eine Diskriminierung oder eine ablehnende, feindselige Haltung gegenüber überlassenen Arbeitskräften zu verhindern oder zu beseitigen; Vgl. OGH 26.8.2004, 8 Ob A 3/04f.

⁶¹³ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 164; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 89; *Posch*, JBl 2005, 707.

⁶¹⁴ Vgl. OGH 22.12.2004, 8 Ob 46/04d.

⁶¹⁵ Vgl. OGH 1997, RdA 1998, 359.

bei der ein Beschäftigter durch sein verpöntes Verhalten beim überlassenen Arbeitnehmer eine gesundheitsgefährdende Depression auslöst, die jede weitere Arbeitsleistung selbst für einen anderen Beschäftigter ausschließt, so muss man zugestehen, dass in diesem Fall die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung gerade nicht mehr besteht, die in Kombination mit dem Leistungsverweigerungsrecht eine Qualifikation als gelinderes Mittel erlauben würde. Das Arbeitskräfteüberlassungsverhältnis ist in diesem Fall in seiner Wirkung einem klassischen Dienstverhältnis gleichzuhalten. Bei letzterem würde man auch nicht auf die Idee kommen, soweit keine Aussicht auf Abhilfe besteht, dem „normalen“ Arbeitnehmer zuzumuten, in der „Warteschleife“ Leistungsverweigerungsrecht zu verharren.⁶¹⁶

Unmittelbares Austrittsrecht überlassener Arbeitskräfte

In den Fällen, in denen einerseits keine Aufklärungspflicht besteht, andererseits ein Leistungsverweigerungsrecht zu kurz greift, muss es der überlassenen Arbeitskraft unbenommen bleiben, sich auf ein unmittelbares Austrittsrecht berufen zu können. Diese Rechtsansicht ergibt sich für Felten aus § 6 AÜG. Verletzt der Beschäftigte seine Fürsorgepflichten, welche sich aus § 6 AÜG ergeben, hat der Überlasser unverzüglich nach Kenntniserlangung die Überlassung zu beenden. Damit wird eine lückenlose Haftung sowohl des Überlassers als auch des Beschäftigten für die Einhaltung der Fürsorgepflichten gewährleistet.⁶¹⁷

⁶¹⁶ Vgl. Felten, Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt, wbl 2007,166.

⁶¹⁷ Vgl. Felten, aaO, anderer Ansicht sind hier Leutner/Schwarz/Ziniel, siehe dazu Leutner/Schwarz/Ziniel, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 92 sowie Posch, JBL 2005,707.

e. Eigenständiger Austrittsgrund für überlassene Arbeitskräfte gemäß § 18 AÜG

Der Geltungsbereich des § 18 AÜG

§ 18 Abs 1 AÜG⁶¹⁸ regelt die Möglichkeit der Untersagung der Arbeitskräfteüberlassung. Eingeschränkt ist diese Untersagungsmöglichkeit auf solche Überlasser, welche gemäß § 135 Abs 2 GewO⁶¹⁹ kein reglementiertes Gewerbe gemäß § 94 Z 72 GewO ausüben.

Da sich der § 135 Abs 2 GewO weitgehend mit § 1 Abs 2 AÜG⁶²⁰ deckt, würde der Geltungsbereich des § 18 AÜG nur die vorübergehende Überlassung erfassen.

Die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 2 AÜG ist jedoch um die Anwendbarkeit des § 18 AÜG teleologisch zu reduzieren, da der Zweck der Untersagungsmöglichkeit gerade darin liegt, ein Korrektiv für die bei dieser Form der Arbeitskräfteüberlassung fehlende Möglichkeit, die Gewerbeberechtigung wegen Verstößen gegen das AÜG zu entziehen, zu schaffen.⁶²¹ Von der Untersagungsmöglichkeit werden daher nur jene nicht reglementierten Überlassungsformen erfasst, die im § 135 Abs 2 GewO taxativ aufgezählt werden.⁶²²

⁶¹⁸ Vgl. § 18 Abs 1 AÜG.

⁶¹⁹ Kein reglementiertes Gewerbe im Sinne des § 135 Abs 2 GewO ist die vorübergehende Überlassung von Arbeitskräften, die Überlassung von Arbeitskräften durch Erzeuger, Verkäufer oder Vermieter von technischen Anlagen oder Maschinen, die Überlassung von Arbeitskräften innerhalb einer Arbeitsgemeinschaft oder bei der betrieblichen Zusammenarbeit, die Überlassung von Arbeitskräften zwischen Konzernunternehmen sowie die Überlassung von Arbeitskräften bei der Entwicklungshilfe.

⁶²⁰ Für die in § 1 Abs AÜG normierten Bereiche gelangen die Abschnitte II – IV, welche auch den § 18 AÜG erfassen, nicht zur Anwendung.

⁶²¹ Ein Entzug der Gewerbeberechtigung ist aus den in den §§ 87 ff GewO genannten allgemeinen Gründen möglich. Des Weiteren normiert der § 135 Abs 5 GewO einen speziellen Entziehungstatbestand für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung.

⁶²² *Sacherer/Schwarz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz*² 286f.

Die Untersagungsmöglichkeit gemäß § 18 AÜG

Die Untersagung der Überlassung von Arbeitskräften ist dann möglich, wenn der Überlasser die ihm aufgrund des AÜG obliegenden Verpflichtungen, insbesondere gegenüber einer Arbeitskraft erheblich oder wiederholt verletzt hat und trotz schriftlicher Androhung der Untersagung neuerlich verletzt.⁶²³ Inwieweit bei der nicht reglementierten Arbeitskräfteüberlassung gegen Bestimmungen des AÜG verstoßen werden kann, hängt vom Geltungsbereich des AÜG ab.

Ob ein Verstoß gegen das AÜG als erheblich anzusehen ist, wird vom konkreten Einzelfall abhängen. Als wiederholt ist zumindest ein zweimaliger Gesetzesverstoß zu qualifizieren.⁶²⁴

Der Untersagungsbescheid muss von der Behörde innerhalb von sechs Monaten ab Kenntnis des Sachverhaltes, welcher die Untersagung rechtfertigt, erlassen werden.⁶²⁵

Die gesetzlichen Interessensvertretungen, die kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, das Arbeitsinspektorat sowie die sonstigen zur Wahrnehmung des Arbeitnehmerschutzes berufenen Behörden haben ein Anhörungsrecht.⁶²⁶

Ein zwischen dem Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft geschlossener Arbeitskraft geschlossener Arbeitsvertrag bleibt trotz Untersagung der Überlassung in vollem Umfang aufrecht. Gemäß § 18 Abs 3 AÜG hat die überlassene Arbeitskraft die Möglich binnen drei Monaten ab Kenntnis der Untersagung auszutreten.

Die Untersagung der Unterlassung wird dabei als wichtiger, vom Überlasser verschuldeter Grund zur vorzeitigen Vertragsauflösung festgelegt.

⁶²³ Vgl. § 18 Abs 1 AÜG.

⁶²⁴ Geppert, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 212.

⁶²⁵ Vgl. § 18 Abs 2 AÜG.

⁶²⁶ Vgl. § 19 Abs 2 AÜG.

Die Rechtswirkungen dieses Austrittsgrundes sind ident mit denen des § 26 AngG.⁶²⁷

⁶²⁷ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 288f.

VI. Fortsetzung und Beendigung des Dienstverhältnisses bei Betriebsübergang

1. Allgemeines

Eine Angleichung der österreichischen Rechtslage an das Arbeitsrecht der EU erfolgte durch die §§ 3 – 6 AVRAG. Diese orientieren sich weitgehend an der EU-Richtlinie 77/187⁶²⁸ (sog. Betriebsübergangsrichtlinie).⁶²⁹

§ 3 AVRAG normiert einen ex-lege Übergang sämtlicher Arbeitsverhältnisse, wenn ein Unternehmen, ein Betrieb oder ein Betriebsteil⁶³⁰ auf einen anderen Inhaber übergehen.⁶³¹ Die Eintrittsautomatik wirkt unabhängig vom Willen des bisherigen und des neuen Inhabers ebenso wie des einzelnen Arbeitnehmers.⁶³²

Von den Bestimmungen zum Betriebsübergang sollen nicht nur die Fälle der wie zum Beispiel Verkauf oder Verpachtung des Betriebes erfasst werden, sondern auch zum Teil die Fälle der Gesamtrechtsnachfolge (insbesondere Verschmelzung, Umwandlung im Sinne des § 1 UmwG sowie Spaltung im Sinne des § 1 SpaltG.) Die Frage der Anwendung des AVRAG stellt sich insbesondere in den häufigen Fällen des „Outsourcens“. Die bisherige Judikatur des OGH⁶³³ hat einen Betriebsübergang bei Vorliegen einer eigenen betrieblichen Organisation bejaht. Kritisch betrachtet wurde eine Entscheidung des EuGH, in der die Abtretung von

⁶²⁸ Richtlinie 77/187/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen vom 14.2.1977, ABl L 61/26.

⁶²⁹ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 232.

⁶³⁰ Vgl. *Tomandl*, Arbeitrechtliche Konsequenzen beim Übergang eines Betriebsteiles, ZAS 1993,193.

⁶³¹ Vgl. § 3 AVRAG; Vgl. auch zur Eintrittsautomatik Schrank, Eintrittsautomatik bei Betriebsübergang, *ecolex*, 1993, 542.

⁶³² Vgl. *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht³ 237.

⁶³³ Vgl. OGH 23.5.1996, 8 Ob A 2020/96h; OGH 13.6.1996, 8 Ob a 2100/96y.

Reinigungsaufgaben einer einzigen Arbeitnehmerin an eine Fremdfirma als Betriebsteilübergang qualifiziert wurde.⁶³⁴

Das Recht auf Übernahme des Arbeitsverhältnisses durch den Erwerber kann weder durch Arbeitsvertrag oder Normen der kollektiven Rechtsgestaltung aufgehoben oder beschränkt werden.⁶³⁵ Nicht zur Anwendung kommt das AVRAG für Vermögensübertragungen im Konkurs des Veräußerers.⁶³⁶

2. Widerspruchsrecht gemäß § 3 Abs 4 AVRAG und Kündigung bei Betriebsübergang

Der Arbeitnehmer kann dem Betriebsübergang gemäß § 3 Abs 4 AVRAG dann widersprechen, wenn der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandsschutz oder die auf Einzelvertrag beruhenden Pensionszusagen nicht übernimmt. Der Widerspruch durch den Arbeitnehmer hat innerhalb eines Monats ab Ablehnung oder bei Nichtäußerung innerhalb eines Monats nach Ablauf der vom Arbeitnehmer dem Erwerber zur Äußerung gesetzten Frist zu erfolgen. In diesen Fällen bleibt das Dienstverhältnis zum Veräußerer aufrecht.⁶³⁷ Ein darüber hinausgehendes Widerspruchsrecht kennt § 3 Abs 4 AVRAG nicht.⁶³⁸

Das AVRAG enthält keine Regelung, wonach der Betriebsübergang keinen Grund zur Kündigung darstellen darf.⁶³⁹ Aus der gesetzlichen Anordnung des ex-lege Überganges ergibt sich jedoch, dass eine Kündigung wegen eines Betriebsüber-

⁶³⁴ Vgl. EuGH 14.4.1994, C-392/92, Schmidt, Slg 1994, I -1311.

⁶³⁵ Vgl. § 16 AVRAG.

⁶³⁶ Vgl. § 3 Abs 2 AVRAG. Der Konkurs muss im Übergangszeitpunkt bereits eröffnet sein, ein unmittelbar bevorstehender Konkurs genügt nicht, siehe dazu OGH 22.12.2004, 8 Ob A 43/04p.

⁶³⁷ Vgl. dazu *Schrank*, Eintrittsautomatik bei Betriebsübergang, *ecolex* 1993, 543; *Pircher*, Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, *DRdA* 1997, 173; *Köck*, Widerspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, 1993, 548.

⁶³⁸ In seiner Entscheidung vom 23.5.1997, 8 Ob A 105/97 t, bejaht der OGH ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers, lässt aber die Frage offen, ob ein allgemeines Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers anzuerkennen ist bzw. ob dieses auf die Fälle der Unzumutbarkeit einzuschränken ist.

⁶³⁹ Vgl. dazu Art 4 der EU Richtlinie 77/187.

ganges unzulässig ist.⁶⁴⁰ Dies gilt sowohl für die Kündigung vor als auch eine Kündigung, die nach dem Betriebsübergang erfolgt ist.⁶⁴¹ Je näher Kündigungen zeitlich bei Betriebsübergängen liegen, desto näher liegt die Vermutung der Gesetzesumgehung und desto plausibler beweisbare Sachgründe bedarf es für die Kündigung, um diese Vermutung erfolgreich zu entkräften. Als Kündigungsgründe, welche die die Umgehungsvermutung entkräften können, kommen sowohl verhaltensbedingte als auch betriebliche Gründe in Frage.⁶⁴²

Der OGH hat sich für die Nichtigkeit der Kündigung entschieden, wenn der Betriebsübergang den ausschlaggebenden Grund für die Kündigung darstellt. Die Nichtigkeit ist gegenüber dem Erwerber und ohne unnötigen Aufschub geltend zu machen.⁶⁴³

Ein besonderes Kündigungsrecht normiert § 3 Abs 5 AVRAG. Sofern sich durch den nach Betriebsübergang anzuwendenden Kollektivvertrag oder die nach Betriebsübergang anzuwendenden Betriebsvereinbarungen Arbeitsbedingungen wesentlich verschlechtert haben, kann der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats ab dem Zeitpunkt, ab dem er die Verschlechterung kannte oder kennen musste, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen bzw. kollektivvertragsrechtlichen Kündigungsfristen und Kündigungstermine lösen.⁶⁴⁴ Der Erwerber ist aufgrund des § 3 Abs 3 AVRAG verpflichtet jede aufgrund des Betriebsüberganges erfolgte Änderung der Arbeitsbedingungen dem Arbeitnehmer unverzüglich mitzuteilen.⁶⁴⁵ Kündigt der Arbeitnehmer ab dem Zeitpunkt, ab dem er die Verschlechterung erkannte oder erkennen musste, so stehen ihm Ansprüche wie im Falle einer Arbeitgeberkündigung zu.⁶⁴⁶ Eine Feststellungsklage, ob eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen eingetreten ist, muss innerhalb ei-

⁶⁴⁰ Siehe zu diesem Thema auch *Schrank*, Probleme der Kündigung im Zusammenhang mit einem Betriebs(teil)übergang, in *Tomandl* (Hrsg), Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht, 71ff.

⁶⁴¹ Vgl. OGH 5.6.2002, 9 Ob A 97/02h.

⁶⁴² Vgl. dazu *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht³ 240.

⁶⁴³ Vgl. OGH 29.2.1996, DRdA 1996, 513 mit Bespr von *Gahleitner*; OGH 22.10.1997, DRdA 1998, 347 mit Bespr von *Reissner*; OGH 23.12.1998, DRdA 2000, 64 mit Bespr von *Mayr*.

⁶⁴⁴ Vgl. § 3 Abs 5 AVRAG.

⁶⁴⁵ Vgl. § 3 Abs 3 AVRAG.

⁶⁴⁶ Vgl. dazu *Reissner*, Die begünstigte Kündigung des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, ZAS 2002, 104.

nes Monats ab Kenntnis der Änderung der Arbeitsbedingungen eingebracht werden.⁶⁴⁷

3. Betriebsübergang und Arbeitskräfteüberlassung

a. Übergang des Arbeitskräfteüberlassungsunternehmens

Wechselt ein Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen seinen Eigentümer so stellt sich die Frage, ob die Betriebsübergangsregelungen der §§ 3 AVRAG heranzuziehen sind. Daran kann kein Zweifel bestehen, da Art 2 Abs 2 lit c Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG⁶⁴⁸ ausdrücklich normiert, dass Arbeitsverhältnisse nicht allein deshalb vom Geltungsbereich der RL ausgeschlossen werden können, weil es sich um Arbeitsverhältnisse mit Arbeitskräfteüberlassern handelt.

Komplizierter wird die rechtliche Situation, wenn nur Teile eines Arbeitskräfteüberlassungsunternehmens übergehen. Die Problematik liegt hier darin, dass beim Verleiherunternehmen keine organisatorisch abgrenzbare „wirtschaftliche Einheit“ und damit kein übergangsfähiger „Betriebsteil“ festgestellt werden kann. Der EuGH hat aufgrund des Beschlusses des OGH vom 16.11.2004 zu 8 Ob A 140/04b, mit welchem die Frage der Betriebsteilbestimmung bei Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt wurde, Folgendes festgestellt. Allein die Gesamtheit aus Verwaltungsangestellten, überlassenen Arbeitskräften und Fachkenntnissen kann einen eigenen Zweck haben, nämlich Dienstleistungen zu erbringen, die darin bestehen, den entleihenden Unternehmen Arbeitnehmer gegen Entgelt vorübergehend zur Verfügung zu stellen. Eine solche Gesamtheit kann eine wirtschaftliche Einheit darstellen, die ohne In-

⁶⁴⁷ Vgl. § 3 Abs 6 AVRAG.

⁶⁴⁸ RL 2001/23/EG, Abl 2001 L 082 S 16-20.

anspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel und ohne Inanspruchnahme anderer Teile des Veräußerers einsatzbereit ist.⁶⁴⁹

b. Übergang des Beschäftigetriebes

Da die Inhabereigenschaft des AVRAG⁶⁵⁰ zugleich die Eigenschaft als Arbeitgeber erfordert, sind Beschäftigetriebe in Bezug auf überlassene Arbeitskräfte keine Inhaber im Sinne des AVRAG.⁶⁵¹ Diese Auslegung entspricht auch der Betriebsübergangsrichtlinie.⁶⁵² Art 2 Abs 2 lit c der Betriebsübergangs-RL normiert, dass auch überlassene Arbeitskräfte vom Betriebsübergang betroffen sind, sofern es sich beim übertragenen Unternehmen um den Arbeitgeber handelt. Lagert daher der Beschäftigetrieb Betriebsteile aus, so hat dies auf die Arbeitsbeziehungen der überlassenen Arbeitskräfte keine Auswirkung.⁶⁵³

Nach Ansicht von *Binder*⁶⁵⁴ werden auch überlassene Arbeitskräfte vom Betriebsübergang erfasst, wenn der Beschäftigetrieb übergeht. Er begründet dies damit, dass § 3 Abs 1 AVRAG ganz allgemein auf „bestehende Arbeitsverhältnisse“ abstellt, die überlassene Arbeitskraft faktisch im Beschäftigetrieb tätig ist und dem Beschäftigetrieb auch zahlreiche Rechte und Pflichten als faktischer Arbeitgeber zukommen.

ME ist dieser Ansicht Binders nicht zuzustimmen. Dem § 3 AVRAG ist zwar zu entnehmen, dass bestehende Arbeitsverhältnisse übergehen. Es darf jedoch nicht

⁶⁴⁹ Siehe dazu *Binder*, Betriebsteilübergang auch bei Leiharbeitsunternehmen möglich, DRdA 2009, 319. Die Frage, ob mit den übergangenen Verwaltungsangestellten, überlassenen Arbeitskräften und Fachkenntnissen im vorliegenden Fall auch ohne substantielle Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel und Unternehmensteile das Gewerbe eines Arbeitskräfteüberlassungsunternehmens hätte betrieben werden können blieb bei bisher unerörtert, sodass die Rechtssache an das Erstgericht zurückverwiesen wurde.

⁶⁵⁰ Mit dem Inhaber ist der Erwerber des Betriebes gemeint.

⁶⁵¹ Vgl. *Jöst*, Der Betriebsübergang (2004) 73.

⁶⁵² RL 2001/23/EG, Abl 2001 L 082 S 16-20. Durch diese RL wurde die RL 77/187/EWG geändert.

⁶⁵³ Vgl. *Jöst*, Der Betriebsübergang 73; *Jöst*, Inhaber im Sinne des § 3 AVRAG und des Art 1 Abs 1 BURL - Arbeitgeber oder Betriebsinhaber, ZAS 1999, 38; *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG RZ 218; *Holzer/Reissner*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (1998) 64.

⁶⁵⁴ *Binder*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, § 3 Rz 40.

übersehen werden, dass § 3 AVRAG die Eintrittsautomatik normiert. Der Erwerber tritt als neuer Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung würde dies bedeuten, dass der Erwerber – somit der neue Beschäftiger – Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskraft werden würde. Dies hätte zur Folge, dass zusätzlich zum Verhältnis Überlasser und überlassener Arbeitskraft ein weiteres Arbeitgeberverhältnis zwischen Beschäftiger und überlassener Arbeitskraft begründet werden würde. ME ist dies vom § 3 AVRAG nicht angedacht.

c. Arbeitskräfteüberlassung statt ex-lege Übergang?

In der Praxis kommt es häufig vor – vor allem bei Ausgliederungen im Konzern –, dass die Arbeitsvertragspartner einvernehmlich den Eintritt der durch § 3 Abs 1 AVRAG angeordneten Rechtsfolge verhindern, dh den Weiterbestand der Arbeitsverhältnisse mit dem bisherigen Arbeitgeber erreichen wollen und die Erbringung der Arbeitsleistung im ausgegliederten Betrieb oder Betriebsteil im Wege der Überlassung erfolgen soll. Die Arbeitnehmer erwarten sich von einer solchen Vereinbarung die unbeeinträchtigte Weiterführung ihrer Arbeitsverhältnisse mit dem bisherigen Arbeitgeber, während sie für den Fall des Überganges des Dienstverhältnisses auf den Erwerber Verschlechterungen, insbesondere bezüglich des Kollektivvertrages befürchten.⁶⁵⁵

Vorweg ist festzuhalten, dass die Vereinbarung einer Arbeitskräfteüberlassung auch im Falle eines Betriebsüberganges gemäß § 2 Abs 2 AÜG nur mit ausdrücklicher Zustimmung jedes einzelnen Arbeitnehmers zulässig ist. Eine derartige Vereinbarung kann daher für die gesamte Belegschaft nicht durch Betriebsvereinbarung erfolgen.⁶⁵⁶

⁶⁵⁵ *Gahleitner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, DRdA 1994, 380.

⁶⁵⁶ Wenn überhaupt käme als einzige gesetzliche Grundlage § 97 Abs 1 Z 4 ArbVG zum Tragen, wobei diese aber voraussetzt, dass eine Betriebsänderung im Sinne des § 109 Abs 1 Z 1 – 6 ArbVG vorliegt, die wesentliche Nachteile für alle oder erhebliche Teile der Arbeitnehmer-schaft mit sich bringt. Eine freie Betriebsvereinbarung kommt aufgrund der geforderten Ausdrücklichkeit der Zustimmung ebenso nicht in Betracht.

Bei der Verleihung von Arbeitskräften einer Mutter an die ausgegliederte Tochter handelt es sich um eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, der das Konzernprivileg des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG zukommt, wenn die Arbeitskräfteüberlassung nicht zum Betriebszweck der Mutter gehört. Dieses Konzernprivileg nimmt Arbeitnehmerüberlassungen zur Gänze von Abschnitt II bis IV des AÜG aus, sofern die Überlassung nur vorübergehend erfolgt.

In Fällen einer „Austöchterung“ ist allerdings regelmäßig eine Überlassung auf Dauer intendiert. Für solche konzerninternen Überlassungen ordnet das AÜG auch die Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen des III. Abschnitts, nämlich gemäß § 1 Abs 4 AÜG des § 10 Abs 1, Abs 3 und Abs 4 sowie des § 10a AÜG, an.⁶⁵⁷

Daraus ergibt sich, dass diese Arbeitnehmerüberlassung jedenfalls der Zustimmung der einzelnen Arbeitnehmer bedarf.⁶⁵⁸ Dies ergibt sich erstens daraus, dass eine Überlassung an einen anderen Arbeitgeber wohl immer eine Vertragsänderung bedeutet, zum anderen wird dies durch § 2 Abs 2 AÜG im auch für die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung generell gültigen Abschnitt I des Gesetzes nachhaltig unterstrichen.⁶⁵⁹

In der Fallkonstellation, dass eine derartige Überlassung im Konzern erfolgt und die Konzernmutter bereits zuvor Konzernunternehmen war, wird eine ausdrückliche Zustimmung der betroffenen Arbeitskraft hinfällig sein, da sich oft in den Arbeitsverträgen Konzernbeschäftigungsklauseln⁶⁶⁰ finden, welche den Arbeitnehmer zur Arbeit in allen Konzernbetrieben verpflichten.⁶⁶¹

⁶⁵⁷ § 10 Abs 1 AÜG sichert den überlassenen Arbeitskräfte auch bei konzerninterner dauernder Überlassung den Entgeltschutz des AÜG, die Absätze 3 und 4 des § 10 AÜG stellen sicher, dass für die überlassenen Arbeitskräfte die arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen im Beschäftigterbetrieb zu berücksichtigen sind.

⁶⁵⁸ Siehe *Gahleitner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, RdA 1994, 380.

⁶⁵⁹ Vgl. *Holzer/Reissner*, Strategien der „Austöchterung“ von Unternehmensfunktionen aus arbeitsrechtlicher Sicht, ASoK 2004, 212.

⁶⁶⁰ Zu den Grenzen solcher Konzernbeschäftigungsklauseln, Vgl. *Kreil*, Arbeitsverhältnisse, 60; *Jabornegg*, RdA 2002, 123.

⁶⁶¹ Vgl. *Holzer/Reissner*, Strategien der „Austöchterung“ von Unternehmensfunktionen aus arbeitsrechtlicher Sicht, ASoK 2004, 212; Zu den Grenzen solcher Konzernbeschäftigungsklauseln Vgl. *Kreil*, Arbeitsverhältnisse 60.

Was die inhaltliche Ausgestaltung der Überlassungsvereinbarung zwischen der Muttergesellschaft und den zu überlassenden Arbeitnehmern anlangt, so herrscht weitgehende Vertragsfreiheit, da § 11 AÜG, der eine Reihe von Vertragsklauseln verbietet, nicht anwendbar ist.⁶⁶²

Die ausdrückliche Zustimmung der einzelnen Arbeitnehmer zur Arbeitskräfteüberlassung anlässlich eines Betriebsüberganges genügt nicht zur Rechtswirksamkeit dieser Vereinbarung, da auch die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarungen im Hinblick auf die RL 77/187 sowie die Günstigkeit im Sinne des § 16 AVRAG vorliegen müssen.⁶⁶³ Näheres dazu ist in den folgenden Absätzen auszuführen.

d. Die Rechtsprechung des OGH und des EuGH

Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 12.10.1995 entschieden, dass der Übergang der Arbeitsverhältnisse auch nicht durch für die Arbeitnehmer günstigere Dispositionen verhindert werden kann.⁶⁶⁴ Diese Entscheidung bezog sich aber auf einen Sachverhalt, bei dem durch den vereinbarten Nichtübergang der Arbeitsverhältnisse der Insolvenzausfallsgeld-Fonds geschädigt worden wäre. Nach Ansicht *Gahleitners* ist diese Entscheidung nur auf vom AVRAG abweichende Dispositionen der Arbeitsvertragsparteien anzuwenden, die zu Lasten eines Dritten gehen. Ist dies nicht der Fall, so ist eine für den Arbeitnehmer im Vergleich zum Übergang des Arbeitsverhältnisses günstigere Vereinbarung zulässig.⁶⁶⁵

Da die innerstaatlichen Rechtsvorschriften zum Betriebübergang in Übereinstimmung mit der RL 77/187 auszulegen sind, ist auch die Rechtsprechung des EuGH für die Frage der Zulässigkeit der Vereinbarung einer Arbeitskräfteüberlassung zu berücksichtigen.

⁶⁶² Dies ergibt sich aus § 1 Abs 2 Z5 AÜG.

⁶⁶³ Vgl. *Gahleitner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, RdA 1994, 380.

⁶⁶⁴ Vgl. OGH 12.10.1995, 8 Ob A 15/95.

⁶⁶⁵ Vgl. *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 129f.

Der EuGH hat bisher nicht ausdrücklich zur Frage Stellung genommen, ob eine Überlassung der Arbeitskräfte durch den bisherigen Betriebsinhaber im Zuge eines Betriebsüberganges unter Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen generell bzw. dann zulässig ist, wenn diese günstiger ist als der ex-lege- Übergang der Arbeitsverhältnisse, dh ob der Arbeitnehmer in diesem Falle auf das Recht des ex-lege Überganges seines Arbeitsverhältnisses verzichten kann.⁶⁶⁶

Prinzipiell geht aber der EuGH in seiner Rechtssprechung⁶⁶⁷ davon aus, dass der Schutz der Richtlinie 77/187 – gemeint ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber in unveränderter Form - den Arbeitnehmern nicht gegen ihren ausdrücklichen Willen aufgezwungen werden soll.

*Tomandl*⁶⁶⁸ schließt hingegen aus den genannten Urteilen des EuGH die absolut zwingende Wirkung des ex-lege-Überganges der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergang. Vereinbarungen über die Arbeitskräfteüberlassung können sich nach Ansicht Tomandls nicht gegen die zwingende Bestimmung des § 3 AVRAG durchsetzen, wenn man das AVRAG im Sinne der Rechtssprechung des EuGH interpretiert. Eine derartige Vereinbarung würde das dem Arbeitnehmer durch § 3 AVRAG eingeräumte Recht nicht entstehen lassen, seinen Arbeitsvertrag mit dem Erwerber fortsetzen zu können.⁶⁶⁹

ME mangelt es bei der Ansicht Tomandls an stichhaltigen Hinweisen. Das Recht des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsvertrag mit dem Erwerber fortsetzen zu können ist jedenfalls durch § 3 Abs 1 AVRAG gewährleistet. Eine für den Arbeitnehmer günstigere Arbeitskräfteüberlassungsvereinbarung kann nicht als Vernichtung dieses Rechtes angesehen werden.

⁶⁶⁶ Vgl. *Gahleitner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, RdA 1994,380; Vgl. auch *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht aus trüber Quelle, ÖJZ 1994, 223: dieser geht von einer Verzichtsmöglichkeit der überlassenen Arbeitskraft aus.

⁶⁶⁷ Vgl. EuGH Rs 105/84, Slg 1985, 2639; EuGH Rs C-362/89, Slg 1991, I – 4105.

⁶⁶⁸ *Tomandl*, Arbeitsrechtliche Konsequenzen beim Übergang eines Betriebsteiles, ZAS 1993, 193.

⁶⁶⁹ Vgl. *Tomandl*, aaO.

e. Günstigkeit der Vereinbarung im Sinne des § 16 AVRAG

Bejaht man daher die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung, die den ex-lege Übergang des Arbeitsverhältnisses ausschließt, so ist in weiterer Folge zu prüfen, ob diese Vereinbarung einer Arbeitskräfteüberlassung bei Betriebsübergang trotz der generellen Anordnung des § 3 Abs 1 AVRAG als im Sinne des § 16 AVRAG „günstiger“ zulässig ist. Eine gegen § 3 Abs 1 AVRAG verstoßende Vereinbarung kann daher rechtswirksam nur getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger ist als die in § 3 Abs 1 angeordnete Rechtsfolge. Bei diesem Günstigkeitsvergleich sind sämtliche in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem ex-lege-Übergang der Arbeitsverhältnisse bzw. der Arbeitskräfteüberlassung stehenden Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen.⁶⁷⁰

Im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs ist insbesondere zu prüfen, wie die Arbeitnehmer durch die Arbeitskräfteüberlassung in Bezug auf die Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen, den Kündigungsschutz und die Haftung für Arbeitnehmeransprüche gestellt werden.⁶⁷¹

Sofern das Arbeitsverhältnis im Zuge der Arbeitskräfteüberlassung mit dem bisherigen Arbeitgeber aufrecht bleibt, kommt es zu keiner Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch den Betriebsübergang. Hingegen kann es bei einem ex-lege-Übergang der Arbeitsverhältnisse gemäß AVRAG insofern zu Verschlechterung kommen als der Kollektivvertrag des Erwerbers gewisse Angelegenheiten schlechter regelt als jene des Veräußerers oder betriebliche Pensionszusagen eingestellt werden. Die Rechte des Arbeitnehmers aus Betriebsvereinbarungen sowie aus dem Arbeitsvertrag sind beim ex-lege-Übergang weitestgehend gesichert, so dass die Vereinbarung einer Arbeitskräfteüberlassung im Hinblick auf diese Arbeitsbedingungen weitgehend gleich günstig sein wird.⁶⁷²

Ein weiterer Günstigkeitsvergleich ist im Bereich des Kündigungsschutzes überlassener Arbeitskräfte anzustellen. § 2 Abs 3 AÜG⁶⁷³ normiert, dass durch den

⁶⁷⁰ Vgl. *Gahleitner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, RdA 1994, 380.

⁶⁷¹ *Gahleitner*, aaO; *Binder*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (2001) § 16 RZ 12.

⁶⁷² *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 234f.

⁶⁷³ Vgl. § 2 Abs 3 AÜG.

Einsatz überlassener Arbeitskräfte im Beschäftigetrieb keine Beeinträchtigung der Lohn- und Arbeitsbedingungen und keine Gefährdung der Arbeitsplätze bewirkt werden darf. Dies würde im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang bedeuten, dass die Arbeitskräfteüberlassung im Vergleich zum ex-lege-Übergang insofern ungünstiger wäre, als den überlassenen Arbeitskräften ein geringer Kündigungsschutz zukäme, da der Erwerber im Falle eines betrieblich bedingten Personalabbaues aufgrund des § 2 Abs 3 AÜG verpflichtet wäre, die Stammarbeitsplätze aufrecht zu erhalten.⁶⁷⁴

Arbeitnehmer versprechen sich durch den Verbleib des Arbeitsverhältnisses beim bisherigen Arbeitgeber eine größere finanzielle Sicherheit für die Erfüllung ihrer arbeitsrechtlichen Ansprüche. Gemäß § 6 AVRAG⁶⁷⁵ haftet der Veräußerer für Verpflichtungen aus einem Arbeitsverhältnis, die vor dem Zeitpunkt des Übergangs begründet wurden mit dem Erwerber zur ungeteilten Hand. Für Abfertigungsansprüche, welche nach dem Betriebsübergang entstehen, haftet der Veräußerer nur mit jenem Betrag, der dem fiktiven Abfertigungsanspruch im Zeitpunkt des Betriebsüberganges entspricht. Für Ansprüche auf eine Betriebspension aus einem Leistungsfall nach Betriebsübergang haftet der Veräußerer nur mit jenem Betrag, der dem im Zeitpunkt des Betriebsüberganges bestehenden Pensionsanswartschaften entspricht. Diese Haftung des Veräußerers ist zeitlich limitiert. Sie besteht nur fünf Jahre nach Betriebsübergang.⁶⁷⁶

Bleibt das Arbeitsverhältnis im Zuge einer Arbeitskräfteüberlassung mit dem bisherigen Arbeitgeber aufrecht, so bleibt dieser Schuldner der Arbeitnehmeransprüche. Darüber hinaus haftet der Beschäftiger gemäß § 14 AÜG für die gesamten der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigung in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche als Bürge⁶⁷⁷ im Sinne des § 1355 ABGB.⁶⁷⁸ Zweck der Regelung ist die Sicherung der finanziellen Ansprüche der überlassenen Arbeitskräfte. Darüber soll sie auch die Beschäftiger zu einer sorgfältigen Auswahl des Über-

⁶⁷⁴ Vgl. *Gahleitner*, aaO.

⁶⁷⁵ Vgl. § 6 AVRAG.

⁶⁷⁶ Vgl. § 6 Abs 2 AVRAG.

⁶⁷⁷ Vgl. dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹⁰, 310 ff.

⁶⁷⁸ Dies gilt auch für die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge, die der Überlasser nicht abgeführt hat. Bevor sich die überlassene Arbeitskraft wegen ihrer Entgeltansprüche an den Beschäftiger wenden kann, muss sie ihre Ansprüche beim Überlasser gerichtlich oder außergerichtlich einmahnen.

lassers anregen.⁶⁷⁹ Diese Bürgenhaftung greift allerdings nur dann, wenn der Beschäftiger seine Zahlungsverpflichtungen aus dem Überlassungsgeschäft gegenüber dem Überlasser noch nicht erfüllt hat. Hat er diese bereits nachweislich⁶⁸⁰ erfüllt, so haftet er nur mehr als Ausfallsbürge im Sinne des § 1356 ABGB.⁶⁸¹ Im Falle einer Insolvenz des Überlassers wird die Bürgenhaftung des Beschäftigers insofern eingeschränkt als die Ansprüche der überlassenen Arbeitnehmer durch das Insolvenz- Entgeltsicherungsgesetz gesichert werden.⁶⁸² Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung schuldet der Insolvenz –Ausfallsgeld –Fonds gemäß § 13a Abs 2 IESG dem zuständigen Sozialversicherungsträger, bezüglich der Dienstgeberbeiträge bleibt die Haftung des Beschäftigers aufrecht.⁶⁸³

Die Regelung des § 14 AÜG erstreckt sich lediglich auf jene Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskraft, die während eines konkreten Einsatzes beim Beschäftiger entstanden sind. Aufwandentschädigungen sind damit nicht erfasst.⁶⁸⁴ Anderer Ansicht ist hier *Grillberger*⁶⁸⁵ ist hier anderer Ansicht und meint, dass diese möglicherweise übersehen worden sind und ihr Fehlen nicht als plausibel erscheint.

Diese Haftung des Beschäftigers gemäß § 14 AÜG kommt aber bei der Arbeitskräfteüberlassung im Konzern nicht zur Anwendung⁶⁸⁶, weswegen sie im vorliegenden Zusammenhang kaum von Bedeutung sein wird, da eine Arbeitskräfteüberlassung statt eines ex-lege Überganges nahezu ausschließlich im Zuge von Betriebsübergängen innerhalb eines Konzerns erfolgt.

Eine Haftung des Erwerbers kommt aber gemäß § 1409 ABGB in Betracht und zwar für Ansprüche, welche vor der Arbeitskräfteüberlassung begründet wurden.⁶⁸⁷

⁶⁷⁹ Vgl. *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, (1989) 180.

⁶⁸⁰ Der Beschäftiger ist hier nachweispflichtig. Diesem Nachweis wäre etwa durch Vorlage einer Zahlungsbestätigung Genüge getan.

⁶⁸¹ Vgl. § 14 Abs 2 AÜG.

⁶⁸² Vgl. § 14 Abs 3 AÜG.

⁶⁸³ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, 118.

⁶⁸⁴ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, 115; so auch *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, (1989).

⁶⁸⁵ Vgl. *Grillberger*, Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, WBI 1988, 313.

⁶⁸⁶ Vgl. § 1 Abs 2 Z 5 AÜG.

⁶⁸⁷ Vgl. *Ertl* in *Rummel*², ABGB zu § 1409.

Welcher der Haftungsmodelle für den Arbeitnehmer günstiger im Sinne des § 8 AVRAG ist muss im Einzelfall festgestellt werden.

Gesamt gesehen ist für die Frage der Günstigkeit auch die Frage von Bedeutung, in welchem Interesse die Regelung getroffen bzw. subsidiär von wem die Initiative zur Vereinbarung einer Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen ist.⁶⁸⁸

⁶⁸⁸ Vgl. *Gahleitner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, RdA 1994, 380;

Teil 4. Konsensuale Beendigungsformen der Dienstverhältnisse überlassener Arbeitskräfte

I. Einvernehmliche Auflösung

1. Allgemeines

Eine einvernehmliche Auflösung eines Dienstverhältnisses liegt dann vor, wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbaren, dass das Dienstverhältnis ohne Einhaltung von gesetzlichen Fristen und Terminen zu einem bestimmten Zeitpunkt enden soll.⁶⁸⁹

Mit einigen Ausnahmen⁶⁹⁰ ist die einvernehmliche Auflösung prinzipiell nicht im Gesetz geregelt. Seit der ArbVG Novelle 1986 unterliegt die einvernehmliche Auflösung der betrieblichen Mitbestimmung.⁶⁹¹

Die einvernehmliche Auflösung muss vom eindeutigen Willen beider Vertragsparteien, das Arbeitsverhältnis zu beenden, getragen sein.⁶⁹² Die allgemeinen Vorschriften der §§ 861 ABGB sind auf die einvernehmliche Auflösung anzuwenden.

Prinzipiell sind keine Formvorschriften einzuhalten, es bestehen jedoch Ausnahmen.⁶⁹³ Diese normieren ein Schriftlichkeitsgebot, sowie die Notwendigkeit der Bescheinigung eines Gerichtes oder einer gesetzlichen Interessensvertretung, dass

⁶⁸⁹ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹ 565.

⁶⁹⁰ Vgl. § 24 Abs 3 LArbG; § 30 Abs 1 Z 2 VBG.

⁶⁹¹ Vgl. § 104 a ArbVG, Vgl. *Dusak*, Änderungen im Bereich der personellen Mitbestimmung, ZAS 1986, 198.

⁶⁹² Nach Ansicht des OGH genügen im Zeitpunkt der Vereinbarung die geistigen Fähigkeiten eines mündigen Minderjährigen.

⁶⁹³ Vgl. § 10 Abs 7 MschG, § 7 Abs 3 VKG, § 16 APSG, § 15 Abs 5 BAG.

der Arbeitnehmer über die besonderen Schutzbestimmungen belehrt wurde.⁶⁹⁴ Aus Beweiszwecken ist die schriftliche Vereinbarung einer einvernehmlichen Lösung jedenfalls empfehlenswert. In der Praxis wird dies aber meist ohnehin so gehandhabt, da im Zusammenhang mit der einvernehmlichen Lösung auch andere Fragen bezüglich der Beendigung des Dienstverhältnisses zu regeln sind oder geregelt werden, zB Urlaubsverbrauch, freiwillige Abfertigung.

Eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses kann in jedem Stadium des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden, daher auch nach Ausspruch der Kündigung während der Kündigungsfrist.⁶⁹⁵

Bei einer einvernehmlichen Auflösung stellt sich auch die Frage nach der Abfertigung alt. Aus § 23 Abs 7 AngG ergibt sich, dass ein Anspruch auf Abfertigung besteht, sofern die sonstigen Voraussetzungen⁶⁹⁶ vorliegen.

Im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung kann eine einvernehmliche Auflösung unabhängig davon erfolgen, welche Vertragsbeziehung zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Überlasser besteht. Es kann sowohl ein Werkvertrag als auch ein Arbeitsvertrag oder ein freier Dienstvertrag im Einvernehmen beendet werden.⁶⁹⁷

2. Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der einvernehmlichen Auflösung

§ 104a ArbVG⁶⁹⁸ normiert, dass innerhalb von zwei Arbeitstagen nach dem Verlangen des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebsinhaber über eine Beratung mit dem Betriebsrat, eine einvernehmliche Auflösung nicht rechtswirksam vereinbart werden kann. Ziel dieser durch die ArbVG Novelle 1986 eingeführten Gesetzesänderung ist, dass der Arbeitnehmer voreilig einer Auflösung des Dienstverhält-

⁶⁹⁴ Löschnigg, Arbeitsrecht 565f.

⁶⁹⁵ Mazal, Der Angestelltendienstvertrag² 72.

⁶⁹⁶ Vgl. dazu § 23 Abs 1 AngG.

⁶⁹⁷ Mazal, Arbeitskräfteüberlassung 50.

⁶⁹⁸ Vgl. § 104a ArbVG; ähnliche Schutzbestimmungen finden sich in den § 6 Abs 7 APStG, § 10 Abs 6 MStG, § 15 Abs 5 BAG.

nisses zustimmt, die für ihn eventuell mit Nachteilen verbunden sein kann.⁶⁹⁹ Nachteile, welche sich durch eine einvernehmliche Auflösung für den Dienstnehmer ergeben können, sind unter anderem der Verlust des Kündigungsschutzes gemäß § 105 ArbVG oder eine kürzere Dauer des Dienstverhältnisses durch Wegfall von Kündigungsfristen und Kündigungsterminen. Weiters könnte auch die Tatsache, dass im Zusammenhang mit Auflösungsvereinbarungen häufig Verzichtserklärungen auf zum Teil zwingende Ansprüche abgegeben und von der Rspr meist als gültig angesehen werden, einen „Übereilungsschutz“ rechtfertigen. Wird eine einvernehmliche Auflösung als Folge eines Verhaltens des Arbeitnehmers, das der Arbeitgeber als Entlassungsgrund ansieht – dies kommt in der Praxis auch relativ häufig vor – angeboten, so sollte der Arbeitnehmer auch beurteilen können, ob dieses Verhalten tatsächlich einen Entlassungsgrund darstellt.⁷⁰⁰ Wenn auch das Schutzbedürfnis in erster Linie dann vorhanden ist, wenn die Initiative für die einvernehmliche Auflösung vom Arbeitgeber ausgeht, hat der Gesetzgeber diese Bestimmung für jede einvernehmliche Auflösung angedacht, unabhängig davon von wem die Initiative gesetzt wird.⁷⁰¹

Der Schutz gemäß § 104a ArbVG setzt ein Verlangen des Arbeitnehmers voraus. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich, dass dieses Verlangen gegenüber dem Betriebsinhaber geäußert werden muss. Da der Arbeitnehmer eine Beratung mit dem Betriebsrat verlangen muss, muss ein Betriebsrat auch tatsächlich bestehen. Daraus folgt, dass in Betrieben, in denen zwar ein Betriebsrat zu errichten wäre, ein solcher aber nicht besteht, ein derartiger Schutz gemäß § 104 a ArbVG nicht gegeben ist.

Anzumerken ist, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, einen Arbeitnehmer vor Abschluss einer einvernehmlichen Auflösung auf sein Recht hinzuweisen, sich mit dem Betriebsrat zu beraten.⁷⁰²

Das Verlangen muss nachweislich gestellt werden, ein bestimmtes Formerfordernis ist jedoch nicht vorgesehen.⁷⁰³ Aus Beweiszwecken wird wohl ein schriftliches

⁶⁹⁹ *Dusak*, Änderungen im Bereich der personellen Mitbestimmung, ZAS 1986, 198f.

⁷⁰⁰ Vgl. Mitwirkung bei einvernehmlicher Auflösung, *inf*as 1987 H 2,4.

⁷⁰¹ *Mosler*, Die „Mitwirkung“ des Betriebsrates bei der einvernehmlichen Lösung des Arbeitsverhältnisses, wbl 1987, 285; *Cerny/Haas-Laßnigg/Schwarz*, Arbeitsverfassungsrecht III 181.

⁷⁰² Vgl. OGH 27.11.2007, 9 Ob A 157/07i.

Verlangen unbedingt notwendig sein. ME können sich hier insofern Probleme, da der Arbeitgeber keine schriftliche Bestätigung über das Verlangen des Arbeitnehmers ausstellen muss. Die Anwesenheit von Zeugen erscheint auch nur dann sinnvoll, wenn es sich um Personen handelt, die Kündigungsschutz genießen. Daher erscheint es aus Beweis Zwecken zweckmäßig bereits beim Erstgespräch mit dem Dienstgeber den Betriebsrat als Zeugen dieses Gespräches heranzuziehen. Die Zweitagesfrist gemäß § 104a ArbVG umfasst zwei Arbeitstage, an denen im Betrieb gearbeitet wird, wobei der Tag des Verlangens nicht mitgezählt wird.⁷⁰⁴

Eine Auslegungsfrage, die sich im Zusammenhang mit dem § 104a ArbVG stellt ist, ob eine einvernehmliche Lösung des Dienstverhältnisses wirksam ist, die nach Beratung mit dem Betriebsrat aber innerhalb der Zweitagesfrist erfolgt. Während *Dusak*⁷⁰⁵ die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung im Hinblick auf eine Analogie zu § 105 Abs 1 und 2 ArbVG⁷⁰⁶ bejaht, ist *Mosler*⁷⁰⁷ der Ansicht, dass eine derartige einvernehmliche Lösung dennoch unwirksam ist.

Er begründet dies insbesondere damit, dass hier zwei unterschiedliche Konstrukte vorliegen. Während beim Kündigungsschutz des § 105 ArbVG die Stellungnahme des Betriebsrates im Vordergrund steht, kommt es beim § 104a ArbVG auf eine tatsächliche Beratung mit dem Betriebsrat überhaupt nicht an; maßgeblich ist nur das Verlangen gegenüber dem Arbeitgeber. Die zweitätige Vereinbarungssperre soll einerseits dem Arbeitnehmer Gelegenheit geben Auskünfte einzuholen, andererseits hat sie auch die Funktion einer Überlegungsfrist für den Arbeitnehmer.⁷⁰⁸ Ausgehend vom Gesetzeswortlaut, der ein Verlangen des Arbeitnehmers in den

⁷⁰³ aaO.

⁷⁰⁴ Vgl. *Cerny/Haas-Laßnigg/Schwarz*, Arbeitsverfassungsrecht III 181; *Mosler* vertritt die Ansicht, dass man beim Begriff Arbeitstag nicht darauf abstellen muss, ob die betriebliche Tätigkeit ganz oder teilweise fortgeführt wird; vielmehr ist seiner Ansicht nach die Arbeitszeiteinteilung des betroffenen Arbeitnehmers maßgeblich, da es sich beim § 104 a ArbVG um kein betriebsverfassungsrechtliches Verfahren handelt.

⁷⁰⁵ *Dusak*, Änderungen im Bereich der personellen Mitbestimmung, ZAS 1986, 198ff.

⁷⁰⁶ § 105 Abs 2 ArbVG normiert, dass eine innerhalb der fünftägigen Frist des Betriebsrates zur Stellungnahme ausgesprochene Kündigung unwirksam ist, es sei denn, dass der Betriebsrat die Stellungnahme bereits abgegeben hat.

⁷⁰⁷ Vgl. *Mosler*, Die „Mitwirkung“ des Betriebsrates bei der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wbl 1987, 285.

⁷⁰⁸ *Mosler*, Die „Mitwirkung“ des Betriebsrates bei der einvernehmlichen Lösung des Arbeitsverhältnisses, wbl 1987, 285.

Vordergrund stellt, ist mE die Ansicht Moslers⁷⁰⁹ ein vertretbarer Lösungsansatz. Der Dienstnehmer könnte sich zusätzlich zu einer Beratung mit dem Betriebsrat auch anderweitig erkundigen, zum Beispiel bei einer Interessensvertretung. Sollte eine derartige Beratung erst am zweiten Tag der zweitägigen Überlegungsfrist erfolgen, wäre es jedenfalls sinnwidrig- der Zweck der Regelung liegt ja im Schutz vor Übereilung- eine einvernehmliche Lösung, bei welcher die Beratung mit dem Betriebsrat bereits am ersten Tag der zweitägigen Frist erfolgt ist, wirksam werden zu lassen.

§ 104a Abs 2 ArbVG normiert, dass die Rechtswirksamkeit einer entgegen § 104a Abs 1 getroffenen Vereinbarung innerhalb einer Woche nach Ablauf der Zweitagesfrist schriftlich geltend zu machen. Eine gerichtliche Geltendmachung hat innerhalb von 3 Monaten nach Ablauf der Zweitagesfrist zu erfolgen. Ob die schriftliche Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit eine Alternative darstellt oder eine Kumulation beider Formen der Geltendmachung erforderlich ist, wird unterschiedlich beantwortet. *Dusak*⁷¹⁰ vertritt ausgehend vom Gesetzeswortlaut die Ansicht, dass der Arbeitnehmer die Wahl hat, ob er schriftlich oder gerichtlich geltend macht. Anderer Meinung ist *Mosler*⁷¹¹, der davon ausgeht, dass die schriftliche und gerichtliche Geltendmachung kumulativ vorliegen müssen. Er bezieht sich dabei auf die Materialien⁷¹², die auch von einer kumulativen Geltendmachung ausgehen, jedoch mit der Einschränkung, dass innerhalb der einwöchigen Frist die gerichtliche Geltendmachung die schriftliche ersetzt. Wurde die einwöchige Frist versäumt und keine der beiden Formen der Geltendmachung vorgenommen, dann ist die einvernehmliche Lösung durch ungenutztes Verstreichen der Einwochenfrist wieder wirksam geworden. Für diese Lösung spricht wohl, auch wenn sie keine Deckung im Gesetzeswortlaut findet, die Frage der Rechtssicherheit eine Rolle. Beide Parteien haben ein Interesse zu wissen, ob nun die einvernehmliche Lösung wirksam ist oder nicht.⁷¹³

⁷⁰⁹ aaO.

⁷¹⁰ *Dusak*, Änderungen im Bereich der personellen Mitbestimmung, ZAS 1986, 198.

⁷¹¹ *Mosler*, Die „Mitwirkung“ des Betriebsrates bei der einvernehmlichen Lösung des Arbeitsverhältnisses, wbl 1987, 285.

⁷¹² Vgl. 1062 BlgNR 16.GP.

⁷¹³ Vgl. *Mosler*, aaO.

II. Karenzierungsvereinbarungen

1. Allgemeines

Bleibt das Arbeitsverhältnis dem Grunde nach aufrecht, ist aber der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht befreit und der Arbeitgeber von der Pflicht zur Leistung des Arbeitsentgelts befreit, spricht man von Karenzierung.⁷¹⁴ Da das Arbeitsverhältnis dem Grunde nach aufrecht bleibt, ist die Zeit einer vereinbarten Karenz für alle Ansprüche, die sich nach der Dauer des Dienstverhältnisses richten, anzurechnen.⁷¹⁵

Die Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis - Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und Treuepflicht des Arbeitnehmers – bleiben auch bei Karenzierung aufrecht.

Von der Karenzierung ist der Fall zu unterscheiden, dass Arbeitskräfte vorübergehend freigesetzt werden, wobei das Dienstverhältnis mit dem Arbeitnehmer gelöst wird und die Wiederaufnahme der Beschäftigung zu einem späteren Zeitpunkt vereinbart wird. Oft wird hier der Begriff der Aussetzungsvereinbarung verwendet.⁷¹⁶

Ob eine Karenzierung oder eine Aussetzung des Dienstverhältnisses vorliegt ist danach zu unterscheiden, ob es sich um eine bloße Ruhestellung der Hauptpflichten oder um eine echte Auflösung des Dienstverhältnisses handelt.⁷¹⁷

Die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses könnte für den Arbeitnehmer die unangenehme Folge haben, dass er nicht in den Genuss von Arbeitslosengeld kommen kann, weil er nicht als arbeitslos gilt.⁷¹⁸ Von einigen Autoren wird die

⁷¹⁴ Löschnigg, Arbeitsrecht, 431.

⁷¹⁵ Vgl. OGH 15.3.1989, 9 Ob A 268/88; Lind-Leitner, Urlaubsanspruch trotz Karenzierung, ecolex, 1997,953.

⁷¹⁶ Vgl. Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 431.

⁷¹⁷ Klein, Zur Aussetzung des Arbeitsvertrages, DRdA 1983, 249; Marhold, Arbeits- und sozialrechtliche Probleme der Aussetzungsverträge, RdW 1982, 247.

⁷¹⁸ Vgl. VwGH 20.10.1992, 92/08/0047.

Ansicht vertreten, dass auch während der Karenzierung ein Arbeitslosengeldbezug möglich sein sollte.⁷¹⁹

2. Die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des AÜG

Karenzierungsvereinbarungen wurden von Überlassern oft angestrebt um die Lohnkosten, welche durch mangelnde Auftragslage und damit Nichtbeschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte entstanden, zu reduzieren. Kostenminimierung ist jedoch kein verpöntes Handlungsmotiv, dennoch waren Karenzierungsvereinbarungen im Zusammenhang mit Arbeitskräfteüberlassung verpönt. Ausgehend vom § 9 Abs 4 AMFG idF vor der Nov BGBL 1988/196 (im folgenden § 9 Abs 4 (alt) AMFG) waren all jene Vereinbarungen verpönt, die eine Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos des Überlassers auf die Arbeitskraft führten. Auch die Zulässigkeit von Karenzierungsvereinbarungen ist daher unter dem Gesichtspunkt der Risikoverschiebung zu beurteilen. Die Ungesetzlichkeit von Karenzierungsvereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten des AÜG vereinbart wurden, lag nicht in der Vereinbarung selbst, sondern in den diese begleitenden Vertragsklauseln. Nach solchen Vereinbarungen bestand häufig das Recht des Arbeitgebers, die Karenz einseitig anzuordnen bzw. ihre Beendigung einseitig zu verfügen. Auch wurden von manchen Firmen Beginn und Ende des Karenzurlaubes mit der Beschäftigungsmöglichkeit bedingt. Solche Karenzierungsvereinbarungen, welche dem Arbeitgeber die Verfügungsmacht einräumten die zeitliche Kongruenz von Beschäftigungsmöglichkeit und Entgeltzahlungspflicht einseitig herzustellen, wurden als unzulässige Arbeitsvermittlung gemäß § 9 Abs 4 (alt) AMFG qualifiziert.⁷²⁰

⁷¹⁹ Vgl. dazu *Leitner*, Arbeitslosengeldbezug bei Karenzierung, ZAS 1996, 187; *Marhold*, Arbeits- und sozialrechtliche Probleme der Aussetzungsverträge, RdW 1984, 246; *Steinbauer*, Zur einvernehmlichen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, ZAS 1984, 48; *Brodil*, Aussetzungsvereinbarungen aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, Betrachtungen zur Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses und § 9 AIVG, ZAS 1996, 37.

⁷²⁰ *Mazal*, Karenzierungsvereinbarungen bei Arbeitskräfteüberlassung, RdW 1989, 226.

Als zulässig können Karenzierungsvereinbarungen dann gesehen werden, wenn Beginn und Ende der Karenz a priori exakt bestimmt bzw. bestimmbar sind und in einer Weise im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer fixiert sind, dass sie einseitig weder vom Arbeitgeber noch einer seiner Sphäre zuzurechnenden Gestaltung veränderbar sind.⁷²¹

3. Die Rechtslage nach dem Inkrafttreten des AÜG

Das AÜG selbst enthält kein ausdrückliches Verbot von Karenzierungsvereinbarungen.

Fraglich ist jedoch, ob aus der Regelung des § 11 Abs 2 Z 1 AÜG für konzessionspflichtige Überlassung eine Einschränkung oder ein Verbot von Karenzierungsvereinbarungen abzuleiten ist. § 11 Abs 2 Z 1 AÜG normiert das Verbot von Klauseln, die den Anspruch auf Arbeitsentgelt auf die Dauer der Beschäftigung im Betrieb des Beschäftigers einschränken. Aus den EBzRV ist zu entnehmen, das Ziel dieser Bestimmung ist, eine Abwälzung des Arbeitgeberrisikos auf die Arbeitskraft unmöglich zu machen.⁷²² Die mit diesen Bestimmungen verfolgte Zielsetzung verbietet keineswegs eine Kongruenz des entgeltlichen Arbeitsverhältnisses mit dem Beschäftigungsverhältnis herbeizuführen.⁷²³

Es ist daraus keinesfalls ein Anhaltspunkt dafür zu finden, warum es unzulässig sein sollte den Entgeltanspruch für Zeiträume auszusetzen, in denen keine Arbeitspflicht besteht. Daher kann man grundsätzlich davon ausgehen, dass Karenzierungsvereinbarungen auch nach dem Inkrafttreten des AÜG grundsätzlich zulässig sind.

Die Frage, ob ein karenziertes Dienstverhältnis als verbotene Arbeitsvermittlung gemäß § 9 Abs 4 (neu) AMFG zu qualifizieren ist, kann insofern verneint werden, da das Fehlen der Pflicht zur Entgeltzahlung nicht die Arbeitgebereigenschaft berührt. In der Nichtzahlung von Arbeitsentgelt kann keinesfalls ein Verstoß gegen

⁷²¹ *Mazal*. aaO.

⁷²² Vgl. EBzRV 450 BlgNR XVII GP, zu § 11.

⁷²³ So *Mazal* in Karenzierungsvereinbarungen bei Arbeitskräfteüberlassung, RdW 1989, 226.

die Pflichten als Arbeitgeber liegen. Solange auch in dieser Phase der Vertragspartner der Arbeitskraft seine Pflichten als Arbeitgeber trägt, liegt keine verbotene Arbeitsvermittlung gemäß § 9 Abs 4 AMFG (neu) vor.⁷²⁴

Die analoge Anwendung des § 11 Abs 2 Z 4 AÜG für den Abschluss von Karenzierungsvereinbarung ist ebenso zu prüfen. Diese gesetzliche Regelung sieht nicht nur eine Pflicht zur sachlichen Rechtfertigung für den Abschluss von befristeten Arbeitsverhältnissen vor, sondern verpflichtet auch die Gründe für die Befristung von Anfang an schriftlich festzuhalten.⁷²⁵ Zweck dieser Regelung ist die Abwälzung des Unternehmerrisikos, welche durch eine Befristung des Dienstverhältnisses herbeigeführt werden könnte, zu verhindern. Da auch Karenzierungsvereinbarungen, insbesondere mit begleitenden Vertragsklauseln, ein derartiges Risiko beinhalten könnten, scheint die analoge Anwendung der für die Befristung von Arbeitsverhältnissen normierten Regelungen geboten.

Voraussetzung einer zulässigen Karenzierungsvereinbarung ist daher die Schriftlichkeit der Karenzierungsvereinbarung, das Vorliegen eines sachlichen Grundes, sowie dessen ausdrückliche Nennung in der Vereinbarung.⁷²⁶

4. Karenzierungsvereinbarung mit dem Beschäftiger

Parteien einer Karenzierungsvereinbarung sind die Arbeitsvertragsparteien. Es stellt sich daher die Frage, ob im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung der Beschäftiger mit der überlassenen Arbeitskraft eine derartige Vereinbarung schließen kann. *Reissner*⁷²⁷ geht davon aus, dass dadurch weder der Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskraft noch der Anspruch des Überlassers gegen den Beschäftiger auf Gegenleistung beschränkt werden kann. Bei der Arbeitskräfteüberlassung besteht ein Arbeitsvertrag lediglich zwischen Arbeitnehmer und Überlasser, weswegen die Änderung der arbeitsvertraglichen Vereinbarung nur im Rahmen

⁷²⁴ Siehe *Mazal*, aaO.

⁷²⁵ Vgl. § 11 Abs 1 Z 2 letzter Halbsatz iVm § 11 Abs 3 AÜG.

⁷²⁶ Vgl. *Mazal*, Karenzierungsvereinbarungen bei Arbeitskräfteüberlassung, RdW 1989, 226.

⁷²⁷ Vgl. *Reissner*, Karenzierung und Aussetzung des Arbeitsvertrages – Arbeitsrechtliche Fragen, in *Resch*, Karenzierung und Aussetzung des Arbeitsvertrages (2002) 13.

des dem Beschäftiger zustehenden Weisungsrechtes ausgeübt werden kann und es zur Aussetzung des Entgeltanspruches jedenfalls der Zustimmung des Arbeitnehmers und des Überlassers bedarf.⁷²⁸

⁷²⁸ Vgl. *Pacic*, Die Gestaltung von Karenzierungs- und Unterbrechungsvereinbarungen, ASoK 2007, 227.

Teil 5 Weitere Einzelfragen im Zusammenhang mit der Beendigung

I. Beendigungsansprüche

1. 1. Grundsätzliches zum Entgeltanspruch überlassener Arbeitnehmer

Gemäß § 10 Abs 1 AÜG hat der Arbeitnehmer Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt.⁷²⁹ Normen der kollektiven Rechtsgestaltung⁷³⁰, denen der Überlasser unterworfen ist, bleiben unberührt. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigertbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlenden kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen.⁷³¹

Die Ansprüche der überlassenen Arbeitnehmer sind einseitig zwingend. Dies bedeutet, dass günstigere einzelvertragliche Vereinbarungen für die Arbeitnehmer zulässig sind.⁷³²

Aus der Systematik des § 10 Abs 1 AÜG ergibt sich, dass die vertragliche Vereinbarung des Entgelts bei konzessionspflichtiger Arbeitskräfteüberlassung zwei unterschiedliche Mindestgrenzen des Entgeltanspruchs zu berücksichtigen hat. § 10 Abs 1. Satz und 2. Satz AÜG regeln den Entgeltanspruch der Arbeitskraft,

⁷²⁹ Zur Angemessenheit Vgl. *Krejci* in Rummel, ABGB, Rz 24 ff zu § 1152. Der Begriff der Ortsüblichkeit in § 10 Abs 1 AÜG ist auf den Standort des Betriebes des Überlassers zu beziehen, wobei auf das Lohnniveau in der Region und nicht in der Ortsgemeinde abzustellen ist; Vgl. auch OGH 9.3.2000, 8 Ob A 332/99b.

⁷³⁰ Unter Normen der kollektiven Rechtsgestaltung sind der Kollektivvertrag, die Satzung, der Mindestlohntarif, die Lehrlingsentschädigung und die Betriebsvereinbarung zu verstehen.

⁷³¹ Vgl. § 10 Abs 1 AÜG.

⁷³² Dies ergibt sich aus § 8 Abs 1 AÜG.

der unabhängig von einer Überlassung besteht⁷³³, § 10 Abs 1 3. Satz AÜG normiert eine Sonderregelung für den Entgeltanspruch während einer Überlassungsperiode.⁷³⁴

§ 10 Abs 1 2. Satz AÜG ist, ausgehend von den allgemeinen Regeln über das Verhältnis zwischen zwingenden gesetzlichen und kollektivvertragrechtlichen Bestimmungen dahingehend auszulegen, dass ein kollektivrechtlich begründeter Entgeltanspruch dem gesetzlichen Anspruch gemäß § 10 Abs 1 1. Satz AÜG auf das angemessene, ortsübliche Entgelt bzw. auf das Entgelt gemäß § 10 Abs 1 3. Satz AÜG nur vorgeht, wenn er für die Arbeitskraft günstiger ist.⁷³⁵

Für die Phase der Überlassung ist gemäß § 10 Abs 1 3. Satz AÜG auf das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt Bedacht zu nehmen.⁷³⁶

§ 10 Abs 1 dritter Satz AÜG kann jedoch nicht als *lex specialis* zu § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG angesehen werden. Eine derartige Betrachtungsweise hätte nämlich zur Folge, dass während einer Überlassung § 10 Abs 1 AÜG 1. Satz überhaupt keine Anwendung findet, sodass der Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt entfallen würde, wenn der Beschäftigte keinem Kollektivvertrag unterliegt. Aus arbeitsmarktpolitischen Gründen – um ein Auseinanderklaffen der Höhe des Entgeltanspruches von überlassenen Arbeitskräften und von Stammarbeitnehmern im Beschäftigterbetrieb zu vermeiden – bleibt während der Überlassung der Anspruch auf § 10 Abs 1 1. Satz AÜG weiterhin aufrecht, wird jedoch durch § 10 Abs 1 3. Satz präzisiert.⁷³⁷

⁷³³ Vgl. dazu OGH 5.9.2001, 9 Ob A 195/01v.

⁷³⁴ Vgl. *Mazal* Arbeitskräfteüberlassung, 37.

⁷³⁵ Vgl. *Mazal*, aaO; aA *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, 80, *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV, 206; Der OGH folgt in seiner Grundsatzentscheidung über die Entgeltansprüche überlassener Arbeitskräfte jenen Meinungen, die bei einem normativ anzuwendenden Kollektivvertrag kein darüber hinausgehendes Entgelt zulassen, vgl. OGH 20.11.1991, 196/91.

⁷³⁶ Beim Entgeltvergleich wie auch beim Gruppenvergleich sind alle mit der Entgeltregelung zusammenhängenden Ansprüche zu berücksichtigen. Daher sind auch zB Einmalzahlungen, die im Beschäftigter-Kollektivvertrag vorgesehen sind, beim Vergleich mit dem Mindestanspruch nach dem Überlasser-Kollektivvertrag mit zu berücksichtigen; vgl. dazu OGH 2.2.2005, 9 Ob A 130/04i.

⁷³⁷ Vgl. *Mazal*, aaO.

Der Ausdruck „Bedachtnahme“ ist im Sinne eines Anspruches der überlassenen Arbeitskraft auf die Mindestentgelte nach dem Kollektivvertrag des Beschäftigertriebes, nicht aber auf die überkollektivvertraglichen Istlöhne zu verstehen.⁷³⁸

Aus diesem Gesetzeswortlaut, der eine „bloße“ Bedachtnahme fordert, ist aber auch klargelegt, dass bei relevanten Unterschieden zwischen einer Stammarbeitskraft und einer überlassenen Arbeitskraft ein entsprechender Unterschied in der Entgeltbemessung gerechtfertigt ist.⁷³⁹

2. Sonderzahlungsansprüche bei Beendigung des Dienstverhältnisses

Wenn vom Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskräfte die Rede ist, muss darunter stets der umfassende Entgeltebgriff⁷⁴⁰ verstanden werden, der die Summe der Arbeitgeberleistungen als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft bezeichnet.⁷⁴¹ Vom Entgeltebgriff des § 10 Abs 1 AÜG sind somit auch Sonderzahlungen umfasst.⁷⁴²

Die einzelnen Kollektivverträge, welche die Ansprüche auf Sonderzahlungen regeln, enthalten unterschiedliche Regelungen bezüglich des Anspruches auf Sonderzahlungen, abhängig von der Art der Beendigung des Dienstverhältnisses. So sehen zB manche Kollektivverträge vor, dass bei berechtigter Entlassung ein aliquoter Anspruch auf Sonderzahlungen besteht, andere wiederum sehen vor, dass bei berechtigter Entlassung der Anspruch auf Sonderzahlungen entfällt.⁷⁴³

⁷³⁸ Vgl. dazu OGH 9.3.2000, 8 Ob A 332/99b; OGH 25.10.2001, 8 Ob A 28/01b; OGH 8.8.2002, 8Ob A53/02f.

⁷³⁹ Sachlich relevante Unterschiede können zB auch in Qualifikationsunterschieden zwischen überlassenen Arbeitskräften und Stammarbeitskräften liegen. So normiert § 10 Abs 4 AÜG, dass die Vergleichbarkeit nach der Art der Tätigkeit und der Dauer der Beschäftigung im Betrieb des Beschäftigten sowie der Qualifikation der Arbeitskraft für diese Tätigkeit zu beurteilen ist.

⁷⁴⁰ Zum Entgeltebgriff vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 277f.

⁷⁴¹ Vom Entgeltebgriff sind lediglich Aufwandentschädigungen nicht erfasst, Vgl. dazu näher *Mazal*, Kollektivvertragsentgelt, „Aufwandsentschädigungen und Arbeitskräfteüberlassung, eclex 1999, 562.

⁷⁴² Vgl. dazu OGH 31.3.1993, 9 Ob A 60/93.

⁷⁴³ So sehen zB der Kollektivvertrag für die eisen- und metallverarbeitende Industrie sowie der Kollektivvertrag für das eisen- und metallverarbeitende Gewerbe vor, dass der Anspruch auf Sonderzahlungen bei berechtigter Entlassung nicht besteht.

Sind nun überlassene Arbeitskräfte in verschiedenen Beschäftigerbetrieben tätig, die unterschiedlichen Kollektivverträgen unterliegen, in denen der Anspruch auf Sonderzahlungen bei berechtigter Entlassung auch unterschiedlich geregelt ist, stellt sich die Frage, ob ein Sonderzahlungsanspruch besteht oder nicht. Der OGH⁷⁴⁴ geht davon aus, dass jener Kollektivvertrag ausschlaggebend ist, dem der letzte Beschäftigerbetrieb der überlassenen Arbeitskraft angehörig war und der für die Beurteilung der Angemessenheit des Entgelts zum Zeitpunkt der Entlassung maßgebend ist. Das AÜG hat sich für eine partielle Anwendung von Bestimmungen des Beschäftiger Kollektivvertrages durch den Überlasser während des Zeitraumes der Überlassung entschieden. Das Herausnehmen einzelner Detailregelungen aus dem Kollektivvertrag des Beschäftigerbetriebes und aus der Grundvereinbarung („Rosinetheorie“) ist nicht möglich.⁷⁴⁵

3. Abfertigungsanspruch bei langjähriger Überlassung an ein und denselben Beschäftiger

In der Praxis ist es nicht unüblich, dass überlassene Arbeitskräfte über mehrere Jahre an ein und denselben Beschäftiger überlassen werden. Beinhaltet nun der Kollektivvertrag des Beschäftigerbetriebes Besserstellungen im Hinblick auf den Abfertigungsanspruch gemäß § 23 AngG, stellt sich die Frage, ob bei einer langjährigen Überlassung die Bestimmungen des Kollektivvertrages des Beschäftigers zur Anwendung gelangen.

An sich umfasst die Bindung an den Beschäftigerkollektivvertrag gemäß § 10 Abs 1 3. Satz AÜG nur periodische, in der Regel monatlich fällige Entgeltansprüche.⁷⁴⁶ Daraus folgt, dass die überlassene Arbeitskraft nicht auch im Hinblick auf Abfertigungsansprüche mit den Dienstnehmern des Beschäftigerbetriebes gleichgestellt werden muss.

⁷⁴⁴ Vgl. OGH 21.10.1998, 9 Ob A 225/98y; Vgl. weiters OGH 31.3.1993, 9 Ob A 60/93; OGH 28.2.1993, 9 Ob A 87/93.

⁷⁴⁵ Vgl. *Leutner/Schwarz/Ziniel*, AÜG 109.

⁷⁴⁶ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 197.

Das AÜG enthält über § 10 Abs 1 hinaus an verschiedenen Stellen Regelungen, welche unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Arbeitskräfteüberlassung Benachteiligungen des Arbeitnehmers verhindern sollen.⁷⁴⁷

Mit dem AÜG sollte im Prinzip die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung geregelt werden, in deren Rahmen der Arbeitgeber typischerweise nicht die Absicht hat, den Dienstnehmer im eigenen Betrieb zu beschäftigen, sondern ihn nur deshalb einstellt, um Dritten kurzfristig mit einer Arbeitskraft auszuweichen.

Je weiter sich daher die konkret zu beurteilende Arbeitskräfteüberlassung von jenem Typus entfernt, den der Gesetzgeber bei der gesetzlichen Regelung im Auge hatte, desto eher kann es sich im Einzelfall als sachgerecht erweisen, die Rechtsstellung des überlassenen Arbeitnehmers jener der Dienstnehmers des Beschäftigers anzunähern.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass das AÜG nicht nur im Zusammenhang mit dem „laufenden“ Entgelt im § 10 Abs 1, sondern auch an anderer Stelle die Verhältnisse im Beschäftigertbetrieb für maßgeblich erklärt.⁷⁴⁸

Der OGH hat in der Entscheidung 9 Ob A 113/03p festgestellt, dass die ausschließliche Verwendung eines Arbeitnehmers bei einem einzigen Beschäftiger für einen sehr langen Zeitraum derart atypisch ist, dass eine abweichende Behandlung eines solchen Beschäftigungsverhältnisses durchaus in Betracht kommt. Es kommen daher bezüglich des Abfertigungsanspruches gemäß § 23 AngG die Bestimmungen des Beschäftiger- Kollektivvertrages zur Anwendung.⁷⁴⁹

⁷⁴⁷ Vgl. § 2 Abs 1 Z1 AÜG, § 8 Abs 2 AÜG.

⁷⁴⁸ Vgl. §§ 6, 7, 10 Abs 3 AÜG.

⁷⁴⁹ Vgl. OGH 3.12.2003, 9 Ob A 113/03p. = DRdA 2004,172,553 = ZAS 2004,63.

II. Erwerbsbeschränkungen nach Ende des Arbeitsverhältnisses

1. Konkurrenzklauseln

a. Allgemeines

Konkurrenzklauseln dienen dazu, dass sich der Arbeitgeber nach Ausscheiden des Arbeitnehmers vor Konkurrenzierung schützen kann.

Dies erfolgt durch Vereinbarung einer Konkurrenzklausel, welche auch noch während des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden kann.⁷⁵⁰ Die Erwerbsbeschränkungen können sich zB auf spezielle Unternehmen oder auf eine bestimmte Branche, auf die Art der Arbeitsleistung, das Fachgebiet oder örtlich auf ein bestimmtes Gebiet beziehen.⁷⁵¹

Auch Kundenschutzklauseln unterliegen den Konkurrenzverbotsbestimmungen. Ihr Zweck liegt darin, den Kundenstock des Arbeitgebers zu schützen.⁷⁵²

§ 37 Abs 1 und 2 AngG setzt die Möglichkeit der Geltendmachung der Konkurrenzklausel durch den Arbeitgeber in Abhängigkeit von der Art der Lösung des Arbeitsverhältnisses.⁷⁵³

Keine Konkurrenzklauseln sind nachvertragliche Geheimhaltungsvereinbarungen⁷⁵⁴ oder vertragliche Verbote zur Verwendung von Arbeitgeberunterlagen.⁷⁵⁵

⁷⁵⁰ Vgl. OGH 15.12.1999, 9 Ob A 182/99a.

⁷⁵¹ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 267.

⁷⁵² Vgl. OGH 22.2.2006, 9 Ob A 182/99a.

⁷⁵³ Vgl. dazu die Ausführungen in *Reissner*, Die arbeitsrechtliche Konkurrenzklausel, 219f.

⁷⁵⁴ Vgl. OGH 25.6.2003; 9 Ob A 66/03a.

⁷⁵⁵ Vgl. OGH 24.1.2002, 8 Ob A 311/01w.

Solche Vereinbarungen unterliegen nicht den Beschränkungen für Konkurrenzklauseln und sind daher zeitlich unbeschränkt zulässig.⁷⁵⁶

Der Vereinbarung einer Konkurrenzklausel sind jedoch Grenzen gesetzt. § 36 Abs 1 Z 2 AngG normiert, dass eine Vereinbarung durch die der Angestellte für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird, nur insoweit wirksam ist, als sich die Beschränkung auf die Tätigkeit des Angestellten in dem Geschäftszweig des Dienstgebers bezieht und den Zeitraum eines Jahres nicht übersteigt.⁷⁵⁷ Die Beschränkung kann auch zeitlich kürzer festgelegt werden oder auf einen bestimmten örtlichen Bereich eingeeengt werden.

Eine Beschränkung auf das unbedingt Notwendige wird zweckmäßig sein, da die Konkurrenzklausel nur insoweit wirksam ist, als die Beschränkung der Erwerbstätigkeit nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnis zum geschäftlichen Interesse, das der Dienstgeber an ihrer Einhaltung hat, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Angestellten darstellt.⁷⁵⁸ Überdies kann eine Konkurrenzklausel wirksam nur mit volljährigen Arbeitnehmern vereinbart werden.⁷⁵⁹

Bisher wandte die Judikatur die Regeln der Konkurrenzklausel für Angestellte auf Arbeiter analog an.⁷⁶⁰ Nunmehr finden sich Regelungen für Arbeiter in § 2c AVRAG. Die Regelungen des § 2c AVRAG entsprechen dabei den geltenden Bestimmungen für Angestellte.

Die Neuregelung der Konkurrenzklausel für Arbeiter trat mit 18.3.2006 in Kraft.⁷⁶¹

Sie gilt für alle nach dem Inkrafttreten neu abgeschlossenen Vereinbarungen über eine Konkurrenzklausel.⁷⁶²

⁷⁵⁶ Vgl. *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht³ 70.

⁷⁵⁷ Vgl. § 36 Abs 1 Z 2 AngG, Konkurrenzklauseln sind ferner in § 23 Abs 3 SchSpG sowie § 25 HVertG geregelt.

⁷⁵⁸ Vgl. § 36 Abs 1 Z 3 AngG.

⁷⁵⁹ Vgl. § 36 Abs 1 Z 1 AngG.

⁷⁶⁰ Vgl. OGH 18.12.1996, 9 Ob A 2259/96p.

⁷⁶¹ Vgl. BGBl 2006/35.

Keine unmittelbare Anwendung findet § 2c AVRAG auf die vom Geltungsbereich des AVRAG ausgeklammerten Arbeitsverhältnisse von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitern iSd LAG⁷⁶³ sowie auf Arbeitsverhältnisse von Hausgehilfen und Hausangestellten iSd HGHAG.⁷⁶⁴ Die Nichtregelung für Letztere folgt aus dem Umstand, dass im Hinblick auf die für die Hauswirtschaft geleisteten Dienste schwerlich von einem eine Konkurrenzklausel legitimierenden Geschäftszweig des Arbeitgebers bzw. einem geschäftlichen Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung einer Konkurrenzklausel gesprochen werden kann.⁷⁶⁵

b. Die zeitliche Beschränkung der Konkurrenzklausel

Hinsichtlich der zeitlichen Beschränkung der Konkurrenzklausel ist von der Einjahresfrist des § 36 AngG auszugehen. Es handelt sich hier um eine Maximalfrist, wobei der Richter im Einzelfall diese Einjahresfrist bzw. auch eine kürzere Frist als unbillig ansehen und die Dauer der Konkurrenzklausel entweder weiter herabsetzen oder aber die ganze Vereinbarung für unverbindlich erklären kann.⁷⁶⁶

c. Die örtliche Beschränkung

Die örtliche Beschränkung der Konkurrenzklausel steht in starker Interdependenz zu den sachlichen Beschränkungen. Eine örtlich weit gefasste Konkurrenzklausel wird umso eher zu akzeptieren sein, wenn sie gleichzeitig hinsichtlich des Gegenstandes so weit eingeschränkt ist, dass dem Angestellten ein genügend großer Spielraum zu einer angemessenen Betätigung bleibt.⁷⁶⁷

⁷⁶² Vgl. § 19 Abs 1 Z 18 AVRAG.

⁷⁶³ Siehe § 1 Abs 2 Z 2 AVRAG.

⁷⁶⁴ Siehe dazu § 1 Abs 4 AVRAG.

⁷⁶⁵ Vgl. *Neubauer/Rath*, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausel und beim Ausbildungskostenrückersatz, ASoK 2007, 46.

⁷⁶⁶ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 270.

⁷⁶⁷ Vgl. *Löschnigg*, aaO.

Die Einschränkung der Tätigkeit eines Angestellten im Bereich des gesamten Bundesgebietes wird regelmäßig als unzulässig anzusehen sein.⁷⁶⁸ Besonders wirtschaftliche und regional bedingte Verhältnisse können aber in spezifischen Ausnahmefällen zu einer Erstreckung des örtlichen Geltungsbereiches einer Konkurrenzklausel über das österreichische Bundesgebiet führen.⁷⁶⁹

d. Die sachliche Beschränkung der Konkurrenzklausel

Die sachliche Beschränkung durch die Konkurrenzklausel darf nicht so weit gehen, dass der Dienstnehmer gezwungen ist seine Kenntnisse und Berufserfahrungen brach liegen zu lassen, einen allenfalls erlernten Spezialberuf aufzugeben auf zu geben und damit zwangsläufig in eine berufsfremde Sparte mit geringerem Einkommen überzuwechseln.⁷⁷⁰

§ 36 Abs 2 Z 2 AngG sieht hier eine Interessensabwägung vor. Einerseits ist zentraler Ansatzpunkt die Situation des Arbeitnehmers, für den keine „unbillige Erschwerung des Fortkommens“ eintreten darf, andererseits ist auf das „geschäftliche Interesse“ des Arbeitgebers an der Einhaltung der Konkurrenzklausel Bedacht zu nehmen.⁷⁷¹

e. Die Konventionalstrafe

§ 37 Abs 3 AngG normiert, dass im Falle der Vereinbarung einer Konventionalstrafe⁷⁷² der Dienstgeber nur diese und keinen darüber hinausgehenden weiteren Schaden verlangen kann.

⁷⁶⁸ OGH 21.5.1968, 4 Ob 29/68.

⁷⁶⁹ Vgl. OGH 10.12.1985, 4 Ob 153/85.

⁷⁷⁰ Vgl. zB OGH 9.11.1982, 4 Ob 138/82; OGH 11.12.1984, infas A 78/85.

⁷⁷¹ Vgl. dazu näher *Reissner*, Die arbeitsrechtliche Konkurrenzklausel, 209f.

⁷⁷² Die Konventionalstrafe ist grundsätzlich im § 1336 Abs 1 Z 1 ABGB geregelt.

Eine Konventionalstrafenvereinbarung bewirkt demnach zum einen den Verlust des Erfüllungsanspruches, dh der Arbeitgeber kann nur die verwirkte Konventionalstrafe fordern, nicht aber – wie nach bürgerlichem Recht möglich – alternativ oder kumulativ auf Erfüllung der Vereinbarung bestehen.

Durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe ist der Ersatz eines über die Vertragsstrafe hinausgehenden Schadens ausgeschlossen; auch eine diesbezügliche Vereinbarung ist im Gegensatz zur Rechtslage im allgemeinen Privatrecht unwirksam.⁷⁷³ Der Zweck der Vertragsstrafe liegt primär in der Pauschalierung des wegen Nicht- oder Schlechterfüllung eines Vertrages eintretenden künftigen Schadens.⁷⁷⁴ Dem Gläubiger wird damit der vielfach schwer zu erbringende Nachweis des Schadens erspart.

Die Höhe der Konventionalstrafe unterliegt dem richterlichen Mäßigungsrecht.⁷⁷⁵

Bei der Beurteilung, ob die vereinbarte Konventionalstrafe überhöht ist, ist der Richter zu einer Interessensabwägung anhand des Einzelfalles aufgerufen. Bei dieser Billigkeitsentscheidung sind vor allem die Höhe des entstandenen Schadens, im Verhältnis zur Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe sowie die Umstände auf Seiten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Zu letzteren zählen insbesondere Art und Ausmaß des Verschuldens des Arbeitnehmers, sowie dessen wirtschaftliche und soziale Verhältnisse, insbesondere seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse, Unterhaltungspflichten bzw. familiäre Verhältnisse.⁷⁷⁶

⁷⁷³ Vgl. dazu *Reissner*, Die arbeitsrechtliche Konkurrenzklausel, 247f

⁷⁷⁴ Vgl. zB *Reischauer* in Rummel II Rz 1 zu § 1336.

⁷⁷⁵ Vgl. § 38 AngG.

⁷⁷⁶ Vgl. *Steinbauer*, DRdA 1984,156.

f. Die Neuregelung der Konkurrenzklausel

Die Neuregelung allgemein

Bei Angestellten und Arbeitern gilt für Neuvereinbarungen⁷⁷⁷ nach dem 17.3.2006 (Angestellte) bzw. 18.3.2006 (Arbeiter), dass sich der Arbeitgeber auf das Konkurrenzverbot nicht berufen kann, wenn das für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses gebührende Entgelt das 17-fache der täglichen ASVG- Höchstbeitragsgrundlage⁷⁷⁸ nicht übersteigt.⁷⁷⁹

Für die Berechnung der Entgeltgrenze ist nach mittlerweile vorherrschender Meinung auf den „weiten“ arbeitsrechtlichen und nicht auf den sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff abzustellen.⁷⁸⁰

Insbesondere mit *Eypeltauer*⁷⁸¹ ist festzuhalten, dass die bloße Bezugnahme auf § 45 ASVG nichts darüber aussagt, dass auch der sozialversicherungsrechtliche Entgeltbegriff der Berechnung des Einkommens des Arbeitnehmers zu Grunde zu legen ist. Durch diesen „Tatbestandsverweis“ auf § 45 ASVG wird nur die Höhe der Entgeltgrenze betragsmäßig bestimmt.

Durch die Anbindung an die ASVG Höchstbeitragsgrundlage soll zudem eine jährliche Wertanpassung der Entgeltgrenze sichergestellt werden.

⁷⁷⁷ Eine Einbeziehung der zu diesen Zeitpunkten bereits bestehenden Konkurrenzklauseln ist aus verfassungsrechtlichen Gründen unterblieben; der Schutz der Vertragsautonomie steht gesetzlichen Eingriffen in bestehende Verträge bzw. Vereinbarungen entgegen.

⁷⁷⁸ Für das Jahr 2006 ergibt dies einen Grenzbetrag von € 2125 brutto, wobei Entgeltbestandteile aller Art hineinzurechnen sind. Bei anteiliger Berücksichtigung der Sonderzahlungen liegt der Grenzbetrag daher bei € 1821,42. Für das Jahr 2007 ergibt sich ein Grenzbetrag von € 2176 brutto bzw. 1865,14 brutto. Für das Jahr 2008 ergibt sich ein Grenzbetrag von € 2227 brutto bzw. 1908,86 brutto.

⁷⁷⁹ Vgl. § § 36 Abs 2 AngG; § 2 c Abs 2 AVRAG.

⁷⁸⁰ Vgl. dazu *Neubauer/Rath*, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausel und beim Ausbildungskostenrückersatz, ASoK 2007,46; Oberhofer, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausel neu, ZAS 2006, 152.

⁷⁸¹ Vgl. *Eypeltauer*, Einbeziehung der Sonderzahlungen in die Entgeltgrenze für Konkurrenzklauseln, ecolex 2006,678.

Aufgrund der dem § 23 Abs 1 AngG nachgebildeten Formulierung „das für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses gebührende Entgelt“ in § 36 Abs 2 AngG bzw. § 2c Abs 2 AVRAG ist die Berechnung der Entgeltgrenze grundsätzlich entsprechend den von der hL⁷⁸² und Rspr für die Berechnung der Abfertigung alt vorzunehmen.⁷⁸³

Durch diese Neuregelung sind Konkurrenzverbote wohl nur mehr bei Spitzenkräften zulässig. Allerdings kommt es nicht auf den Vereinbarungszeitpunkt an, sondern auf den Ausscheidezeitpunkt, sodass immer erst zu diesem Zeitpunkt feststeht, ob das vereinbarte Konkurrenzverbot wirkt.⁷⁸⁴

Im Hinblick darauf, dass in Arbeitsverträgen vermehrt Konkurrenzklausel vorzufinden sind, bietet diese Neuregelung insbesondere Arbeitnehmern mit niedrigerem Einkommen nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses die Möglichkeit in ihrer Branche weiter zu arbeiten. So kann zB für den bisherigen Dienstgeber einer Handelsangestellten das Weiterarbeiten seiner ehemaligen Dienstnehmerin in der Handelsbranche unproblematisch sein.

ME ist jedoch nicht einzusehen, warum Arbeitnehmer, die über dieser Einkommensgrenze liegen (für das Jahr 2008: € 2227 brutto)⁷⁸⁵ weiterhin an den Betrieb gefesselt werden sollen und sich beruflich nicht verbessern können. Ob hier auch tatsächlich von Spitzenverdienern gesprochen werden kann, ist auch fraglich. Dies auch im Hinblick darauf, dass sämtliche Entgeltbestandteile in den Grenzbetrag hineinzurechnen sind. Unter Berücksichtigung der Sonderzahlungen ergibt sich lediglich eine Einkommensgrenze von € 1908,86 brutto (Wert für 2008).

⁷⁸² Vgl. *Schrank*, Rechtsprobleme der Berechnung der Abfertigung, ZAS 1990, 1.

⁷⁸³ Vgl. *Neubauer/Rath*, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausel und beim Ausbildungskostenrückersatz, ASoK 2007,46; *Oberhofer*, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausel neu, ZAS 2006, 152.

⁷⁸⁴ Vgl. *Schrank/Mazal*³ 69f.

⁷⁸⁵ Die tägliche Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 b ASVG beträgt für das Jahr 2008 € 131.

Fragen im Zusammenhang mit der Neuregelung

Im Zusammenhang mit der Neuregelung der Konkurrenzklausel stellt sich die Frage, welche Auswirkungen Entgelterhöhungen bzw. –senkungen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses, eine Erhöhung der arbeitsvertraglich zu leistenden Stunden bzw. der Wechsel von Teilzeit- auf Vollzeitbeschäftigung haben. Da der Gesetzestext an das im letzten Monat vor Beendigung gebührende Entgelt anknüpft, sind die genannten Möglichkeiten einer Entgeltänderung vollständig zu berücksichtigen.⁷⁸⁶

Ist Teilzeit vereinbart, so erfolgt die Berechnung des maßgeblichen Entgelts anhand des im letzten Monat für die Teilzeitbeschäftigung gebührenden Entgelts.⁷⁸⁷

Es stellt sich aber auch die Frage, ob dies auch für jene Teilzeitbeschäftigungen gelten kann, auf die der Arbeitnehmer insofern „Anspruch“ hat, als dass das Gesetz es ihm überlässt Ausmaß und Umfang der Teilzeitbestimmung zu bestimmen.⁷⁸⁸

Der Gesetzgeber hat diese einseitige Möglichkeit der Reduzierung der Arbeitszeit und des Entgelts nicht bedacht. Dazu gibt es einen unterschiedlichen Meinungsstand.

Einerseits wird die Ansicht vertreten, dass im Falle einer Teilzeitbeschäftigung nach dem MuttschG oder VKG oder einer Teilzeitbeschäftigung im Rahmen der Familienhospizkarenz für die Berechnung der Entgeltgrenze auf das für den letzten Monat der vereinbarten Teilzeitbeschäftigung gebührende Entgelt abzustellen ist.

Begründet wird dies damit, dass der Zweck des Konkurrenzklauselrechtes im Schutz der beruflichen Mobilität des wirtschaftlichen schwächeren Arbeitnehmers

⁷⁸⁶ Vgl. dazu *Oberhofer*, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausel Neu – Überlegungen zu den gesetzlichen Neuregelungen in §§ 2c, 2d AVRAG, ZAS 2006, 24.

⁷⁸⁷ Vgl. *Neubauer/Rath*, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausel und beim Ausbildungskostenrückersatz, AsoK 2007, 46; *Oberhofer*, aaO; *Reissner/Preiss*, Neuregelung von Konkurrenzklausel und Ausbildungskostenrückersatz, RdA 2006, 183; *Heilegger*, Neuregelung von Konkurrenzklausel und Ausbildungskostenrückersatz, RdW 2006, 287.

⁷⁸⁸ Gemeint sind damit zB die Bestimmungen über Elternteilzeit gemäß § 15h ff MschG, § 8 ff VKG und der Familienhospizkarenz gemäß § 14 a f AVRAG.

liegt. Das Vorliegen einer Gesetzeslücke ist insofern zu verneinen, da eine gesetzliche Sonderregelung für die Berechnung der Entgeltgrenze in diesen „Sonderfällen“ in § 2c AVRAG fehlt, dem Gesetzgeber jedoch diese „besondere“ Formen der Teilzeitbeschäftigung und deren abfertigungsrechtliche Sonderstellung bekannt waren.⁷⁸⁹

Auch in den Materialien findet sich kein Hinweis für ein Abgehen von den allgemeinen Grundsätzen für die Berechnung der Entgeltgrenze bei besonderen Arten der Teilzeitbeschäftigung.⁷⁹⁰

Aus denselben Erwägungen ist bei einer Karenz nach dem MuttschG oder VKG, einer Freistellung gegen Entfall des Entgelts im Rahmen einer Familienhospizkarenz, einer Bildungskarenz gemäß § 11 AVRAG sowie einer Freistellung gegen Entfall des Entgelts gemäß § 12 AVRAG auf das für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses gebührende Entgelt abzustellen.⁷⁹¹

Von manchen Autoren wird die Ansicht vertreten, dass auf das dem Arbeitnehmer vor Inanspruchnahme der Elternteilzeit oder Familienhospizkarenz zuletzt gebührende Entgelt abzustellen ist. Dadurch wird verhindert, dass der Arbeitnehmer durch gesetzlich vorgesehene einseitige Gestaltungsrechte die Geltendmachung der Konkurrenzklausel durch den Arbeitgeber verhindern kann. Diese Sichtweise wird auch im Zusammenhang mit einer Elternkarenz, der Inanspruchnahme einer Bildungsfreistellung gemäß § 11 AVRAG sowie einer Freistellung unter Entfall des Entgelts gemäß § 12 AVRAG vertreten.⁷⁹²

ME ist in diesen „besonderen“ Fällen der Teilzeitbeschäftigung bzw. den genannten Karenzfällen auf das für den letzten Monat gebührende Entgelt abzustellen. Es finden sich keinerlei Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Rechtslücke.

Überdies wäre es sozialpolitisch bedenklich die ohnedies schwierige persönliche und finanzielle Situation eines Arbeitnehmers, der sein Arbeitsverhältnis während

⁷⁸⁹ Vgl. dazu § 14 Abs 4 AVRAG sowie § 14a Abs 7 AVRAG; diese regeln, dass für die Berechnung der Abfertigung die frühere Arbeitszeit des Arbeitnehmers vor dem Wirksamwerden der Vereinbarung zugrunde zu legen ist.

⁷⁹⁰ Vgl. dazu *Neubauer/Rath*, aaO.

⁷⁹¹ Vgl. dazu *Neubauer/Rath*, aaO.

⁷⁹² Vgl. *Oberhofer*, aaO; *Heilegger*, aaO; *Reissner/Preiss*, aaO.

einer Teilzeitbeschäftigung nach dem MSchG oder VKG oder im Rahmen einer Familienhospizkarenz von sich aus beendet, durch Unterwerfung unter eine Konkurrenzklausele noch zusätzlich zu erschweren.

Dass bei Abstellen auf das dem Arbeitnehmer vor der Inanspruchnahme der Elternteilzeit bzw. Familienhospizkarenz gebührende Entgelt die Gefahr von Umgehungen der Konkurrenzklausele besteht, ist mE zu vereinen. Arbeitnehmer, welche Elternteilzeit bzw. Familienhospizkarenz dem Gesetz nach in Anspruch nehmen können, tun dies in erster Linie wegen ihrer familiären Betreuungspflichten, etwaige vereinbarte Konkurrenzklauseln spielen für solche Arbeitnehmer keine Rolle. Abgesehen davon ist davon auszugehen, dass Dienstnehmer, welche nach einer Karenz im Sinne des MSchG eine Teilzeitbeschäftigung vereinbaren, grundsätzlich kein Interesse an einer neuen Beschäftigung haben. Ihr Interesse besteht vielmehr darin, dass Dienstverhältnis beim bisherigen Dienstgeber auf Teilzeitbasis fortsetzen zu können. Gerade durch die neu geschaffenen Regelungen über die Elternteilzeit⁷⁹³ sollte ein weiterer Beitrag zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie geleistet werden.⁷⁹⁴ Bedenken hinsichtlich etwaiger Umgehungen bezüglich der Konkurrenzklausele sind hier mE fehl am Platz.

2. Konkurrenzklausele und Arbeitskräfteüberlassung

a. Die Regelung des § 11 Abs 2 Z 6 AÜG

Vor dem Inkrafttreten des AÜG war es auch im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung durchaus üblich, die Arbeitnehmer durch besondere vertragliche Konstruktionen an den Überlasser zu binden. Die Arbeitskräfte wurden daran gehindert, nach Ende des Arbeitsverhältnisses zum Überlasser frei über ihre Arbeitskraft zu

⁷⁹³ Vgl. BGBI I 2004/64.

⁷⁹⁴ Vgl. zur Elternteilzeit: *Sladeczek/Wolf*, Vier Jahre Elternteilzeit: Resümee erster Erfahrungen, Überblick über die Rechtslage und Entscheidungspraxis, ASoK 2008,282.

verfügen .Insbesondere wurde ihnen die Annahme einer Beschäftigung bei Unternehmen untersagt, die zum Kundenkreis des Überlassers zählen.⁷⁹⁵

§ 11 Abs 2 Z 6 AÜG verbietet nun ausdrücklich Vertragsklauseln, durch welche die überlassene Arbeitskraft für die Zeit nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser, insbesondere durch Konventionalstrafen, Reuegelder⁷⁹⁶ oder Einstellungsverbote⁷⁹⁷ in ihrer Erwerbstätigkeit beschränkt wird. ⁷⁹⁸ Derartige Vereinbarungen sind nichtig. Das Verbot gilt auch für Vereinbarungen, die vor dem 1.7.1988⁷⁹⁹ abgeschlossen wurden, sofern ihre Wirkung nach dem 1.7.1988 eintritt.⁸⁰⁰

Die ErläutRV sehen im Verbot der Konkurrenzklausel eine entscheidende Bedeutung für das Fortkommen der Arbeitskraft, weil sie bei Bewährung im Beschäftigetrieb die Möglichkeit hat, unmittelbar nach Beendigung des Dienstverhältnisses zum Überlasser einen Arbeitsvertrag zum Beschäftiger zu schließen.⁸⁰¹

Eine korrespondierende Bestimmung im AÜG, die entsprechende Klauseln im Vertragsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftiger ausdrücklich untersagt, ist nicht vorhanden.

Nach *Mazal*⁸⁰² ist diese Unvollständigkeit des Gesetzes planwidrig. Daher seien per analogiam auch im Vertragsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftiger Klauseln verboten, die die Arbeitskraft in ihrer Erwerbstätigkeit für die Zeit nach Beendigung ihres Vertragsverhältnisses zum Überlasser beschränken.

⁷⁹⁵ Vgl. *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU 121; *Leutner/Schwarz/Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 123f; *Reissner*, Die arbeitsrechtliche Konkurrenzklausel (1996) 116f.

⁷⁹⁶ Unter Reuegeld versteht man eine Vergütung, die ein Vertragsteil dem anderen für die Ausübung eines ihm vorbehaltenen Rücktrittsrechts verspricht. Der versprechende Teil hat die Wahl, zu erfüllen oder sich durch Zahlung des Reuegeldes von seiner Vertragsverpflichtung zu lösen. Vgl. dazu auch Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I 210f.

⁷⁹⁷ Einstellungsverbote bei bestimmten Arbeitgebern - etwa zu einem Beschäftiger sind unwirksam uns zwar gleichgültig, ob sie zwischen Arbeitnehmer und Überlasser oder zwischen Überlasser und Beschäftiger vereinbart worden sind.

⁷⁹⁸ Vgl. § 11 Abs 2 Z 6 AÜG.

⁷⁹⁹ Zeitpunkt des Inkrafttretens des AÜG.

⁸⁰⁰ Vgl. *Leutner/Schwarz/Ziniel* Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 123.

⁸⁰¹ Vgl. ErläutRV 450 BlgNR 17, GP 20.

⁸⁰² Vgl. *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 55.

Sacherer hingen geht davon aus, dass ein Analogieschluss gar nicht notwendig ist, da gemäß § 8 Abs 2 AÜG Vereinbarungen zwischen Überlasser und Beschäftigter ohnedies verboten sind, die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen.⁸⁰³

b. Die Regelung des § 11 Abs 3 AÜG

Gemäß § 11 Abs 3 AÜG sind Vereinbarungen, die sonstige Konventionalstrafen oder Reuegeld vorsehen nur insoweit zulässig, als sie nicht nach Gegenstand, Zeit, Ort und im Verhältnis zu dem geschäftlichen Interesse, das der Überlasser an der Einhaltung der jeweiligen vertraglichen Verpflichtung hat, eine unbillige finanzielle Belastung der überlassenen Arbeitskraft bewirken.⁸⁰⁴ Bei den zulässigen Vereinbarungen handelt es sich um solche, die für den Fall der Vertragsverletzung durch den Arbeitnehmer vorgesehen sind, etwa durch unbegründeten vorzeitigen Austritt oder verschuldete fristlose Entlassung.⁸⁰⁵

Es ist daher zu prüfen, welchen wirtschaftlichen Nachteil der Überlasser durch das Verhalten der Arbeitskraft erleidet. Ferner ist zu prüfen, welchen Nachteil die Arbeitskraft erlitten hätte, wenn sie sich vertragskonform verhalten hätte. Diese beiden möglichen bzw. eingetretenen Nachteile sind zueinander in ein Verhältnis zu bringen. Überwiegt bei diesem Interessensvergleich das Interesse des Überlassers, ist die Konventionalstrafe grundsätzlich gültig vereinbart worden, könnte jedoch richterlich gemäßigt werden. Überwiegt bei dieser Prüfung das Interesse der Arbeitskraft ist die Konventionalstrafe nicht zu leisten.⁸⁰⁶

⁸⁰³ Vgl. *Sacherer*, aaO, so auch *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 177; so auch *Leutner/Schwarz/Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 124. Im Zusammenhang damit ist auch darauf hinzuweisen, dass Verstöße gegen § 8 Abs 2 AÜG zu einer Verwaltungsstrafe gemäß § 22 Abs 1 Z 1 lit a AÜG führen können.

⁸⁰⁴ Vgl. § 11 Abs 3 AÜG

⁸⁰⁵ Vgl. § 28 AngG, § 1162a ABGB.

⁸⁰⁶ Siehe *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 233.

III. Ausbildungskostenrückerersatz

1. Die Regelung des § 2d AVRAG

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Vereinbarung über den Ausbildungskostenrückerersatz war schon bislang unbestritten.⁸⁰⁷ Bis jüngst fehlte allerdings eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, welche die Grenzen des Rückersatzes abgesteckt hätte.

Ausbildungskosten können nunmehr bei einzelvertraglicher Rückerstattungsverpflichtung im Rahmen der Vorgaben des neuen § 2d AVRAG eingefordert werden.⁸⁰⁸ Diese neue Regelung gilt für alle Ausbildungskostenrückerersatzvereinbarungen, die nach dem 19.3.2006 getroffen wurden. Die zum Zeitpunkt des Inkraft-Tretens bestehenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, die den Ausbildungskostenrückerersatz betreffen, werden durch § 2 d AVRAG nicht berührt.⁸⁰⁹

Gemäß § 2d Abs 1 AVRAG sind nur die vom Arbeitgeber tatsächlich aufgewendeten Kosten für jene erfolgreich absolvierte Ausbildung, die dem Arbeitnehmer Spezialkenntnisse theoretischer und praktischer Art vermitteln, die dieser auch bei anderen Arbeitgeber verwerten kann, rückzahlungsfähig. Einschulungskosten sind keine Ausbildungskosten⁸¹⁰

§ 2d Abs 2 AVRAG normiert, dass Rückzahlungsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Schriftform bedürfen. Die Vereinbarung der Rückforderung des während einer Ausbildung fortgezählten Entgelts ist zulässig,

⁸⁰⁷ Vgl. *Resch*, Grenzen der Vertragsklauseln über den Rückerersatz von Ausbildungskosten, RdA 1993, 8.

⁸⁰⁸ Dazu *Mazal*, Arbeitsrecht³ 67.

⁸⁰⁹ Vgl. § 19 Abs 1 Z 18 AVRAG.

⁸¹⁰ Vgl. § 2d Abs 1 AVRAG.

sofern der Arbeitnehmer für die Dauer der Ausbildung von der Dienstleistung freigestellt ist⁸¹¹

Die Verpflichtung zur Rückerstattung von Ausbildungskosten entfällt dann, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung minderjährig ist und keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliegt. Sie entfällt auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis nach mehr als fünf Jahren, in besonderen Fällen nach mehr als acht Jahren nach dem Ende der Ausbildung geendet hat und die Höhe der Rückerstattungsverpflichtung nicht aliquot, berechnet vom Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung bis zum Ende der zulässigen Bindungsdauer vereinbart wurde.⁸¹²

§ 2 d Abs 4 AVRAG normiert einen Entfall der Rückzahlungsverpflichtung bei bestimmten Arten der Beendigung des Dienstverhältnisses.⁸¹³

Bei der Neuregelung des Ausbildungskostenrückersatzes gemäß § 2d AVRAG handelt es sich um einseitig zwingende Bestimmungen, sodass eine Abänderung nur zugunsten des Arbeitnehmers möglich ist.⁸¹⁴

a. Das Schriftformgebot

Das Schriftformerfordernis ist ein Novum. Bisher war zwar eine Vereinbarung über den Rückersatz erforderlich, jedoch war diese formfrei möglich.⁸¹⁵ Die Verletzung der Schriftform führt zur Unwirksamkeit der Vereinbarung.⁸¹⁶

Die Schriftform macht es fraglich, ob grundsätzliche Rückerstattungsvereinbarungen im Dienstvertrag genügen oder aus Anlass der jeweiligen Ausbildung zusätz-

⁸¹¹ Vgl. § 2d Abs 2 AVRAG.

⁸¹² Vgl. § 2d Abs 3 AVRAG.

⁸¹³ Dazu zählen die Beendigung während der Probezeit, die unbegründete Entlassung, der begründete vorzeitige Austritt, die Entlassung wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit gemäß § 27 Z 2 AngG bzw. § 82 lit b GewO sowie die Kündigung durch den Arbeitgeber, sofern der Arbeitnehmer durch schuldhaftes Verhalten keinen begründeten Anlass hiezu gegeben hat.

⁸¹⁴ Vgl. § 16 AVRAG.

⁸¹⁵ Vgl. *Reissner*, Arbeitsrecht² 132.

⁸¹⁶ Dies ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien; Vgl. dazu IA 605 BlgNR 22.GP8.

liche, die wesentlichen Einzelheiten präzisierende Umsetzungsvereinbarungen erforderlich sind.⁸¹⁷ Diese Frage wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet. *Reissner/Preiss*⁸¹⁸ und *Radner*⁸¹⁹ sprechen sich für die Zulässigkeit einer Vorwegvereinbarung aus. *Heilegger*⁸²⁰ geht davon aus, dass eine Einzelvereinbarung für jede Ausbildung notwendig ist.⁸²¹

*Oberhofer*⁸²² nimmt dagegen einen differenzierten Standpunkt ein. Ihrer Ansicht nach sind zwar Vorwegvereinbarungen zulässig, jedoch dann, wenn eine Ausbildung entweder außerordentlich teuer oder nach der Verkehrssitte nicht branchenüblich ist, bedarf es einer speziellen Vereinbarung in Bezug auf diese konkrete Ausbildung.

Ausgehend vom Gesetzeswortlaut ist mE eine Einzelvereinbarung für jede Ausbildung erforderlich. Eine Vorwegvereinbarung kann nur rudimentäre Regelungen treffen. Die Reichweite einer konkreten Verpflichtung ist sowohl für Arbeitnehmer als auch für die Arbeitgeberseite im Zeitpunkt des Anlassfalles, dh im Zeitpunkt der bevorstehenden Ausbildung ersichtlich, sodass nur eine konkrete Einzelvereinbarung beiden Seiten einen umfangreichen Schutz gewährleisten kann.

b. „Tatsächlich aufgewendete Kosten“ und „erfolgreich absolvierte Ausbildung“

Zu den tatsächlich aufgewendeten Kosten zählen zB Kursgebühren, Reisekosten, Unterbringungskosten, sowie Sachaufwand für Bücher, Skripten oder andere Lehr- und Lernunterlagen, aber auch Prüfungstaxen und öffentlich-rechtliche Ab-

⁸¹⁷ Vgl. *Mazal*, Arbeitsrecht³ 67.

⁸¹⁸ *Reissner/Preiss* berufen sich in ihrer Begründung auf die Materialien, die dazu keine Äußerung enthalten sowie auf den Gesetzeswortlaut. Vgl. *Reissner/Preiss*, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausel und der Ausbildungskostenklausel, RdA 2006, 183.

⁸¹⁹ *Radner*, 41. Tagung der Österr. Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht.

⁸²⁰ Vgl. *Heilegger*, RdW 2006, 287.

⁸²¹ Ebenso dieser Ansicht sind *Neubauer/Rath*, die sich in ihrer Begründung auf den Gesetzeswortlaut stützen sowie auf den Sinn und Zweck der Regelung, dass nämlich die Bedingungen für den Rückersatz von Ausbildungskosten für Arbeitnehmer so klar und präzise wie möglich festzulegen sind, Vgl. dazu *Neubauer/Rath*, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausel und beim Ausbildungskostenrückersatz, ASoK, 2007, 46.

⁸²² Vgl. *Oberhofer*, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausel neu, ZAS 2006, 152.

gaben.⁸²³ Die Höhe des Rückzahlungsbetrages muss in der Vereinbarung ziffernmäßig bestimmt sein oder zumindest bestimmbar sein.⁸²⁴

Das Tatbestandsmerkmal „erfolgreich absolvierte Ausbildung“ war bisher – soweit ersichtlich – nicht Gegenstand höchstgerichtlicher Rechtssprechung.

Was unter „erfolgreich absolvierter“ Ausbildung zu verstehen ist, ist unklar.

*Oberhofer*⁸²⁵ geht davon aus, dass der Begriff „erfolgreich absolviert“ von der konkreten Gestaltung der Ausbildung abhängt. Eine Ausbildung kann zu einem die bloße Anwesenheit des Arbeitnehmers erforderlich machen oder andererseits für die Absolvierung der Ausbildung die Ablegung einer Prüfung vorsehen. Lässt sich eine Ausbildung in Abschnitte untergliedern, die dem Arbeitnehmer – einzeln betrachtet – bei anderen Arbeitgebern verwertbare Spezialkenntnisse vermitteln, so ist es laut *Oberhofer*⁸²⁶ auch denkbar, einen Rückersatz für jeden einzelnen „erfolgreich absolvierten“ Abschnitt zu vereinbaren.

Im Unterschied dazu gehen *Reissner/Preiss*⁸²⁷ davon aus, dass grundsätzlich nur solche Ausbildungen rückersatzfähig sind, die überhaupt einen erfolgreichen Abschluss vorsehen. Damit wären bestimmte Seminare wie Motivationstraining oder Persönlichkeitsentwicklungsseminare nicht rückersatzfähig.

Sowohl *Oberhofer* als auch *Reissner/Preiss* gehen übereinstimmend davon aus, dass im Falle einer nicht erfolgreich absolvierten Ausbildung ein Rückersatz nur dann in Frage kommt, wenn der Arbeitnehmer den Erfolg der Ausbildung schuldhaft vereitelt hat.

⁸²³ Vgl. dazu *Oberhofer*, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausel neu, ZAS 2006, 152; *Reissner/Preiss* sowie *Oberhofer* gehen davon aus, dass bei den tatsächlich aufgewendeten Kosten Förderungen oder Steuervorteile des Arbeitgebers im Zusammenhang mit der Ausbildung des Arbeitnehmers in Abzug zu bringen sind; Vgl. dazu *Reissner/Preiss*, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausel und der Ausbildungskostenklausel, RdA 2006, 183; *Heilegger*, Neuregelung von Konkurrenzklausel und Ausbildungskostenrückersatz, RdW 2006, 187.

⁸²⁴ Vgl. *Oberhofer*, aaO.

⁸²⁵ Vgl. *Oberhofer*, aaO.

⁸²⁶ Vgl. *Oberhofer*, aaO.

⁸²⁷ *Reissner/Preiss*, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausel und der Ausbildungskostenklausel, RdA. 2006, 183, ebenso *Heilegger*, RdW 2006, 187.

ME ist hier der Auslegung von *Reissner/Preiss* zuzustimmen. Bereits der Gesetzeswortlaut indiziert, dass das „erfolgreiche Absolvieren“ das Ablegen einer Prüfung voraussetzt und nicht lediglich in der Teilnahme an einem Seminar bestehen kann. Weiters ist mE auch das Wort „Ausbildung“ ein Indiz dafür, dass es sich um eine umfangreichere Sache handeln muss, sodass ein Eintagesseminar nicht als Ausbildung gesehen werden kann.

Dies wird auch durch das Tatbestandsmerkmal bekräftigt, dass durch die Ausbildung Spezialkenntnisse theoretischer und praktischer Art⁸²⁸ vermittelt werden müssen, die der Arbeitnehmer auch bei anderen Arbeitnehmern verwerten kann.

c. Rückersatz und Entgelt

Gemäß § 2d Abs 2 zweiter Satz AVRAG ist die Rückzahlung des während einer Ausbildung gezahlten Entgelts nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer für die Dauer der Ausbildung von der Dienstleistung freigestellt ist. Aus dem Gesetz ergibt sich, dass die Rückforderung des Entgelts einer eigenen Vereinbarung bedarf.⁸²⁹ *Risak*⁸³⁰ geht davon aus, dass dies auch für jene Fälle gilt, in denen der Arbeitnehmer zwar arbeitsvertraglich zur Teilnahme an einer Ausbildung verpflichtet ist, aber abgesehen von seiner Teilnahme an der Ausbildung keine für den Arbeitgeber verwertbare Arbeitsleistung erbringt.⁸³¹ Dem ist mE nicht zuzustimmen, da damit das Erfordernis der Dienstfreistellung völlig überflüssig wird.

*Radner*⁸³² sowie *Reissner/Preiss*⁸³³ leiten aus der Judikatur zum Ausbildungskostenrückersatz ab, dass die Ausbildung zumindest eine Lohnzahlungsperiode dau-

⁸²⁸ In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass bei der Formulierung „Spezialkenntnisse theoretischer und praktischer Art“ das „UND“ alternativ zu verstehen ist, da es hinsichtlich der Frage der Rückersatzfähigkeit auf die Verwertbarkeit der Spezialkenntnisse ankommt, nicht aber, ob in der Ausbildung theoretische und praktische Kenntnisse vermittelt werden.

⁸²⁹ Vgl. 605/A XXII.GP, 8.

⁸³⁰ Vgl. *Risak*, Konkurrenzklauseln und Ausbildungskostenrückersatz neu, ZAS 2006,49.

⁸³¹ So auch *Oberhofer*, aaO.

⁸³² Vgl. *Radner*, 41. Tagung der Österr. Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht.

⁸³³ Vgl. *Reissner/Preiss*, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausele und der Ausbildungskostenklausele, RdA 2006, 183.

ern bzw. einen längeren Zeitraum erfassen muss, damit eine Rückerstattung der Lohnkosten zulässig ist.

Diese einschränkende Bedingung ist allerdings aus dem Gesetz nicht ableitbar, da § 2d Abs 2 AVRAG lediglich auf den Umstand abstellt, ob für die Dauer der Ausbildung eine Dienstfreistellung erfolgt ist oder nicht.⁸³⁴

2. Ausbildungskostenrückersatz und Arbeitskräfteüberlassung

Wird der Arbeitskraft auf Kosten des Überlassers eine besondere und kostenintensive Ausbildung gewährt, kann es legitim sein, die Arbeitskraft an den Überlasser solange zu binden, bis sich die Kosten der Ausbildung für den Überlasser amortisiert haben.

Die Vereinbarung einer Klausel zur Rückerstattung von Ausbildungskosten wird nach der Judikatur zum allgemeinen Arbeitsrecht nicht als Verstoß gegen zwingende Beendigungsbestimmungen qualifiziert, wenn sie die Kündigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers nicht dadurch in sittenwidriger Weise einschränkt, dass dem Arbeitnehmer unzumutbare Nachteile erwachsen. Auch bei konzessionspflichtiger⁸³⁵ Arbeitskräfteüberlassung ist eine Vereinbarung zur Rückerstattung von Ausbildungskosten zulässig, wenn sie die von Lehre und Judikatur allgemein erarbeiteten Grenzen der Rückerstattungsfähigkeit nicht überschreitet. Da auch nach allgemeinen Arbeitsrecht nur Kosten erstattungsfähig sind, die der Arbeitgeber tatsächlich für eine Spezialausbildung aufgewendet hat, die über den mit der geschuldeten Tätigkeit verbundenen Ausbildungseffekt hinausgeht, kann eine solche Klausel, sofern sie diese Grenzen wahrt, nicht als Beschränkung der Erwerbstätigkeit im Sinne des § 11 Abs 2 Z 6 angesehen werden.⁸³⁶

⁸³⁴ So *Neubauer/Raht*, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausel und beim Ausbildungskostenrückersatz, ASoK 2007,46.

⁸³⁵ Die Konzessionspflicht ist nicht im AÜG, sondern im § 135 Abs 1 GewO geregelt. Dieser normiert eine Generalklausel, sodass jede gewerbsmäßige Zurverfügungstellung von Arbeitskräften an Dritte konzessionspflichtig ist. § 135 Abs 2 Z 1 bis Z 5 GewO sieht Ausnahmen von der Konzessionierung vor. Überlasser, die keine Konzession benötigen trifft eine Anzeigepflicht gemäß § 17 AÜG.

⁸³⁶ Vgl. *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 59.

IV. Verjährung und Verfall

1. Allgemeines

a. Unterschied Verjährung und Verfall

Eine Definition der Verjährung findet sich im § 1451 ABGB. Dieser lautet:“ Die Verjährung ist der Verlust eines Rechtes, welches während der vom Gesetz bestimmten Zeit nicht ausgeübt worden ist.“⁸³⁷ Verfallsbestimmungen finden sich vor allem in den meisten Kollektivverträgen. Der wesentliche Unterschied zwischen Verjährung und Verfall liegt darin, dass mit Ablauf der Verjährungsfrist lediglich das Klagerecht erlischt, während mit Ablauf der Verfallsfrist – diese wird auch Ausschluss-, Fall-, oder Präklusivfrist genannt wird- das Recht als solches untergeht.⁸³⁸ Dies hat zur Folge, dass ein verjährter Anspruch wohl nicht mehr eingeklagt, aber nach wie vor gültig erfüllt werden kann. Eine Begleichung eines verfallenen Anspruches kann demgegenüber als Zahlung einer Nichtschuld gemäß § 1431 ABGB zurückgefordert werden.⁸³⁹

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass bei Verjährungsfristen die befristete Rechtshandlung gemäß § 1497 ABGB – sofern der Verpflichtete kein Anerkenntnis leistet – nur in einer Klage bestehen kann, wogegen bei Verfallsfristen auch außergerichtliche Akte, wie zum Beispiel mündliche oder schriftliche Geltendmachung des Anspruches, grundsätzlich zulässig sind.⁸⁴⁰ So ist bei vielen in Kollektivverträgen normierten Verfallsfristen ganz allgemein davon die Rede, dass die in

⁸³⁷ Vgl. § 1451 ABGB.

⁸³⁸ Vgl. dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² (2002,) 2008f; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 310; *Pfeil*, Zur Zulässigkeit von Verfalls- und Verjährungsklauseln im Arbeitsrecht, RdW 1986, 343f; *Wöss*, Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht, RdA 1988, 216.

⁸³⁹ Vgl. *Wöss*, aaO.

⁸⁴⁰ Vgl. *Wöss*, aaO; *Kocevar*, Die Verfallsklauseln in Kollektivverträgen, DRdA 1977, 222f.

Frage stehenden Ansprüche geltend zu machen sind.⁸⁴¹ Prinzipiell genügt eine mündliche Geltendmachung, zu Beweis Zwecken ist jedoch eine schriftliche Geltendmachung zu empfehlen. Im Falle einer gerichtlichen Geltendmachung ist von Bedeutung, dass kollektivvertragliche Verfallsfristen im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht von Amts wegen, sondern nur auf entsprechende Einwendung der Parteien zu beachten sind. Dies gilt gemäß § 1501 ABGB auch für den Einwand der Verjährung. Gesetzliche Fallfristen sind im Prozess vom Richter nur dann vom Amtswegen wahrzunehmen, wenn sich dies aus dem Zweck der Frist ergibt.

⁸⁴²

Ferner wird ein Unterschied zwischen Verjährungsfristen und Verfallsfristen darin gesehen, dass Verfallsfristen, relativ zwingende Wirkung haben, dh dass sie weder durch Kollektivvertrag noch durch Einzelarbeitsvertrag zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden können.⁸⁴³

Die Möglichkeit der Verkürzung einer Verjährungsfrist lässt sich aus § 1502 ABGB ableiten.⁸⁴⁴

Lange Zeit war es herrschende Meinung, dass die im ABGB⁸⁴⁵ angeführten Regeln über Hemmung und Unterbrechung des Fristenlaufs nur auf Verjährungsfristen, nicht aber auf Verfallsfristen anwendbar seien.⁸⁴⁶

Seit längerer Zeit werden nun auch die Unterbrechung und Hemmung bezüglich Verfallsfristen anerkannt. So entschied der OGH, dass Vergleichsverhandlungen eine Hemmung der Verfallsfrist zur Folge hätten.⁸⁴⁷ Ebenso wird vom OGH die Möglichkeit der Unterbrechung von Verfallsfristen anerkannt.⁸⁴⁸

⁸⁴¹ Der Kollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting, welcher für überlassene Arbeitskräfte gilt, regelt im § 10 Abs 6 eine viermonatige Verfallsfrist für Reiseaufwandschädigungen. Der Arbeitskräfteüberlassungs-KV normiert im Artikel XIX eine viermonatige Verfallsfrist für Überstunden, Sonn- und Feiertagszuschläge, Schmutz-, Erschwerungs-, und Gefahrenzulagen sowie Reiseaufwandschädigungen und Wegzeitvergütungen.

⁸⁴² Vgl. dazu *Rauch*, Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht, ASoK 2000, 26.

⁸⁴³ Vgl. dazu *Wöss*, aaO.

⁸⁴⁴ Vgl. *Schubert* in *Rummel*, ABGB Rz 1 zu § 1502.

⁸⁴⁵ Vgl. §§ 1494ff ABGB.

⁸⁴⁶ So *Klang* in *Klang* VI², 567.

⁸⁴⁷ Siehe dazu OGH 1982, 422.

⁸⁴⁸ OGH 1978/ARB 9702; 1979/ARB 9834.

b. Verjährungs- und Verfallsfristen in gesetzlichen Regelungen

Von arbeitsrechtlicher Bedeutung im ABGB ist einerseits die im § 1486 ABGB geregelte dreijährige Verjährungsfrist sowie die sechsmonatige Frist des § 1162d ABGB. Gemäß § 1486 Z 5 ABGB verjähren Ansprüche der Arbeitnehmer „wegen des Entgelts und des Auslagenersatzes sowie Ansprüche der Dienstgeber „wegen der auf solche Forderungen gewährten Vorschüsse“ in einer Frist von drei Jahren.⁸⁴⁹

Diese Bestimmungen beziehen sich auf alle Arbeitsverhältnisse, auf die zumindest subsidiär die Bestimmungen des ABGB über den Dienstvertrag zur Anwendung kommen. Ein Großteil, der sich aus einem Arbeitsverhältnis ergebenden Ansprüche ist unter diese 3-Jahres-Frist für die gerichtliche Geltendmachung zu subsumieren.⁸⁵⁰

Einer Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegt der Anspruch auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses, da § 1486 Z 5 nur Forderungen auf Entgelt und Auslagenersatz umfasst.⁸⁵¹

§ 1162 d ABGB regelt, dass Ansprüche wegen vorzeitigen Austritts oder vorzeitiger Entlassung im Sinne des § 1162a und § 1162b ABGB bei sonstigem Ausschluss binnen sechs Monaten gerichtlich geltend gemacht werden müssen.⁸⁵² Die Sechsmonatsfrist ist eine Verfallsfrist.⁸⁵³

Bei den erwähnten Ansprüchen gemäß § 1162a sowie § 1162b ABGB handelt es sich einerseits um Schadenersatzforderungen des Arbeitgebers sowie um Abgeltung der vertragsmäßigen Ansprüche des Arbeitnehmers.

⁸⁴⁹ Vgl. § 1486 Z 5 ABGB.

⁸⁵⁰ Vgl. *Wöss*, Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht, RdA 1988, 216.

⁸⁵¹ Vgl. Martinek/Schwarz, Angestelltengesetz⁶ 686.

⁸⁵² Vgl. § 1162d ABGB.

⁸⁵³ Vgl. *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 538.

Gemäß § 1164 ABGB ist die Bestimmung des § 1162d ABGB zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abänderbar, eine Fristverkürzung somit weder durch Kollektivvertrag noch durch Einzelarbeitsvertrag zulässig.⁸⁵⁴

In den arbeitsrechtlichen Sondergesetzen finden sich kaum allgemeine Verjährungsbestimmungen. Dies hat zur Folge, dass in aller Regel die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 1486 ABGB zur Anwendung kommt. Vielfach finden sich aber in den Sondergesetzen dem § 1162d ABGB mehr oder minder analoge Regelungen.⁸⁵⁵

c. Verfallsfristen in Kollektivverträgen

In aller Regel handelt es sich bei in Kollektivverträgen⁸⁵⁶ normierten Fristen um Verfallsfristen, welche für den Fall der Fristversäumnis einen Untergang des Anspruches als solchen zur Folge haben. Meist finden sich solche relativ oft sehr kurze Fristen im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Entgelt für geleistete Überstunden und für Ansprüche nach Beendigung eines Dienstverhältnisses.

Insbesondere in Kollektivverträgen normierte Verfallsfristen sind immer wieder Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten vor Arbeitsgerichten. So stellt sich zum Beispiel die Frage, ob kollektivvertragliche Bestimmungen, welche vorsehen, dass bei Beendigung des Dienstverhältnisses alle Ansprüche bei sonstigem Wegfall in weniger als sechs Monaten geltend zu machen sind, zulässig sind.⁸⁵⁷ Der OGH hat dies in mehreren Entscheidungen verneint, sofern es sich um Ansprüche gemäß § 1162d ABGB bzw. § 34 AngG handelt.

Nach Ansicht des OGH sollen Verfallsklauseln in Kollektivverträgen dann nichtig sein, wenn sie durch eine unangemessene kurze Ausschlussfrist die Geltendmachung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren und damit den guten Sitten im Sinne des § 879 ABGB widerstreiten oder zum Nachteil des

⁸⁵⁴ Siehe Wöss, Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht, RdA 1988, 216.

⁸⁵⁵ Vgl. § 34 AngG, § 38 LArbG, § 38 GAngG, § 44 SchauSpG.

⁸⁵⁶ Die grundsätzliche Kompetenz der Kollektivvertragsparteien zur Regelung von Geltendmachungsfristen ergibt sich aus § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG.

Dienstnehmers gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen über die Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen verstoßen.⁸⁵⁸

Ein weiteres Rechtsproblem, das sich insbesondere bei Beendigung des Dienstverhältnisses stellt, ist der Beginn des Fristenlaufes. Im Gegensatz zu § 1162d ABGB⁸⁵⁹ tragen manche kollektivvertragliche Fristen dem Umstand keine Rechnung, dass Ansprüche erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses fällig werden.⁸⁶⁰

Explizit hat sich der OGH mit der angesprochenen Problematik vor allem in Entscheidungen zu § 34 AngG auseinandergesetzt. Er hat in einigen Entscheidungen unmissverständlich ausgesprochen, dass bei Ansprüchen, die erst nach Auflösung des Dienstverhältnisses fällig werden, analog zu § 1162d ABGB die Ausschlussfrist erst mit dem Tag der Fälligkeit beginnt.⁸⁶¹

Gegenstand zahlreicher Entscheidungen des OGH ist auch die Frage, inwieweit es zulässig ist, in Kollektivverträgen eigene Verfallsfristen für unabdingbare Ansprüche zu normieren. Die Spruchpraxis des OGH ist diesbezüglich dahingehend, dass es als im Ermessen der Kollektivvertragsparteien stehend erachtet wird, bezüglich derartiger Ansprüche kürzere Fristen als in § 1486 ABGB zu normieren.⁸⁶²

Dies wird vom OGH damit begründet, dass eine Verfallsfrist nicht den unabdingbaren Anspruch selbst, sondern nur dessen Geltendmachung beschränken würde.⁸⁶³

⁸⁵⁷ Vgl. *Wöss*, Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht, RdA 1988, 216.

⁸⁵⁸ Vgl. dazu OGH 1971/Arb 8927; 1972/Arb 9039; 1975/Arb 9349; OGH 21.10.1986, 14 Ob 167-169/86, OGH 28.8.1991, 9 Ob A 189/91, OGH 23.9.1994, 1 Ob 606/94, OGH 26.11.1997, 9 Ob A 163/97d, OGH 24.10.2000, 1 Ob 1/00d.

⁸⁵⁹ § 1162 ABGB sieht die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen binnen 6 Monaten, nach Ablauf des Tages, an dem sie erhoben werden konnten, vor.

⁸⁶⁰ So ist zum Beispiel der Anspruch auf Kündigungsentschädigung nur für die ersten drei Monate mit Ende des Dienstverhältnisses sofort fällig.

⁸⁶¹ OGH 1966/Arb 8255; OGH 9.7.1985, 4 Ob 89/85.

⁸⁶² Vgl. *Wöss*, aaO; siehe dazu auch gegenteilige Meinungen, so etwa *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht³ 229; *Spielbüchler/Floretta*, Arbeitsrecht I, Individualarbeitsrecht² (1984) 141; *Strasser*, Arbeitsrecht II, Kollektives Arbeitsrecht² (1984) 141; *Tomandl*, Arbeitsrecht 1 (1984) 100.

⁸⁶³ Vgl. OGH 21.10.1986, 14 Ob 167-169/86, OGH 10.9.1985, 4 Ob 102/85.

Ein wesentliches Thema ist auch die Sittenwidrigkeit von kollektivvertraglichen Verfallsbestimmungen. Eine Verfallsbestimmung ist nur dann sittenwidrig, wenn durch eine unangemessen kurze Ausschlussfrist die Geltendmachung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschwert wird. Bei der Frage der Zulässigkeit einer zeitlichen Begrenzung von Arbeitnehmeransprüchen ist vor allem die Schwierigkeit einer Beweisführung nach Ablauf einer längeren Zeitspanne zu beachten.⁸⁶⁴ Eine Verfallsfrist von drei Monaten wurde vom OGH als ausreichend betrachtet um alle zur Geltendmachung der Ansprüche zweckdienlichen Schritte zu überlegen und fehlende Unterlagen zu beschaffen.⁸⁶⁵ Anders hat der OGH jedoch bei einer Ausschlussfrist von sechs Wochen entschieden.⁸⁶⁶

2. Verjährung und Verfall im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung

a. Die Regelung des § 11 Abs 2 Z 5 AÜG

Bei konzessionspflichtiger Arbeitskräfteüberlassung sind gemäß § 11 Abs 2 Z 5 AÜG vertragliche Bedingungen verboten, die Verfalls- oder Verjährungsvorschriften verkürzen.⁸⁶⁷

Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass die Vereinbarung kürzerer als der gesetzlichen oder durch Normen kollektiver Rechtsgestaltung vorgesehenen Verfalls- oder Verjährungsvorschriften rechtswirksam nicht getroffen werden kann.⁸⁶⁸ Solche Vereinbarungen in Einzelverträgen sind daher nichtig. Sinn dieser Regelung ist die Verhinderung der übermäßigen Erschwerung der Geltendma-

⁸⁶⁴ Vgl. *Rauch*, Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht, ASoK 2000, 26.

⁸⁶⁵ Vgl. OGH 26.1.1994, 9 Ob A 9/94; OGH 21.10.1992, 9 Ob A 182/92.

⁸⁶⁶ Siehe OGH 15.10.1985, 4 Ob 110/84.

⁸⁶⁷ Vgl. § 11 Abs 2 Z 5 AÜG.

⁸⁶⁸ Vgl. dazu *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung, 57; *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 156.

chung von Ansprüchen durch überlassene Arbeitskräfte, da diese weit weniger in den Arbeitgeberbetrieb eingegliedert sind.⁸⁶⁹

b. Anwendung von Verfallsbestimmungen auf das Grundentgelt überlassener Arbeitskräfte

*Rechtslage vor dem 1.3.2002*⁸⁷⁰

Im Zusammenhang mit den Anspruch auf Entgelt gemäß § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG⁸⁷¹ stellt sich die Frage, ob diesbezüglich die Verjährungs- und Verfallsfristen des Beschäftigterkollektivvertrages zur Anwendung gelangen.

In Ermangelung eines Kollektivvertrages für Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe im Sinne von Satz 2 ist vor dem 1.3.2002 zur Ermittlung des Grundlohnes allein Satz 1 heranzuziehen. Danach hat die überlassene Arbeitskraft Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt.⁸⁷²

Der OGH hat in mehreren Entscheidungen festgestellt, dass bei der Bezahlung des Grundentgelts gemäß § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG Kollektivverträge nie direkt anwendbar sind, sodass die Anwendung darin enthaltener Verjährungs- und Verfallsfristen nicht in Betracht kommen kann. In einem solchen Fall gelangt daher die dreijährige Verjährungsfrist zur Anwendung⁸⁷³

⁸⁶⁹ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 229f.

⁸⁷⁰ Zeitpunkt des Inkrafttretens des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung.

⁸⁷¹ Gemeint ist das angemessene, ortsübliche Entgelt.

⁸⁷² Vgl. OGH 9.5.2007, 9 Ob A 123/06p.

⁸⁷³ Vgl. OGH 9.7.2008, 9 Ob A 91/07h; OGH 9.5.2007, 9 Ob A 123/06p; OGH 27.3.2002, 9 Ob A 50/02x; OGH 8.8.2002, 8 Ob A 53/02f.

Sollte im Zuge einer Überlassung ein höheres Entgelt aufgrund des Beschäftiger-Kollektivvertrages zu zahlen sein (§ 10 Abs 1 Satz 3 AÜG), gelten die jeweiligen kollektivvertragsrechtlichen Verjährungs- und Verfallsbestimmungen.⁸⁷⁴

Die Regelung des Artikel XIX des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung

Die im Artikel XIX des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung normierte Regelung betreffend den Verfall von Ansprüchen steht in Übereinstimmung mit der aus § 11 Abs 2 Z 5 AÜG ersichtlichen Tendenz, gerade bei überlassenen Arbeitskräften die Gefahr kalkulierten Rechtsbruchs nicht durch zu kurze Verfallsfristen zu erhöhen. Daher gilt für die Verjährung und den Verfall aller Ansprüche die im § 1486 ABGB vorgesehene 3-jährige Verjährungsfrist. Lediglich für einige Ansprüche, bei denen schon nach kurzer Zeit mit erheblichen Beweisproblemen gerechnet werden muss – so zum Beispiel Überstunden-, Sonn- und Feiertagszuschlägen, Schmutz-, Erschwernis- und Gefahrenzulagen, Reiseaufwandsentschädigungen sowie Wegzeitvergütungen, wird eine Verfallsfrist von vier Monaten vorgesehen.

Die Geltendmachung muss in diesem Fall im Interesse der Rechtssicherheit schriftlich erfolgen. Es gilt dann die dreijährige Verjährungsfrist des ABGB, die ab dem Entstehen des Anspruches – das ist der Fälligkeitstag – gerechnet wird.⁸⁷⁵ Lange Zeit war strittig, ob für Rückforderungen irrtümlich zu Unrecht geleisteter Entgelte ebenfalls die dreijährige Verjährungsfrist für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis oder aber die 30-jährige bereicherungsrechtliche Verjährungsfrist gilt. Der OGH und die Lehre bejahen nunmehr die analoge Anwendung der 3-jährigen Verjährungsfrist.⁸⁷⁶ Auch sozialpolitisch wäre die Belastung des typischerweise wirtschaftlich weit schwächeren Arbeitnehmers mit dem Risiko so weit reichender Rückforderungsansprüche unvertretbar. Der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung stellt daher klar, dass in diesem Fall die

⁸⁷⁴ Vgl. OGH 25.11.1992, 9 Ob A 305/92.

⁸⁷⁵ Vgl. *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV, 263.

⁸⁷⁶ Vgl. OGH 26.11.1997, 9 Ob A 157/97x.

3-jährige Verjährungsfrist anzuwenden ist.⁸⁷⁷

Ergänzend ist auszuführen, dass die Ziffer 3 des Artikel XIX normiert, dass eine Verzichtserklärung des Arbeitnehmers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf seine Ansprüche von diesem innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Aushändigung der Endabrechnung rechtswirksam widerrufen werden kann.⁸⁷⁸

⁸⁷⁷ Vgl. *Schindler*, aaO.

⁸⁷⁸ Vgl. Art XIX Ziffer 3 Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung.

Zusammenfassung

Die Auseinandersetzung mit dem Thema der Beendigung von Dienstverhältnissen hat gezeigt, dass im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung – bedingt vor allem durch die Dreidimensionalität des Arbeitsverhältnisses – einerseits gesetzlich Regelungen vorliegen, die eine Benachteiligung der überlassenen Arbeitskräfte gegenüber „normalen“ Arbeitsverhältnissen hintanhalten sollen, andererseits jedoch in manchen Bereichen mangels gesetzlicher Regelung durchaus Diskussionsbedarf gegeben ist.

So finden sich im Arbeitskräfteüberlassungsgesetz keine Regelung bezüglich der Zulässigkeit einer Probezeit. Ob eine diesbezügliche Regelung vom Gesetzgeber bewusst vernachlässigt wurde oder nicht, stellt sich nicht zur Diskussion. Nachvollziehbare Argumente, welche gegen die Zulässigkeit einer Probezeitvereinbarung bei Arbeitskräfteüberlassung sprechen, liegen mE nicht vor. Warum sollten im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung – genauso wie bei einem „normalen“ Dienstverhältnis“ die Vertragsparteien nicht die Möglichkeit zur gegenseitigen Erprobung haben. Den Lösungsvorschlag *Sacherers*,⁸⁷⁹ dass die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung letztlich vom Parteiwillen – je nachdem ob eine tatsächliche Erprobung oder eine Umgehung der zwingenden Bestimmungen des AÜG angedacht war – halte ich aus arbeitnehmerpolitischer Sicht eher für bedenklich. In einem möglichen Gerichtsverfahren den Beweis zu führen, dass bei Beginn des Arbeitsverhältnisses lediglich die Erprobung des Arbeitnehmers angedacht war wird wohl nicht allzu schwierig für den Überlasser werden.

Im Gegensatz dazu hat der Gesetzgeber bei befristeten Dienstverhältnissen die Gefahr der Deckungsgleichheit von Befristung und Überlassung vorhergesehen und daher im AÜG eine entsprechende Regelung getroffen. Gemäß § 11 Abs 2 Z 4 AÜG sind Befristungen nur dann zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind. Der Mangel der sachlichen Rechtfertigung bzw. das Fehlen der Gründe für die Befristung im Grundvertrag führen dazu, dass das Dienstverhältnis durch Fristlauf nicht beendet wird. Durch diese gesetzliche Regelungen soll eine Risikoverschie-

⁸⁷⁹ Vgl *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, 126.

bung zu Lasten des überlassenen Arbeitskraft vermieden werden. Eine Befristung zur Erprobung einer überlassenen Arbeitskraft ist nach Ansicht des OGH ebenfalls zulässig, wenn es sich um qualifizierte Arbeitnehmer handelt.⁸⁸⁰

Im Zusammenhang mit der Beendigung von Dienstverhältnissen überlassener Arbeitskräfte durch Kündigung findet sich die zentrale Bestimmung in § 10 Abs 5 AÜG, welcher sowohl für die Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmerkündigung eine 14-tägige Mindestfrist vorsieht. Diese Regelung hat im Angestelltenbereich weniger Bedeutung, da das Angestelltengesetz⁸⁸¹ ohnehin längere Kündigungsfristen normiert. Bei der Kündigung von überlassenen Arbeitern spielte diese Regelung – jedenfalls bis zum Inkrafttreten des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, welcher abhängig von der Betriebszugehörigkeit gestaffelte Kündigungsfristen vorsieht – eine weit größere Rolle, da die von der Gewerbeordnung⁸⁸² vorgesehene vierzehntägige Kündigungsfrist auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers abdingbar ist. Eine weitere spezifische Schutzbestimmung für überlassene Arbeitskräfte beinhaltet Art IV Punkt 3 des KV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung. Gemäß dieser Regelung darf das Arbeitsverhältnis nicht wegen des Endes einer Überlassung und frühestens fünf Tage nach dem Ende der Überlassung gekündigt werden. Mit dieser Bestimmung soll realisiert werden, dass der Überlasser das wirtschaftliche Risiko von Stehzeiten trägt.

Bezüglich des betriebsverfassungsrechtlichen Kündigungsschutzes geht die Rspr in diese Richtung, dass im Fall einer geplanten Kündigung der Betriebsrat des Überlasserbetriebes und nicht des Beschäftigterbetriebes zu verständigen ist. Dafür sprechen gewichtige Gründe wie zB der im § 105 Abs 3 ArbVG geregelte Sozialvergleich.

Im Zusammenhang mit der vorzeitigen Beendigung von Dienstverhältnissen aus wichtigem Grund treten im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung Probleme auf, welche sich insbesondere aus der dreigliedrigen Struktur des Arbeitsverhältnisses ergeben. Setzt die überlassene Arbeitskraft einen Entlassungsgrund gegenüber

⁸⁸⁰ Vgl. OGH 20.11.1991, 9 Ob A 602/91.

⁸⁸¹ Vgl. § 20 Abs 2 AngG.

⁸⁸² Vgl. § 77 GewO.

dem Beschäftiger stellt sich die Frage, ob der Überlasser zur Beendigung des Dienstverhältnisses berechtigt ist.

Ein sinnvoller Lösungsvorschlag, welcher von manchen Autoren vertreten wird, ist die Anknüpfung an das Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses für den Arbeitgeber. Letztendlich ist somit jeder konkrete Fall einzeln zu betrachten und zu entscheiden.

Durchaus auf den Punkt getroffen ist Entscheidung des OGH bezüglich des Sonderzahlungsanspruches der überlassenen Arbeitskraft bei Entlassung. War die überlassene Arbeitskraft an mehrere Beschäftiger – wobei aufgrund unterschiedlicher Kollektivvertragszugehörigkeit der Sonderzahlungsanspruch bei Entlassung in den einzelnen Kollektivverträgen unterschiedlich geregelt ist – überlassen, so richtet sich der Sonderzahlungsanspruch nach den Bestimmungen des Kollektivvertrages, zu dem der letzte Beschäftigerbetrieb der überlassener Arbeitskraft zugehörig war.

Hinsichtlich des Austrittsrechtes überlassener Arbeitskräfte stellt sich die Frage, ob bei einer Austrittserklärung gegenüber dem Beschäftiger dieser als Erklärungsbote oder als Empfangsbote zu qualifizieren ist. Entgegen der Ansicht des OGH⁸⁸³ müsste mE insbesondere auch aufgrund der dem Beschäftiger vom AÜG eingeräumten arbeitgeberähnlichen Position eine Wertung als Empfangsbote erfolgen. Ein Austritt der überlassenen Arbeitskraft aufgrund eines verpönten Verhaltens des Beschäftigers kann – so auch nach Ansicht des OGH⁸⁸⁴ – nur nach vorhergehendem Abhilfegesuch an den Überlasser erklärt werden. Auch hier wird man im Wege einer Einzelfallprüfung übermitteln müssen, ob der überlassene Arbeitnehmer den Überlasser informieren hätte müssen oder nicht.

Erwähnenswert ist, dass der Gesetzgeber für die überlassenen Arbeitskräfte einen eigenständigen Austrittsgrund in § 18 AÜG normiert hat. Hier tritt wieder der Schutzgedanke in den Vordergrund. Überlassene Arbeitskräfte sollen die Möglichkeiten haben ihren vorzeitigen Austritt zu erklären, wenn der Überlasser die ihm aufgrund des AÜG obliegenden Verpflichtungen erheblich oder wiederholt verletzt.

⁸⁸³ Vgl. OGH 22.12.2004, 8 Ob A 46/04d.

Auch bei Vertragsklauseln, die erst bei Beendigung des Dienstverhältnisses ihre Wirkung entfalten – sog. KonkurrenzklauseIn, hat der Gesetzgeber an die spezifische Situation der überlassenen Arbeitskräfte gedacht. Gemäß § 11 Abs 2 Z 6 AÜG sind ausdrücklich Vertragsklauseln verboten, durch welche die überlassene Arbeitskraft für die Zeit nach Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser insbesondere durch Konventionalstrafen, Reuegelder oder Einstellungsverbote in ihrer Erwerbstätigkeit beschränkt wird. Damit soll die überlassene Arbeitskraft die Möglichkeit haben nach Beendigung des Dienstverhältnisses beim Überlasser einen Arbeitsvertrag mit dem Beschäftiger abzuschließen. Eine Vereinbarung über Ausbildungskostenrückerersatz kann nicht als Beschränkung der Erwerbstätigkeit iS des § 11 Abs 2 Z 6 AÜG gesehen werden, wenn die von der Lehre und Judikatur erarbeiteten Grenzen der Rückerstattungsfähigkeit nicht überschritten werden.

Insgesamt betrachtet haben die in meiner Dissertation beleuchteten Fragestellungen zum Thema der Beendigung von Dienstverhältnissen überlassener Arbeitskräfte gezeigt, dass überlassene Arbeitskräfte – mag auch die Arbeitskräfteüberlassung grundsätzlich mit einem negativen Image behaftet sein - bei der Beendigung ihres Dienstverhältnisses nicht schlechter gestellt sind als „normale“ Dienstnehmer. Ausgehend vom Schutzgedanken im AÜG hat der Gesetzgeber durch weitere spezifische rechtliche Regelungen dafür Sorge getragen, dass dem Charakteristikum der Arbeitskräfteüberlassung – seiner Dreidimensionalität – Rechnung getragen wird.

⁸⁸⁴ Vgl. OGH 22.12.2004,8 Ob A 46/04d.

Literaturverzeichnis

- Andexlinger, Helmut* Arbeitskräfteüberlassung im Wege eines Werkvertrages, ecolex 1997,111
- Andexlinger, Helmut* Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung, RdW 1988,10
- Baum, Amaren* Zeitarbeit: Mehr als ein Job (1996)
- Bender, Diethelm*, Neue Wege in der Arbeitswelt – Manpower als Humankapital (1997)
- Binder, Martin* Arbeitsvetragsrechtsanpassungsgesetz (2001)
- Binder, Martin* Zur Konversion von Rechtsgeschäften (1982)
- Braunecker, Harald* Zur Zulässigkeit von Kettendienstverträgen, ecolex 1997,443
- Brodil, Wolfgang* Aussetzungsvereinbarungen aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, Betrachtungen zur Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses und § 9 AIVG, RdW 1984, 246
- Cerny, Josef/Haas-Laßnigg/Evelyn, Schwarz/Bernhard* Arbeitsverfassungsrecht 3, (1994)
- Debus, Norbert* Leiharbeit – Das Geschäft mit der Ware Arbeitskraft (1982)
- Dittrich, Robert/ Tades,Helmut* Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch³² (1985)
- Dirschmied, Karl* Grundsätze der privaten Arbeitsvermittlung gesetzlich fixiert, DRdA 1992, 158
- Dirschmied, Karl* Probezeit und Entgeltanspruch bei Arbeitskräfteüberlassung, DRdA 1992,158
- Dusak, Ingrid* Änderungen im Bereich der personellen Mitbestimmung, ZAS 1986, 198
- Eichinger, Julia* Arbeitnehmerbedingte Kündigungsgründe, DRdA 1997,96
- Eypeltauer, Ernst* Gedanken zum Kündigungsanfechtungsgrund des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG, DRdA 1998, 435
- Eypeltauer, Ernst* Einbeziehung der Sonderzahlungen in die Entgeltgrenze für Konkurrenzklauseln, ecolex 2006,678
- Felten Elias* Arbeitskräfteüberlassung und vorzeitiger Austritt, wbl 2007, 166
- Floretta, Hans* Handkommentar zu ArbVG, 658

- Floretta, Hans* Zum Grundtatbestand der „Sozialwidrigkeit“ im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz wbl 1991,14
- Floretta, Hans/Spielbüchler, Karl* Individualarbeitsrecht³ I (1988)
- Floretta, Hans/Strasser, Rudolf* Kollektives Arbeitsrecht² II (1984)
- Gagawczuk, Walter* Leiharbeitsrichtlinie – wiederholter Anlauf gescheitert? RdA 2003, 597
- Gahleitner, Sieglinde* Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, DRdA 1994, 380
- Gahleitner, Sieglinde/Leitsmüller, Heinz* Umstrukturierung und AVARG (1996)
- Geist, Reinhard* Kündigungsklauseln bei befristeten Dienstverhältnisse, ÖJZ 2002,405
- Geppert, Walter* Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1977)
- Geppert, Walter* Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989)
- Geppert, Walter* Das Leiharbeitsverhältnis in Theorie und Praxis, DRdA 1969, 127ff
- Grassl-Palten, Eva* Der Untergang des Entlassungsrechtes, ZAS 1989,1
- Grillberger, Konrad* Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, wbl 1988,314
- Harrer, Manfred* Betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit beim Leiharbeitsverhältnis und Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes, RdA 1998,265
- Heilegger, Gerda* Neuregelung von Konkurrenzklausel und Ausbildungskostenrückerstattung, Rdw 2006,287
- Hofer, Konrad* Arbeitsalltag aus der Sicht eines Leiharbeiters (1991)
- Holzer, Wolfgang* Arbeitsrechtliche Probleme der Privatisierung, RdA 1994, 376
- Holzer, Wolfgang/Reissner, Gert-Peter* Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (1998)
- Holzer, Wolfgang/Reissner, Gert-Peter* Strategien der „Austöchterung“ von Unternehmensfunktionen aus arbeitsrechtlicher Sicht, ASoK 2004,212
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank* Individualarbeitsrecht³ (2005)
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans-Carl* Lehrbuch des Arbeitsrechts 1⁷ (1968)

- Jabornegg, Peter/Resch, Reinhard* Das rechtliche Schicksal von Arbeitsverhältnissen zwischen nahen Angehörigen beim Tod des Arbeitgebers, DRdA 1995, 220
- Jöst, Andreas* Der Betriebsübergang, (2004)
- Karl, Beatrix* Die sozial ungerechtfertigte Kündigung (1999)
- Karl, Beatrix* Zur Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, JBl 1997, 702
- Kaufmann, Stephanie* Arbeitnehmerüberlassung (1998)
- Klein, Christoph* Konjunkturbelebungs-gesetz 2002, ASoK 2002, 49
- Klein, Christoph* Zur Aussetzung des Arbeitsvertrages, DRdA 1983, 249
- Klocker, Gernot* Kettendienstverträge- unzureichende Umsetzung im österreichischen Recht?, ecolex 2007, 49
- Kocevar, Peter* Die Verfallsklauseln in Kollektivverträgen, DRdA 1977, 222
- Köck, Stephan* Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, ecolex 1993, 548
- Koziol, Helmut/Welser, Rudolf* Grundriss des bürgerlichen Rechts I (1995)
- Kramer, Ernst* Hauptprobleme des befristeten und resolutiv bedingten Arbeitsverhältnisses, DRdA 1973, 162
- Krejci, Heinz* Arbeitsrechtliche Probleme der Bau-ARGE, in: Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft (1979)
- Kuderna, Friedrich* Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz² (1996)
- Kuderna, Friedrich* Die sozial ungerechtfertigte Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, DRdA 1997, 96
- Kuderna, Friedrich* Die zeitwidrige Kündigung, DRdA 1969m 249ff
- Kuderna, Friedrich* Das Entlassungsrecht² (1994)
- Kuderna, Friedrich* Das Verschulden des Arbeitgebers am vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers, DRdA 1984, 8
- Leutner, Richard/Schwarz, Bernhard/Ziniel, Georg* Arbeitskräfteüberlassungs-gesetz (1989)
- Löschnigg, Günther* Arbeitsrecht¹⁰ (2003)

- Löschnigg, Günther* Bestandsschutz und befristetes Dienstverhältnis, DRdA 1980, 20
- Löschnigg, Günther* Schwangerschaft und Beendigung im Probemonat im Lichte der RL 92/85EWG und 76/207/EWG, DRdA 2002, 365
- Majoros, Thomas* Konkludente Austritte im Arbeitsrecht, ecolex 2005,549
- Marhold, Franz* Arbeits- und sozialrechtliche Probleme der Aussetzungsverträge, RdW 1982,247
- Marhold, Franz* Neues Unterhaltsrecht und Abfertigung, ZAS 1981, 129
- Marhold, Franz* Privatisierungsprobleme im Arbeits- und Sozialrecht in: Achat/Isak/Marhold, Privatisierung im Europarecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht und Sozialrecht (1984)
- Martinek, Oswin/Schwarz, Walter* Angestelltengesetz⁶(1984)
- Maultaschl, Ferdinand* Der Dienstverschaffungsvertrag, ÖJZ 1952 1ff
- Mayer-Maly, Theo* Neue Probleme bei der Befristung von Dienstverhältnissen in: FS Strasser 94
- Mazal, Wolfgang* Arbeitskräfteüberlassung (1988)
- Mazal, Wolfgang* Der Angestelltendienstvertrag² (1999)
- Mazal, Wolfgang* Karenzierungsvereinbarungen bei Arbeitskräfteüberlassung, RdW 1989, 226
- Mazal, Wolfgang* Kollektivvertragsentgelt, „Aufwandsentschädigungen und Arbeitskräfteüberlassung“ ecolex 1999,562
- Mazal, Wolfgang* Kündigungsfristen und Gleichheitssatz, ecolex 1990
- Mazal, Wolfgang* Personalbereitstellung und Betriebsverfassung, RdW 1987,375
- Mazal, Wolfgang* Rechtsfragen des Anwendungsbereiches des AÜG, ZAS 2005,42
- Mazal, Wolfgang* Konkludenz im Arbeitsrecht, in: Tomandl, Neuere Tendenzen im Arbeitsrecht auf dem Prüfstand (1999) 17ff
- Melzer-Azodanloo, Nora* Anneinanderreihung von Arbeitsverhältnissen – Zulässigkeitsgrenzen von Kettendienstverträgen, ASoK 1998,297
- Miklau, Roland* Probleme des Kettendienstvertrages, ZAS 1974, 43
- Mosler, Rudolf* Die Mitwirkung des Betriebsrates bei einvernehmlicher Lösung des Arbeitsverhältnisses, wbl 1987, 285

- Müller, Robert* Das Leiharbeitsverhältnis, ZAS 1968,79
- Neubauer, Walter/Rath, Erwin* Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausele und beim Ausbildungskostenrückersatz, ASoK 2007,46
- Oberhofer, Barbara* Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausele neu, ZAS 2006, 152
- Pacic, Jasmin* Die Gestaltung von Karenzierungs- und Unterbrechungsvereinbarungen, ASoK 2007,227
- Pfeil, Walter* Zur Zulässigkeit von Kettendienstverträgen, DRdA 1985,128
- Pfeil, Walter* Zur Zulässigkeit von Verfalls- und Verjährungsklauseln im Arbeitsrecht, RdW 1986, 343
- Pircher, Maja* Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, DRdA1997,173
- Pircher, Maja* Die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen, ZAS 1994, 5
- Posch, Katharina* Konkludente Beendigung des Probedienstverhältnisses, ecolex 2004,1999
- Rauch, Thomas* Auflösung während der Probezeit wegen Schwangerschaft anfechtbar? ASoK 2005,394
- Rauch, Thomas* Die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit im Lichte der jüngeren Judikatur, ASoK 1999,42
- Rauch, Thomas* Neuerungen bei der Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit, ASok 2004,70
- Rauch, Thomas* Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht, ASoK 2000,26
- Rauch, Thomas* Vorzeitiger Austritt bei Arbeitskräfteüberlassung, ASoK 2005,187
- Reissner, Gert-Peter* Die arbeitsrechtliche Konkurrenzklausele,
- Reissner, Gert-Peter* Die begünstigte Kündigung des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, ZAS 2002,104
- Reissner, Gert-Peter* Rechtsfolgebestimmung bei verbotenen Kettendienstverträgen und anderen gesetzwidrigen Befristungsvereinbarungen, JAP 2006/2007, 24
- Reissner, Gert-Peter/Preiss, Joachim* Neuregelung von Konkurrenzklausele und Ausbildungskostenrückersatz, RdA 2006,183

- Resch, Reinhard* Grenzen privatautonomer Dispositionen über das Auflösungsrecht des Arbeitnehmers, ZAS 1991, 4
- Resch, Reinhard* Grenzen der Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, RdA 1993,8
- Resch, Reinhard* Karenzierung und Aussetzung des Arbeitsvertrages, (2002)
- Resch, Reinhard* Unterschiedliche Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte verfassungswidrig? RdA 1991, 79
- Ritzberger-Moser, Margarete*
- Risak, Martin* Hinterbliebenenansprüche bei Tod des Arbeitnehmers, ecolex 1997, 955
- Risak, Martin* Konkurrenzklausel und Ausbildungskostenrückersatz neu, ZAS 2006,49
- Rossmann, Michael* Kollektivvertragrechtliche Regelung zur Probezeit des Lehrlings, ASoK 2001,
- Runggaldier, Ulrich* Verfassungswidrigkeit ungleicher Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte? RdW 1990,380ff
- Sacherer, Remo* Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU, (2001)
- Sacherer, Remo/Schwarz, Bernhard* Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² (2006)
- Schima, Georg* Arbeitskräfteüberlassung an und durch Gebietskörperschaften- Rechtliche Aspekte der Privatisierung durch Ausgliederung, RdW 1994,209
- Schindler, Rene* Arbeitskräfteüberlassungs-KV, (2003)
- Schneller, Hannes* Arbeitskräfteüberlassung: Mitbestimmung bei Versetzungen und anderen personellen Maßnahmen, ecolex 2006, 1018
- Schnorr, Gerhard* Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung – Verbot oder Regelung? in: Tomandl, Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht, Band 10
- Schrammel, Walter* Der Angestellte“ex-contractu“ im Arbeits-und Sozialversicherungsrecht, ZAS 1973, 167
- Schrammel, Walter* Resolutivbedingung im Arbeitsverhältnis, ZAS 1984,221
- Schrammel, Walter/Winkler, Gottfried* Arbeits-und Sozialrecht der europäischen Gemeinschaft, (2002)

- Schrank, Franz* Betriebsvereinbarungen bei Betriebsübergang, *ecolex* 1993, 543
- Schrank, Franz* Eintrittsautomatik bei Betriebsübergang, *ecolex* 1993, 543
- Schrank, Franz* Kollektivvertragsrechtsfragen bei Ausgliederungen und Umstrukturierungen *ecolex* 2000, 660
- Schrank, Franz* Rechtsprobleme bei der Berechnung der Abfertigung, *ZAS* 1990, 1
- Schrank, Franz/Mazal, Wolfgang* *Arbeitsrecht*³ (2006)
- Schrenk, Friedrich* Kündigungsfristen und Kündigungstermine im Arbeitsrecht, *taxlex* 2006, 628
- Schüren, Peter/Hamann, Wolfgang* Arbeitnehmerüberlassungsgesetz³ (2007)
- Schwarz, Bernhard* Ausgewählte Rechtsfragen, *DRdA* 1988, 428
- Schwarz, Bernhard* Zur Rechtsnatur des mittelbaren Arbeitsverhältnisses, *DRdA* 1953, 21ff
- Schwarz, Bernhard/Löschnigg, Günther* Arbeitsrecht aus trüber Quelle, *ÖJZ* 1994, 223
- Singer, Robert* Befristete Arbeitsverhältnisse in Österreich und im EU Bereich (1996)
- Spenling, Anton* Aktuelle Entscheidungen des OGH zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz, *RdA* 1999, 74
- Springer, Wolfgang* Der geliehene Erfolg – Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht (2002)
- Steinbauer* Zur einvernehmlichen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, *ZAS* 1984, 48
- Thüsing, Gregor* Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (2008)
- Tinhofer, Andreas* Die kollektivrechtlichen Aspekte der Verletzung, *ZAS* 2005, 12
- Tomandl, Theodor* *Arbeitsrecht*³ I (1993)
- Tomandl, Theodor* Arbeitsrechtliche Konsequenzen beim Übergang eines Betriebsteiles, *ZAS* 1993, 193
- Tomandl, Theodor* Die sozialwidrige Kündigung – Analyse und Kritik der Rechtssprechung des OGH (1994)
- Tomandl, Theodor* Neue Judikatur zur sozialwidrigen Kündigung, *ZAS* 1999, 104
- Ulber, Daniel* Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (2008)

- Volkert, Sigrid* Eine volks- und betriebswirtschaftliche Betrachtung des Arbeitskräfteüberlassungsmarktes (1996)
- Voswinkel, Stephan* Die Regulierung der Leiharbeit (1995)
- Wachter, Gustav* Postenlauf und Anfechtungsfrist bei der Kündigungsanfechtung, RdW 1986,147
- Wachter, Gustav* Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975, 50ff
- Wöss, Josef* Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht
- Wroblewski, Angela* Leiharbeit in Österreich, Lösung oder Sackgasse? (2001)

Mag. Eveline Kuzmich



Ulanenweg 3, 1220 Wien
Tel: 0767/9259456
e-mail: eveline.kuzmich@gmx.at

Lebenslauf

Persönliche Daten:

Name	Mag Eveline Kuzmich
Geburtsdatum	20.4.1971, Oberpullendorf, Bgld
Wohnadresse	Ulanenweg 3, 1220 Wien
Familienstand	ledig
Staatsbürgerschaft	Österreich

Schulbildung:

9/1981- 6/1989	Bundesgymnasium Oberpullendorf
10/1989- 11/1997	Studium der Rechtswissenschaften Universität Wien Diplomarbeit aus Arbeits- und Sozialrecht Dissertation aus Arbeits- und Sozialrecht

Studienbegleitende Tätigkeiten:

Tätigkeiten im elterlichen Betrieb

Gerichtspraxis:

1/1998- 3/1998	Straflandesgericht Wien
4/1998 – 5/1998	Bezirksgericht Oberpullendorf
6/1998- 7/1998	Bezirksgericht Innere Stadt Wien
8/1998- 9/1998	Arbeits- und Sozialgericht Wien

Sonstige Qualifikationen:

Sprachen

Englisch	Wort und Schrift First Certificate in Englisch First Certificate in Advanced Englisch gut
Kroatisch	gut
Russisch	Maturaniveau
Italienisch	gut

EDV:

Word
Excel

Bisherige Berufstätigkeiten:

5/1999- 5/2000	Elvia Assistance Wien
6/2000- 9/2006	Gewerkschaft der Privatangestellten, Rechtsabteilung, Beratung und Vertretung in Arbeits- und Sozialrecht
Seit 10/2006 - laufend	Pensionsversicherungsanstalt - Rechtsabteilung

Hobbies:

Sprachen, lesen, Sport, usw.

Wien, September 2009

