

■ RdW 2008/556, 592

Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung

Erzwingbare Quoten und Kontrahierungszwänge?

Eine jüngere Entscheidung des OGH¹⁾ hat die bis dahin eher ein Schattendasein führende Betriebsratsmitbestimmung bei der Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften in den Mittelpunkt des arbeitsrechtlichen Interesses gerückt. Nach dieser sollen ua Kontrahierungsgebote für den Beschäftiger mit dauerhaft überlassenen Arbeitskräften oder Höchstquoten für überlassene Arbeitskräfte im Beschäftigerbetrieb Inhalt einer (erzwingbaren) Betriebsvereinbarung (BV) sein können. Diese Ansicht bietet jedoch Anlass zur grundlegenden Kritik.

Dr. Katharina Körber-Risak
Wien

1. Einleitung

Nach der E des OGH 8 ObA 108/06z können in einer Betriebsvereinbarung über „die Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von Arbeitnehmern, die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung tätig sind“ gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG Quotenregelungen für und Kontrahierungsgebote mit überlassenen Arbeitskräften im Beschäftigerbetrieb geregelt (und erzwungen) werden. Obwohl dies in der wohl hA²⁾ bislang fast³⁾ unbestritten war, lässt die – quasi en passant ausgesprochene – Bestätigung durch den OGH aufhorchen: Der Beschäftiger muss bei Vorliegen einer entsprechenden Betriebsvereinbarung den Einsatz von überlassenen Arbeitskräften zB zahlenmäßig einschränken. Auch eine dauerhafte Überlassung (wobei keineswegs geklärt ist, was unter „dauerhaft“ zu verstehen ist) soll den Beschäftiger zum Abschluss eines Arbeitsvertrags mit der beschäftigten Arbeitskraft verpflichten (!) können. Diese enormen und im österreichischen Rechtssystem vergleichsweise untypischen Eingriffe in die Privatautonomie bieten Anlass, sich mit dem zulässigen Inhalt von Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG grundlegend auseinanderzusetzen.

2. Relevante Äußerungen des OGH

In dem der E 8 ObA 108/06z zugrunde liegenden Sachverhalt klagte der Zentralbetriebsrat einer Muttergesellschaft im Konzern auf Feststellung, dass von der Tochter- an die Muttergesellschaft überlassene Arbeitskräfte in einem Arbeitsverhältnis zur Muttergesellschaft stünden⁴⁾. Angesichts der Tatsache, dass das Klagebegehren nicht mit nachvollziehbaren Argumenten untermauert wurde, verwundert es nicht, dass der OGH dieses mit der knappen Begründung abwies, dass nicht ersichtlich sei, worauf sich der Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags

mit dem Beschäftiger stütze⁵⁾. Es ist wohl dem bemerkenswerten Vorbringen des Klägers geschuldet, der von einer „generellen Unzulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung“ ausgeht, dass sich der OGH dabei auch erstmals mit § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG auseinandersetzt: Durch die Schaffung des AÜG habe der Gesetzgeber die Arbeitskräfteüberlassung anerkannt. Die Stammebelegschaft des Beschäftigers sowie die Rechte der überlassenen Arbeitskräfte schütze eben § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG. In weiterer Folge stützt sich der OGH im Wesentlichen auf die Ansicht Binders⁶⁾ und erläutert, dass regel- und erzwingbar sei:

- die Bestimmung einer Höchstquote von Leiharbeitsnehmern im Verhältnis zur Stammebelegschaft,
- die Einschränkung der Leiharbeitnehmer auf gewisse Betriebsabteilungen oder Arbeitsplätze,
- die richtlinienartige Präzisierung des Entgeltniveaus der Leiharbeitnehmer im Verhältnis zu jenem der Stammarbeiter des Beschäftigerbetriebs und Herstellung eines konkreten Bezugsrahmens in Ausführung des § 10 Abs 1 AÜG (vergleichbare Tätigkeit),
- Regulierung der Qualität der für Leiharbeitnehmer maßgebenden Arbeitsbedingungen,
- die (aliquote) „Beteiligung der Leiharbeitnehmer“ an betrieblichen Sozialleistungen, die im Beschäftigerbetrieb der Stammebelegschaft gewährt werden,
- ein Kündigungsverzicht in Bezug auf Stammarbeitnehmer während der Einsatzdauer von Leiharbeitern,
- die Festlegung eines Kontrahierungsgebots, sofern Leiharbeitnehmer über eine gewisse Dauer hinaus im Beschäftigerbetrieb eingesetzt werden und Interesse an einer Daueranstellung bekunden, und
- schließlich die Absicherung der wechselseitig auferlegten Pflichten durch Festlegung einer Konventionalstrafe, da „Grundsätze“ prinzipiell nicht einklagbar sind.

Der OGH verweist auf die „hA“ in der Lit⁷⁾, wonach die Interessen der Stammebelegschaft zu schützen seien und dafür

1) OGH 18. 4. 2007, 8 ObA 108/06z, ZAS 2008/10 (abl Gerlach); ebenfalls kritisch zu Einzelfragen der E Marhold, Atypische Arbeitskräfteüberlassung? ASoK 2008, 162.

2) Insb Reissner in ZellKomm § 97 ArbVG Rz 22; Geppert, AÜG (1989) 250; Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG² (2006) 330; Preiss in Cerny ua, ArbVG III³ (2005) § 97 Anm 6; Binder in Tomandl, ArbVG § 97 Rz 25.

3) Schrank, Arbeitskräfteüberlassung: Sind Quotenregelungen im Beschäftigerbetrieb erzwingbar? ecolx 2000, 734; vgl dazu unten Pkt 4.8.

4) Eventualiter wurde auf Schadenersatz wegen der Vereinbarung schlechterer Arbeitsbedingungen im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung geklagt.

5) In einer weiteren E wurde bspw der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer „überlassenen“ Arbeitskraft bejaht (OGH 7. 2. 2008, 9 ObA 2/08x, ecolx 2008/204). Allerdings lagen hier zusätzliche vertragliche Vereinbarungen mit dem ursprünglichen Beschäftiger vor, welche im Ergebnis als Arbeitsvertrag gewertet wurden.

6) In Tomandl, ArbVG § 97 Rz 25; dieser stützt sich wiederum im Wesentlichen auf die bestehende Literatur.

7) Konkret: Reissner in ZellKomm § 97 ArbVG, Rz 22; Geppert, AÜG 250; Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG², 330; Preiss in Cerny ua, ArbVG III³ § 97 Erl 6; Binder in Tomandl, ArbVG § 97 Rz 25; aA lediglich Schrank, ecolx 2000, 734.

obligatorisch wirksame Bestimmungen über das zahlenmäßige Verhältnis des Stammpersonals zum überlassenen Fremdpersonal Inhalt der BV werden könnten. Er geht jedoch ausdrücklich davon aus, dass die genannten „Grundsätze“ nur obligatorisch, dh zwischen den BV-Parteien wirken. Einzelne Arbeitnehmer können daher keine Rechte aus einer Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG ableiten.

3. Relevante Regelungen zur Arbeitskräfteüberlassung

3.1. § 2 AÜG

Die speziellen Rechtsbeziehungen im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung regelt das AÜG, nach richtiger Ansicht⁸⁾ auch abschließend. Dessen Regelungs- und Schutzzweck ergibt sich aus § 2 AÜG und ist dreigliedrig⁹⁾: *Überlassene Arbeitskräfte sollen insb in „arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten“ geschützt werden (Abs 1 Z 1 leg cit).* Weiters sollen *„arbeitsmarktpolitisch nachteilige Entwicklungen“* vermieden werden (Abs 1 Z 2 leg cit). Nach § 2 Abs 3 AÜG darf durch den Einsatz überlassener Arbeitskräfte *„keine Beeinträchtigung der Lohn- und Arbeitsbedingungen und keine Gefährdung der Arbeitsplätze für die Arbeitnehmer im Beschäftigterbetrieb“* bewirkt werden.

Das AÜG zielt damit auf den Schutz sowohl der überlassenen Arbeitskräfte, als auch der Arbeitnehmer im Beschäftigterbetrieb ab und lässt hierbei keine Präferenz für die eine oder andere Gruppe erkennen.

3.2. § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG

Mit dem AÜG¹⁰⁾ wurde der Betriebsvereinbarungstatbestand des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG geschaffen. *„Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von Arbeitnehmern, die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung tätig sind“*, sind zwar nur fakultativ durch BV zu regeln, jedoch gem § 97 Abs 2 ArbVG erzwingbar.

In den ErlRV¹¹⁾ zu dieser Bestimmung heißt es: *„Diese Bestimmung soll vor allem die Berücksichtigung der Interessen der Stammbeschäftigten des Betriebes ermöglichen. [...] Zu denken wäre in diesem Zusammenhang etwa an die Festlegung von Höchstquoten für die Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte nur in bestimmten Abteilungen bzw den Verzicht auf die Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte in bestimmten Abteilungen. Die Festlegung von Höchst- und Mindestfristen für die Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte, Vereinbarung der Zustimmungspflichten bei Überschreiten bestimmter Quoten oder Fristen usw.“*

Der Gesetzgeber ist im Ergebnis jedoch nicht so weit gegangen, die vorgenannten Instrumente ausdrücklich zu normieren, sondern traf die sehr allgemeine Regelung der „Grundsätze“.

3.3. Mitwirkung bei der Aufnahme überlassener Arbeitskräfte

§ 99 Abs 5 ArbVG normiert ein Informationsrecht des Betriebsrats vor sowie von der beabsichtigten Aufnahme überlassener Arbeitskräfte sowie ein Beratungsrecht auf Verlangen des Betriebs-

rats. Wesentlich ist insb folgendes Mitbestimmungsrecht: *„Auf Verlangen ist ihm mitzuteilen, welche Vereinbarungen hinsichtlich des zeitlichen Arbeitseinsatzes der überlassenen Arbeitskräfte und hinsichtlich der Vergütung für die Überlassung mit dem Überlasser getroffen wurden.“* Die Mitwirkungsrechte der §§ 89–92 ArbVG kommen sinngemäß zur Anwendung, der Betriebsrat ist daher vom Betriebsinhaber bspw über alle Angelegenheiten, welche die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen oder kulturellen Interessen der überlassenen Arbeitskräfte berühren, zu informieren.

4. Literatur

In der Literatur gibt es zur gegenständlichen Frage eine relativ breite Diskussion, im Rahmen derer sich eine wohl herrschende, weil überwiegende Ansicht entwickelt hat. Die wesentlichsten Thesen und – soweit vorhanden – Begründungsansätze werden in der Folge dargestellt.

4.1. Aus den ErlRV ergebe sich, dass die betriebliche Mitbestimmung im Zusammenhang mit der Regelung der Arbeitskräfteüberlassung *verstärkt* werden sollte¹²⁾.

4.2. Aus den EB ergäben sich auch die nunmehr vom OGH¹³⁾ vertretenen Regelungsinhalte einer BV nach § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG, wie insb Quoten und Einsatzbefristungen¹⁴⁾.

4.3. Ebenfalls – teilweise auch ausdrücklich – auf die EB gestützt, wird vertreten, dass mit § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG keine Kompetenz für normative Regelungen geschaffen wurde¹⁵⁾. Die Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer bzw Arbeitskräfte seien daher durch eine solche BV nicht unmittelbar gestaltbar¹⁶⁾. Insb das Entgelt sei durch § 10 Abs 1 AÜG vorgegeben und über eine BV nicht regelbar¹⁷⁾.

4.4. Eine BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG diene nach den EB dem Schutz der Belegschaftsinteressen im Beschäftigterbetrieb¹⁸⁾. Zum Schutz der *„Stammbeschäftigten“* sei auch eine Einsatzbefristung sowie eine Beschränkung des Einsatzes von Überlassungskräften auf bestimmte Zeit möglich. Dies stimme auch mit der *der Arbeitskräfteüberlassung vielfach zugeschriebenen Aushilfsfunktion zur Bewältigung von Personalengpässen* überein. Die Schlichtungsstelle hätte bei ihrer Entscheidung *vorwiegend die Belegschaftsinteressen* zu berücksichtigen, sofern diese durch den Einsatz von Überlassungskräften gefährdet schienen. Dies ergäbe sich aus § 2 Abs 3 AÜG¹⁹⁾.

4.5. Vertreten wird auch, dass durch BV die in § 99 Abs 5 ArbVG enthaltenen Informationspflichten²⁰⁾, Mitteilungspflichten des Betriebsinhabers betreffend Regelungen über die Höchst- und Mindstdauer des Einsatzes überlassener Arbeitskräfte²¹⁾ sowie Ordnungsvorschriften²²⁾ konkretisiert werden könnten.

12) Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG (1989) 158 ff.

13) Vgl die Aufzählung in Pkt 2.

14) Achitz/Krapf/Mayrhofer, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 67 ff; Preiss in Cerny ua, ArbVG, III³ (2005) § 97 Erl 6; Reissner in ZelliKomm § 97 Rz 22; Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG², 327 ff; Binder in Tomandl, ArbVG § 97 Rz 25; Pačić, Quotenregelungen für den Einsatz von Leiharbeitskräften in Beschäftigterbetrieb, ecolex 2007, 786 sieht Quotenregelungen nur in Betriebsabteilungen für zulässig an.

15) Mazal, AÜG (1988) 81; Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG², 327 ff.

16) Preiss in Cerny ua, ArbVG III³ § 97 Erl 6.

17) Geppert, AÜG 250.

18) Geppert, AÜG 250, Reissner in ZelliKomm § 97 Rz 22.

19) Geppert, AÜG 250.

20) Schrank, ecolex 2000, 735; Reissner in ZelliKomm § 97 Rz 22.

21) Reissner in ZelliKomm § 97 Rz 22.

22) Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG², 329.

8) Vgl bloß Risak, AÜG, Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftigter-Kollektivvertrag, ecolex 2004, 465 mwN; Marhold, ASoK 2008, 163 ff.

9) Ausführlich Sacherer in Sacherer/Schwarz, AÜG², 103 ff.

10) BGBl 196/1988.

11) ErlRV 450 BlgNR 17. GP 24.

4.6. In einer BV gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG könne auch die Teilnahme an freiwilligen Sozialleistungen, soweit diese im Rahmen einer Wohlfahrtseinrichtung gewährt würden, geregelt werden²³⁾.

4.7. Schwarz²⁴⁾ vertritt, dass Erweiterungen der gesetzlichen Mitwirkungsbefugnis des Beschäftigterbetriebsrats so lange möglich seien, als nicht in die Abschlussfreiheit von Arbeitsverträgen eingegriffen werde. Quotenregelungen seien wegen der allgemeinen Bindung der Betriebsvereinbarung an das Sachlichkeitsgebot nur bei Vorliegen sachlicher Gründe erzwingbar, die gem § 2 Abs 3 AÜG dann vorlägen, wenn die Beschäftigungsmöglichkeiten bereits tätiger eigener Arbeitnehmer durch das Ausmaß der Überlassung gefährdet würden. Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Regelung habe – bei Nichteinigung zwischen den Betriebspartnern – die Schlichtungsstelle zu beachten²⁵⁾.

4.8. Nach Schrank²⁶⁾ scheitert die Vereinbarung zwingender Quotenregelungen bereits am Wortlaut von § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG. Die Formulierung „tätig sind“ bringe unzweifelhaft zum Ausdruck, dass die konkrete Beschäftigung selbst gemeint sei, die Quote hingegen regle die Beschäftigung selbst nicht. Nach strRp zu § 97 Abs 1 Z 18 ArbVG sei der BR nur für Personen zuständig und regelungsbefugt, die bereits Arbeitnehmer des Betriebs seien, hingegen nicht für Arbeitnehmer²⁷⁾, die noch überhaupt nicht aufgenommen seien. Für den gegenteiligen Fall hätte der Gesetzgeber eine eindeutige Regelung gefunden. Der Schutz der Stammebelegschaft werde bereits durch § 2 Abs 3 AÜG ausreichend bewirkt, bspw durch das Verbot sogenannter Austauschkündigungen.

4.9. Gerlach²⁸⁾ sieht in Quotenregelungen einen Verstoß gegen das absolut zwingende Betriebsverfassungsrecht, dass die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei der Einstellung auf die Informationsrechte der §§ 89 ff ArbVG beschränke. Die bloße Grundsatzkompetenz des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG habe keine drastische Erweiterung dieser Mitwirkungsrechte bspw durch Abschlussquoten bewirken sollen. Damit scheidet auch eine rein schuldrechtliche Wirkung solcher Regelungen aus. § 2 Abs 3 AÜG schütze ausdrücklich die bereits bestehenden Arbeitsverhältnisse im Beschäftigterbetrieb, es sei jedoch – auch wegen der Verordnungskompetenz des § 15 AÜG²⁹⁾ – nicht vertretbar, arbeitsmarktpolitische Wertungen in die Definition der Stammebelegschaft einfließen zu lassen (etwa eine Mindestanzahl von „echten Arbeitsverhältnissen“ zu normieren). Auch Kontrahierungsgebote seien nicht vom Wortlaut des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG gedeckt und würden darüber hinaus dem Schutz der bestehenden Arbeitsverhältnisse gem § 2 Abs 3 AÜG zuwiderlaufen.

4.10. Marhold³⁰⁾ bestätigt die bereits von Risak³¹⁾ vertretene Auffassung, wonach der Gesetzgeber die Arbeitskräfteüberlassung mit dem AÜG abschließend geregelt habe. Auch bei langfristiger Überlassung bestehe daher – mangels Regelung im AÜG – kein Anspruch auf Übernahme in ein Arbeitsverhältnis

zum Beschäftigter, was auch der OGH in 8 ObA 108/06z im Ergebnis bestätige. Die These des OGH, wonach die Individualrechte der „Stammebelegschaft“ durch die Betriebsvereinbarungskompetenz ausreichend geschützt würden, laufe im Ergebnis zum einen darauf hinaus, dass ein unterschiedliches Schutzniveau innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs des Betriebsverfassungsrechts bestünde. Marhold wendet sich auch ausdrücklich gegen die These des OGH, den Schutz von Individualrechten durch die bloße „Möglichkeit“ des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung zu gewähren.

5. Eigene Auffassung

5.1. Verfassungskonforme Interpretation

Wie Gerlach³²⁾ richtig bemerkt, ist der Tatbestand des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG iSd Legalitätsprinzips des Art 18 B-VG inhaltlich zu determinieren, was angesichts der sehr allgemein gehaltenen Formulierung umso schwieriger erscheint. ME sind dabei der historische Wille des Gesetzgebers, jedoch auch die Grundsätze des betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechts und vor allem Inhalt und Regelungszweck des AÜG zu berücksichtigen.

5.2. Historischer Wille des Gesetzgebers

Unbestritten ist zunächst, dass die EB³³⁾ zu § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG sich für die „Festlegung von Höchstquoten [...] und Höchst- und Mindestfristen für die Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte, Vereinbarung der Zustimmungspflicht bei Überschreiten bestimmter Quoten oder Fristen usw.“ aussprechen. Allerdings können Gesetzesmaterialien für die Interpretation einer Bestimmung nur insoweit von Bedeutung sein, als der objektive Regelungszweck und sonstige systematische und verfassungsrechtliche Erwägungen eine Auslegung iSd Materialien zulassen. Fraglich ist aber mE, ob die Bemerkungen des Gesetzgebers überhaupt mit dem Gesetzestext des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG in Einklang gebracht werden können. Dazu ist insb Folgendes zu bedenken:

5.3. Systematische Erwägungen

Die Überlegungen von Gerlach³⁴⁾ zielen mE in die richtige Richtung, wenn er das absolut zwingende Betriebsverfassungsrecht³⁵⁾ ins Treffen führt. Zu berücksichtigen ist aus meiner Sicht, dass dem Betriebsverfassungsrecht bislang Regelungen fremd sind, die Rechte von der Belegschaft bzw dem Betriebsinhaber verschiedener Personen zu beeinträchtigen geeignet sind, sei es durch normative oder durch schuldrechtliche Regelung³⁶⁾. Gerade dies wäre aber gegeben, würde man die Zulässigkeit bspw von Quotenregelungen in Betriebsvereinbarungen annehmen. Solche Regelungen würden weitgehend in die Vertragsfreiheit insb des Arbeitgebers, des Überlassers und der überlassenen

23) Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG², 329.

24) Schwarz in Sacherer/Schwarz, AÜG², 329 f.

25) In Cerny ua, ArbVG, III³ § 97 Erl 6 zitiert hierfür Leutnerer/Schwarz/Ziniel, AÜG 158 ff, die EB 450 BigNR 17. GP 24 sowie Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 729 und Geppert, AÜG 250.

26) ecoclex 2000, 734 f.

27) Anm: iSd § 36 ArbVG.

28) ZAS 2008, 80 ff.

29) Der BM für Wirtschaft und Arbeit kann bei Vorliegen bestimmter arbeitsmarktpolitischer Voraussetzungen durch Verordnung Höchstquoten für Leiharbeitnehmer erlassen.

30) ASoK 2008, 163 ff.

31) AÜG, Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftigter-Kollektivvertrag, ecoclex 2004, 465.

32) ZAS 2008, 79.

33) ErlRV 450 BigNR 17. GP 24.

34) ZAS 2008, 80.

35) Grundlegend Jabornegg, Absolut zwingendes Betriebsverfassungsrecht, in FS Strasser (1983) 367 ff; zB OGH 21. 4. 2004, 9 ObA 31/04f, DRdA 2005/20 (Löschnigg): Der Gesetzgeber des ArbVG, welches die Belegschaftsbefugnisse derart fein differenziert und je nach Materie besonders abgestuft geregelt hat, wollte eine endgültige, durch autonome Regelung grundsätzlich nicht abänderbare Ordnung schaffen.

36) So insb auch Schrank, ecoclex 2000, 735, der auf die Rsp zu § 97 Abs 1 Z 18 ArbVG verweist.

Arbeitskräfte eingreifen³⁷⁾, wobei vor allem zu berücksichtigen ist, dass solche Regelungen durch den Betriebsrat erzwungen werden könnten! Hätte der Gesetzgeber diesen Systembruch im ArbVG tatsächlich vornehmen wollen, hätte er jedenfalls eine ausdrücklichere Normierung und vermutlich auch weiterführende Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien getroffen. Aus den genannten Gründen ist es daher mE methodisch unzulässig, die Gesetzesmaterialien zur Interpretation des § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG in dieser Frage heranzuziehen.

5.4. Regelungs- bzw. Schutzzweck des AÜG

Zu berücksichtigen ist auch, dass § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG gleichsam als „flankierende Maßnahme“ zu den Regelungen des AÜG eingeführt wurde. Es ist demnach auch zu untersuchen, inwieweit sich die Betriebsvereinbarungskompetenz zur Arbeitskräfteüberlassung in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des AÜG bzw. deren Schutz- und Regelungszweck bringen lässt. In diesem Zusammenhang ist von besonderem Interesse, dass der OGH in der gegenständlichen Entscheidung 8 ObA 108/06z mehrmals auf die „Interessen der Stammebelegschaft“ als Regelungszweck des AÜG rekurriert. Gerlach³⁸⁾ hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der Schutz des § 2 Abs 3 AÜG ausschließlich die bereits bestehenden Arbeitsverhältnisse im Beschäftigterbetrieb umfasst. Dazu muss ergänzend ausgeführt werden, dass der Gesetzgeber weder im AÜG noch an anderer Stelle (auch nicht in den Materialien) darauf rekurriert, dass ein Schutz einer Gruppe von überlassenen Arbeitskräften (nämlich den bereits beschäftigten) vor einer anderen Gruppe (deren Beschäftigung für die Zukunft beabsichtigt wäre) auch nur im geringsten Maße intendiert wäre. Dies spricht im Ergebnis gegen eine Interpretation, wonach als „Stammebelegschaft“ neben den direkt angestellten Arbeitnehmern auch bereits beschäftigte überlassene Arbeitskräfte vor der Aufnahme weiterer überlassener Arbeitskräfte geschützt werden müssten. Das oftmals ins Treffen geführte Argument „Schutz der Stammebelegschaft“ kann somit lediglich die von § 2 Abs 3 AÜG geschützten direkt angestellten Arbeitnehmer betreffen.

Wenn nun aber davon auszugehen ist, dass als Stammebelegschaft nur die „echten“ Arbeitnehmer des Beschäftigers geschützt werden sollen, ergibt sich daraus gleichzeitig, dass die Festlegung von Höchstquoten in einer Betriebsvereinbarung *nur pro futuro* (dh hinsichtlich der Neuaufnahme überlassener Arbeitskräfte) wirken könnte. Eine Einwirkung auf bestehende Beschäftigungsverhältnisse, dh eine verpflichtende Reduzierung des Bestands von überlassenen Arbeitskräften im Sinne der Höchstquotenregelungen würde ja den Schutz für die Stammebelegschaft augenscheinlich nicht erhöhen: Die bislang direkt beim Beschäftiger angestellten Arbeitnehmer, die also vor Inkrafttreten einer Quotenregelung in ein Dienstverhältnis übernommen wurden, sind offensichtlich nicht anlässlich der bereits beschäftigten überlassenen Arbeitskräfte (austausch-)gekündigt worden, sondern befinden sich (nach wie vor) in einem aufrechten Arbeitsverhältnis. Es ist daher nicht argumentierbar, dass die Beendigung bereits bestehender Überlassungsverhältnisse geeignet wäre, das Schutzniveau für die Stammebelegschaft (immer iSd § 2 Abs 3 AÜG) zu erhöhen. Hinzu kommt, dass die Kündigung von Stammarbeitskräften gar nicht möglich ist, solange überlassene Arbeitskräfte beschäftigt werden (§ 2 Abs 3

AÜG), deren Tätigkeit die Stammarbeitskräfte übernehmen können.

Zusätzlich muss unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten berücksichtigt werden, dass im Falle gegenteiliger Argumentation ein Eingriff in bereits bestehende Rechtsverhältnisse (zwischen Überlassener und Beschäftigter sowie auch der überlassenen Arbeitskraft) durch eine von einer Behörde (der Schlichtungsstelle) erlassene Betriebsvereinbarung erfolgen würde. Ein derartiger Eingriff bedürfte einer starken sachlichen Rechtfertigung, um nicht die verfassungsmäßig geschützte Erwerbsfreiheit rechtswidrig zu beeinträchtigen. Eine derart gewichtige Rechtfertigung ergibt sich jedoch mE weder aus dem ArbVG noch aus dem AÜG, eben auch nicht aus dem „Schutz der Stammebelegschaft“, der ja bereits durch andere gesetzgeberische Maßnahmen sichergestellt ist.

Könnten Höchstquoten also lediglich für die Zukunft wirksam werden, wäre im Ergebnis die Beschäftigung der bereits tätigen überlassenen Arbeitskräfte ebenso geschützt wie die Arbeitsverhältnisse der „echten“ Arbeitnehmer. Dies scheint auf den ersten Blick § 2 AÜG zu entsprechen, da dieser beide Gruppen schützen möchte. Allerdings normiert § 2 AÜG keinen *umfassenden* Schutz beider Gruppen. In § 2 Abs 3 AÜG ist vielmehr hinsichtlich der „echten“ Arbeitnehmer lediglich vorgesehen, dass diese vor Beeinträchtigungen durch Arbeitskräfteüberlassung allgemein geschützt werden sollen. Quotenregelungen pro futuro sind jedoch nicht geeignet, § 2 Abs 3 AÜG zu verwirklichen: Für die „echten“ Arbeitnehmer ist eine Beeinträchtigung ihrer Arbeitsbedingungen nicht abhängig von der Zahl der beschäftigten überlassenen Arbeitskräfte. Sie haben gegebenenfalls einen (uU auch durch Betriebsvereinbarung durchsetzbaren) Anspruch darauf, wegen einer Überlassung nicht verschlechtert versetzt, gekündigt oder in ihren sonstigen Ansprüchen beschränkt zu werden. Es ist aber wiederum nicht sachlich argumentierbar, warum sich das Schutzniveau für die „Stammebelegschaft“ ändern sollte, wenn nur eine gewisse Anzahl von überlassenen Arbeitskräften beschäftigt werden darf. Gleiches gilt im Ergebnis für die überlassenen Arbeitskräfte, die *im Hinblick auf die konkrete Überlassung* in ihren arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen geschützt werden sollen. Eine Quotenregelung wäre jedoch nicht geeignet, den Arbeitnehmerschutz verbessern. Der Bestand der Überlassung an sich ist nach § 2 Abs 1 Z 1 AÜG ebenfalls nicht geschützt. Auch aus diesen Erwägungen kann das Argument „Schutz der Stammebelegschaft“ eine Quotenregelung in einer Betriebsvereinbarung dogmatisch nicht stützen.

5.5. „Atypische“ Arbeitskräfteüberlassung

Ein Ansatzpunkt für die Zulässigkeit von Quoten- und insb Befristungsregelungen könnte darin liegen, dass eine dauerhafte Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften grundsätzlich nicht zulässig wäre. Nur dann könnten solche Regelungen in einer Betriebsvereinbarung den telos des AÜG unterstützen, da durch Quoten bzw Befristungen die dauerhafte bzw langfristige Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften hintangehalten werden könnte. Einem „Verbot“ der dauerhaften Überlassung steht allerdings § 15 Abs 1 Z 2 AÜG entgegen. Es wurde jedoch in der Literatur³⁹⁾ bereits überzeugend dargestellt, dass lang dauernde Überlassung nicht „atypisch“, sondern vom AÜG abschließend geregelt ist. ME ergibt sich dies auch eindeutig

37) Gerlach, ZAS 2008, 81.

38) ZAS 2008, 81.

39) Risak, *ecolex* 2004, 465; Marhold, *ASoK* 2008, 162 ff.

aus der zitierten E des OGH zu 8 ObA 108/06z. Dieser ist von seiner früheren Ansicht, wonach das AÜG die lang dauernde Überlassung nicht abschließend regle⁴⁰⁾ abgewichen⁴¹⁾ und sieht die Begrenzung der Überlassung nur in der Kompetenz der Betriebsvereinbarungsparteien, was jedoch – wie gezeigt – ebenfalls im Ergebnis abzulehnen ist⁴²⁾.

5.6. Zur Abschlussverpflichtung von Arbeitsverträgen durch den Beschäftiger

Gerade weil eine dauerhafte Überlassung vom Gesetz selbst als zulässig anerkannt wird, sind auch Regelungen in Betriebsvereinbarungen, wonach ein *Kontrahierungszwang* des Arbeitgebers bei langfristiger Überlassung bestehen soll, *jegliche Grundlage entzogen*. Dieser diene auch weder dem Schutz der bestehenden Arbeitsverhältnisse⁴³⁾ (§ 2 Abs 3 AÜG) noch der überlassenen Arbeitskräfte gem § 2 Abs 1 Z 1, somit keinem im AÜG normierten Schutzzweck. Soweit § 2 Abs 1 Z 1 AÜG auf die arbeitsvertraglichen Belange rekurriert, können hierdurch nur die vertraglichen Beziehungen zum Überlasser angesprochen sein. Im Übrigen sehen die Verträge zwischen Überlasser und Beschäftiger in der Regel vor, dass der Beschäftiger kein Arbeitsverhältnis mit überlassenen Arbeitskräften begründen darf, widrigenfalls er schadenersatzpflichtig würde. Ein solcher Eingriff in die Rechtsverhältnisse zwischen Überlasser und Beschäftiger durch eine Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG

40) OGH 3. 12. 2003, 9 ObA 113/03p, ecolex 2004, 465 (Risak) = DRdA 2004/47 (Ballal).

41) Arg: „lässt sich somit ableiten, dass der Gesetzgeber nicht von einer Rechtswidrigkeit der Arbeitskräfteüberlassung ausgeht, sondern lediglich ein Instrumentarium zur Verfügung stellt, um den Schutz der Stammebelegschaft und den Schutz der überlassenen Arbeitskraft zu gewährleisten“. In diese Richtung auch Marhold, ASoK 2008, 165.

42) Vgl auch Marhold, ASoK 2008, 165 f.

43) Diese werden vielmehr durch die Aufnahme der überlassenen Arbeitskräfte in ein Arbeitsverhältnis zum Beschäftiger uU sogar gefährdet, vgl Gerlach, ZAS 2008, 82.

kann schon aus den im Zusammenhang mit Quotenregelungen genannten verfassungsrechtlichen Bedenken (insb Erwerbsfreiheit) nicht zulässig sein.

Im Übrigen stellen Quotenregelungen im Ergebnis einen Kontrahierungszwang quasi „durch die Hintertüre“ dar. Denn wenn eine Quote die Aufnahme weiterer überlassener Arbeitskräfte verbieten würde, bedeutete dies im Ergebnis, dass der Beschäftiger gezwungen wäre, eigentlich durch überlassene Arbeitskräfte zu besetzende Posten durch die Neuaufnahme von Arbeitnehmern (wenn auch nicht den konkret vorher beschäftigten Arbeitskräften) zu besetzen.

6. Ergebnisse

Entgegen dem OGH und der von ihm als herrschend angesehenen Ansicht sind Höchstquoten und -befristungen für die Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften sowie Verpflichtungen zum Abschluss von Arbeitsverträgen mit langfristig überlassenen Arbeitskräften in einer Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG weder wirksam regel- noch erzwingbar. Weder das ArbVG noch das AÜG rechtfertigen bzw fordern die durch solche Regelungen bewirkten massiven Eingriffe in die Privatautonomie der beteiligten Personen bzw Unternehmen.



Die Autorin:

Dr. Katharina Körber-Risak ist als Konzipientin bei CMS Reich-Rohrwig Hainz im Gebiet des Arbeits-, Handelsvertreter- und Sozialrechts tätig. Zuvor war sie Assistentin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht bei Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal; Lehraufträge an Fachhochschulen, laufende Publikations- und Vortragstätigkeit im Arbeitsrecht.

■ RdW 2008/557, 596

Negative Auskünfte im Arbeitsrecht

In der Entscheidung vom 7. 2. 2008, 9 ObA 104/07w, hatte sich der OGH das erste Mal mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit ein Arbeitgeber für nachteilige Auskünfte über einen früheren Arbeitnehmer haftet, wenn die Auskunft von einem seiner derzeitigen Arbeitnehmer erteilt wurde. In dieser Entscheidung werden zwar die Grundsätze für eine derartige Haftung skizziert, etliche Fragen bleiben jedoch offen. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit dem betreffenden Erkenntnis und versucht dabei auch, Antworten für bislang ungeklärte Problemstellungen zu finden.

Mag. Andreas Gerhartl
AMS Niederösterreich

1. Sachverhalt

Das Dienstverhältnis der bei der Beklagten (= dem Arbeitgeber) vom 5. 7. 2004 bis 15. 11. 2005 als Verkäuferin in der Filiale Vöcklabruck beschäftigten Klägerin endete durch Dienstgeberkündigung. Sie bewarb sich danach bei verschiedenen Dienstgebern im Einzelhandel, ohne allerdings eine Anstellung zu finden. Warum sie von den Dienstgebern nicht eingestellt wurde, konnte nicht festgestellt werden. Eine der Bewerbungen

erfolgte bei einer anderen Handelsgesellschaft in Vöcklabruck, bei der die Klägerin erzählte, dass sie bei der Beklagten gearbeitet habe und daraufhin gefragt wurde, ob sie die Dame mit den mangelnden Englischkenntnissen sei, weil das die Filialleiterin der Beklagten mitgeteilt habe.

In weiterer Folge beauftragte die Klägerin ein Detektivbüro, dessen Mitarbeiter am 6. 2. 2006 in der Filiale Vöcklabruck der Beklagten anrief und sich als Filialleiter eines Baumarkts ausgab. Er erkundigte sich über die Klägerin, wobei er angab, dass sich