DER BRENNENDE RECHTSFALL DES MONATS

RAA Mag. Christopher Badalec/RAA Mag. Markus Löscher

Payroll-Leasing – Wer ist nun der Arbeitgeber?

» PVP 2018/79

Eine **Dienstnehmerin** schließt ein als **„Auftrag“** tituliertes Vertragsverhältnis mit einem **Unternehmen A** ab, um anschließend bei einem anderen **Unternehmen B beschäftigt** zu werden.
Der **Vertragspartner** der Dienstnehmerin übernimmt **nur** die **Entgeltabrechnung**. Alle **übrigen Rechte und Pflichten** werden von jenem **Unternehmen B** ausgeübt, für das sie tätig wird. Dieses wird aufgrund finanzieller Schwierigkeiten liquidiert, weshalb das entgeltauszahlende Unternehmen A den Vertrag kündigt.
Die **Dienstnehmerin klagt** daraufhin diverse **Beendigungsansprüche** (Kündigungsentschädigung, Urlaubsersatzleistung etc) beim **Unternehmen A** (= Vertragspartner und entgeltauszahlendes Unternehmen) ein und ...
.... der **OGH** gibt der Klage **statt**.
Der **interessante Aspekt** daran: Beklagte Partei war das **Unternehmen A**, das **nur** für die **Abrechnung** und **Auszahlung** des **Entgeltes zuständig** war und keine weiteren Dienstgeberfunktionen ausgeübt hat.
Fragen, die hierbei zu beantworten sind:

- **Ab wann** ist man denn nun **Dienstgeber**?
- Welche Aspekte zieht der OGH bei seiner Prüfung heran und wie beurteilt er den **Schutzzweck** des **Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes** (AÜG)?
- Bei welchem **Fehlverhalten** des **Beschäftigers** gegenüber den Leiharbeitern kann der Beschäftiger womöglich nach dem **Verwaltungsstrafrecht** belangt werden?

In diesem Artikel geben wir **Antworten** auf diese – und noch mehr – Fragen und informieren Sie

a) über die **Hintergründe** und **Leitsätze** dieser **OGH-Entscheidung** und
b) geben Ihnen Hinweise und Tipps zur **Abgrenzung** von **Arbeitskräfteüberlassung** und bloßer **Arbeitsvermittlung** bzw worauf bei Mitarbeiterüberlassungen zu achten ist.

Verwendete Abkürzungen in diesem Beitrag:
AKÜ ... Arbeitskräfteüberlassung//**AN** ... Auftragnehmerin//**AMFG** ... Arbeitsmarktförderungsgesetz//**AÜG** ... Arbeitskräfteüberlassungsgesetz//**DG** ... Dienstgeber//**DN** ... Dienstnehmer//**ds** ... das sind//**DV** ... Dienstvertrag bzw Dienstverhältnis//**GKK** ... Gebietskrankenkasse//**idR** ... in der Regel//**iHv** ... in Höhe von//**iSd** ... im Sinne des//**KV** ... Kollektivvertrag//**SV** ... Sozialversicherung//**VwGH** ... Verwaltungsgerichtshof

A) Der vom OGH zu beurteilende Sachverhalt

Die Auftragnehmerin (= Klägerin; im Folgenden: AN) schloss mit dem beklagten **Unternehmen A** (im Folgenden: **Überlasser**) einen Vertrag ab, der als „Auftrag" bezeichnet wurde. Sie verpflichtete sich, vertraglich festgelegte **Aufgaben bei einem Projekt** zu übernehmen. Das Vertragsverhältnis wurde **unbefristet** abgeschlossen, **beidseitig kündbar** binnen einer **Frist** von **30 Tagen**.
Der Überlasser schloss mit dem **Unternehmen B** (im Folgenden: **Beschäftiger**) einen **Vertrag** ab und verpflichtete sich darin, dem Beschäftiger **Personal** und **Sachleistungen** gegen Aufwandersatz zur **Verfügung** zu stellen.
Hintergrund dieser Konstruktion – so stellte es das Gericht zumindest fest – war, dass der Beschäftiger nicht unmittelbarer Vertragspartner der eingesetzten Mitarbeiter sein wollte.
Diese **„Dreiecksbeziehung"** zeichnete sich durch die folgenden **Merkmale** aus:

1. Vertrag zwischen Auftragnehmerin und Überlasser

Die **AN** konnte aus dem **Vertrag** mit dem **Überlasser** erkennen, dass sie ihre **Aufgaben** bei einem bestimmten Dritten (konkret: beim **Beschäftiger**) zu erfüllen hatte, zu dem sie in keinem schriftlichen Vertragsverhältnis stand.
Die AN wurde **ausschließlich** beim **Beschäftiger** eingesetzt und bei keinem anderen Vertragspartner des Überlassers. Die Bezahlung erfolgte auf Basis eines **fixen Stundensatzes**.
Die AN hatte ihren **Dienstort** und einen fixen Arbeitsplatz beim Beschäftiger. Sie war dort von Montag bis Freitag von etwa 9:00 Uhr bis etwa 18:00 Uhr tätig und musste täglich an einem Meeting teilnehmen, in dem die **Arbeitsaufgaben zugeteilt** wurden. Art und Umfang der zugewiesenen Tätigkeiten führten dazu, dass die AN jeweils im Ausmaß eines Arbeitstages von ca 8 Stunden beschäftigt war. Das Ergebnis der Arbeit der AN kam ausschließlich dem Beschäftiger zugute.
Dh: Der **Beschäftiger gab** Dienstort, Dienstzeit, Urlaubskonsumation, Besprechungen über die Aufgabenzuteilungen etc **vor**.
Die **Verrechnung** der Honorare der diversen Auftragnehmer, so auch jene **der** AN, erfolgte durch den Überlasser **im eigenen Namen**. Er **überprüfte** die verrechneten Stunden durch Rücksprache mit dem Beschäftiger und **verrechnete** dann die an die Auftragnehmer **bezahlten Honorare** an den **Beschäftiger weiter**. Die **Berührungspunkte** zwischen **Überlasser** und **AN** beschränkten sich somit ausschließlich auf die **Honorarabrechnung**. Ansonsten hatte der Überlasser zu „seinen" Auftragnehmern keinen Kontakt.

2. Vertrag zwischen Beschäftiger und Überlasser

Den **Vertragsinhalt** zwischen Auftragnehmer und Überlasser, den der Überlasser dem Beschäftiger zuführte, sowie die Höhe der darin vereinbarten **Stundensätze** legte der **Beschäftiger** (= **Vorgabe** an den Überlasser) fest.

Der **Beschäftiger entschied** auch, welchen Inhalt die **Personalsuchinserate** haben, welche **Suchplattformen** für Stellenbewerber vom Überlasser ausgewählt werden sollen, welche Bewerber eingestellt und welche Vertragsverhältnisse wieder beendet werden sollen.

3. Projektende nach ca 2 Jahren

Das **Projekt**, für das die AN tätig war, wurde nach rund **2 Jahren aufgelöst** und abgewickelt. Der **Überlasser kündigte** daraufhin den mit der AN bestehenden Vertrag entsprechend den vertraglich vereinbarten Fristen.
Die AN machte mittels Leistungsklage bestimmte **Beendigungsansprüche** (Urlaubsersatzleistung, Kündigungsentschädigung udgl) gegen den **Überlasser** geltend. Sie **begründete** ihre Klage im Wesentlichen damit, dass das Vertragsverhältnis als **echtes unselbstständiges DV** zu qualifizieren sei.
Dass ein **echtes Dienstverhältnis** vorliegt, war aus Sicht der Gerichte unstrittig, doch wer war der **Dienstgeber**?

B) Das Urteil des OGH vom 29. 5. 2018, 8 ObA 51/17h (ARD 6621/5/2018) und seine Entscheidungsgründe

Diese Entscheidung ist auch deshalb so interessant ist, weil beide **Vorinstanzen** mit gewichtigen Argumenten die **Ansprüche** der AN **abgewiesen** haben. Sie begründeten dies im Wesentlichen damit, dass beim **Überlasser** als **einzige DG-Aufgabe** die bloße **Personalverrechnung** verblieb. Dies ist **zu wenig** und daher ist der **Beschäftiger** der **DG**.
Der **OGH** erachtete diese Rechtsansicht als „korrekturbedürftig".

1. Arbeitskräfteüberlassung oder Arbeitsvermittlung?

a) Arbeitskräfteüberlassung (AKÜ)

„Arbeitskräfteüberlassung" (§ 3 AÜG) liegt vor, wenn Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte zur Verfügung gestellt werden. Dies erfolgt über den sogenannten ...
Überlasser: Er ist der **„unmittelbare" DG** der überlassenen Arbeitskräfte und **schuldet** auch das **Arbeitsentgelt**. Er beschäftigt die DN mit der dienstvertraglichen Besonderheit, dass sie ihre Arbeitsleistung nicht für ihren Vertragspartner (= Überlasser), sondern für Dritte erbringen. Diesen Dritten bezeichnet man als ...
Beschäftiger: Bei ihm wird die Arbeitsleistung erbracht und er trägt auch **nur einzelne DG-Pflichten**, etwa Schutz- und Sorgfaltspflichten. Dafür bezahlt er ein **Überlassungsentgelt** an den Überlasser.
Da eine solche Konstruktion **Missbrauchspotenzial** in sich birgt, sieht das AÜG zahlreiche Schutzbestimmungen für die Leiharbeiter vor.
Hierbei ist § 4 AÜG von zentraler Bedeutung: Es ist **nicht** die von den Vertragsparteien **gewählte Bezeichnung** oder die äußere Erscheinungsform dafür **maßgeblich**, ob AKÜ vorliegt oder nicht, sondern der **wahre wirtschaftliche Gehalt**.

b) Arbeitsvermittlung

„Arbeitsvermittlung" liegt wiederum dann vor, wenn das DV gerade nicht mit dem Vermittler, sondern mit einem Dritten zustande kommen soll.
§ 2 Abs 4 AMFG (Arbeitsmarktförderungsgesetz) regelt, dass auch dann **Arbeitsvermittlung** vorliegt, wenn bei der AKÜ der **Überlasser nicht die DG-Pflichten** trägt.
Diese Bestimmung ist eine bloße **verwaltungsrechtliche Bestimmung**, die für das Gewerberecht die AKÜ von der Arbeitsvermittlung abgrenzt.

c) *Charakteristika im Streitfall*

Im vorliegenden Fall beschränkte sich die Position des **Überlassers** bloß auf eine **Verrechnungsstelle**, der **Beschäftiger** übernahm im Wesentlichen alle **DG-Funktionen**.
In solchen Fällen stellt sich daher die **Frage**, ob

- der dienstvertragliche ***„Dienstgeber auf dem Papier“*** noch **tatsächlich DG** ist oder ob
- vielmehr in Wirklichkeit ein **DV** direkt zum **Beschäftiger** vorliegt?

2. Die Judikaturlinie des OGH zur Dienstgeberfunktion bei Arbeitskräfteüberlassung

a) Die zentrale Aussage des OGH ist, dass allein das **rechtliche Verhältnis** zwischen dem **Überlasser** und dem **DN maßgeblich** dafür ist, ob der **Überlasser** die **DG-Funktion** trägt.
Er verweist in der Urteilsbegründung auf seine ständige Rechtsprechung (vgl OGH 27. 1. 1987, 14 Ob 180/86; OGH 27. 1. 1987, 14 Ob 224/86, ARD 3869/13/87; OGH 7. 10. 1998, 9 ObA 233/98z, ARD 4983/6/98).

b) Der OGH betrachtet die **Entgeltzahlung** als **zentrale Vertragspflicht** des DG im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis Entgelt gegen Arbeitsleistung.
Wenn sich der **Überlasser im eigenen Namen** gegenüber dem DN zur **Entgeltzahlung verpflichtet**, dann übernimmt er auch die Pflichten und Risiken des **DG**, und es liegt daher **keine Arbeitsvermittlung** iSd § 4 AMFG vor.

c) Es spielt auch **keine Rolle**, wie der Überlasser seine **Personalkosten** an seine **Kunden weiterverrechnet**. Diese Weiterverrechnung des Aufwandes hat mit der Frage, wer gegenüber dem DN als DG anzusehen ist, nichts zu tun.

d) Darüber hinaus ist es dem DN auch nicht möglich, in diese Vertragsbeziehung zwischen Überlasser und Beschäftiger einzusehen. Nur so bleibt die Effektivität des AÜG als Schutzgesetz gewahrt.

3. OGH: Payrolling ist eine zulässige Form der Arbeitskräfteüberlassung

Der Überlasser hat als Beklagter im Verfahren versucht, seine DG-Funktion zu bestreiten. Es ging dem **OGH** daher bei seinem Urteil auch darum, dem **DN gewisse Sicherheiten** zu verschaffen. Sein Vertragspartner soll Schuldner allfälliger Entgeltansprüche aus dem DV bleiben und seine Zahlungsverpflichtungen nicht mit dem Verweis auf den Einsatzort ablehnen können.
Zwar mag es in der Praxis durchaus vorkommen, dass durch das sogenannte „Payrolling“ die DN-Position beeinträchtigt wird. Der **OGH** hat jedoch eines **zweifelsfrei klargestellt**: **DG bleibt** derjenige, der als **Vertragspartner** im DV die entsprechende Pflicht übernommen hat.
Es ist damit auch „Payrolling“ eine zulässige Form der AKÜ.

C) Praxistipps und -hinweise

Laut AMS Statistik **2017** betrug der **Jahresdurchschnitt** an Leiharbeitern in Österreich 76.593 DN. Fast ¾ dieser Überlassungen erfolgten in Unternehmen der Sparten Gewerbe, Handwerk und Industrie. Der Umstand, dass es österreichweit über **1.800 aktive Gewerbeinhaber „Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung“** gibt, ist ein guter Grund dafür, sich näher mit diesem Modell zu beschäftigen.
Der OGH hat jedenfalls klargestellt, dass eine AKÜ nicht so vage ausgestaltet werden kann, dass sich der **Überlasser** seiner Hauptpflicht (Entgelt) gegenüber dem DN entledigen kann und zum reinen **„Vermittler“ wird**.
Auch wenn sich – wie bereits dargestellt – die AKÜ zum Großteil auf einige wenige Branchen konzentriert, lohnt es sich für Personalisten, sich mit diesem OGH-Urteil näher zu befassen. Da bei Konjunk-

turschwankungen eine AKÜ manchmal das erste Mittel ist, um auf diese zu reagieren, informieren wir Sie in diesem Punkt C) über die wichtigsten **Erkenntnisse** aus dem OGH-Urteil für die **Alltagspraxis**.

1. Wer ist der Dienstgeber? – Antworten auf Praxisfälle

Der OGH hat mit seiner Entscheidung – erfreulicherweise – Rechtssicherheit geschaffen. In der **Vergangenheit** bestanden in manchen Produktionsbetrieben **Beschäftigungskonstrukte**, bei denen sich kein Beteiligter sicher war, wie viel DG-Eigenschaft denn wo verbleibt und **wer** denn ***„Dienstgeber“*** ist.
Die **DG-Funktionen** des **Überlassers** können ganz **unterschiedlich intensiv** ausgestaltet sein.

Beispiel ❶
Aufgrund eines Großauftrages kommt es in einem **Produktionsbetrieb** zu **Arbeitsspitzen**, die von der Stammbelegschaft nicht bewältigt werden können. Man entscheidet sich zum Einsatz von **Leiharbeitnehmern**, die für **6 Wochen** eingesetzt werden. Urlaub wird in dieser Zeit naturgemäß nicht konsumiert, Krankenstände sind von den DN beim Überlasser zu melden.
→ **DG ist der Überlasser**

Beispiel ❷
Bei einem Gebäudereiniger wird aufgrund eines strengen Winters **kurzfristig** für **Schneeräumarbeiten** Personal über einen **Arbeitskräfteüberlasser** aufgenommen. Der Einsatz soll bis zum Frühlingsbeginn dauern, solange Schneeräumungen notwendig sind. Die DN werden vom Beschäftiger aufgrund eines Dienst- und Einsatzplanes eingesetzt.
→ **DG ist der Überlasser**

Beispiel ❸
Zur **Integration** von **DN** in den **Arbeitsmarkt** bietet der Überlasser einen DN als Bürokraft im Unternehmen des Beschäftigers an **(„Try & Hire“-Modell)**. Es wird eine Überlassung für 6 Monate vereinbart, wobei das **Entgelt** vom **Überlasser** bezahlt wird.
Nach 6 Monaten entscheidet sich der **Beschäftiger** zur **Vertragsübernahme**. Das DV zwischen DN und Überlasser wird beendet.
→ **DG ist der Überlasser** für die **ersten 6 Monate**
→ **DG ist der Beschäftiger nach Vertragsübernahme**

Beispiel ❹
Eine DN ist Expertin für Arzneimittelsicherheit und schließt einen „Einsatzvertrag“ mit dem Überlasser. Es wird ein fixes Entgelt vereinbart. Als **Einsatzort** wird ein großes **Pharmaunternehmen** vereinbart. **Urlaub** sowie **Krankenstände** sind beim **Beschäftiger** zu melden.
Der **Überlasser** steht – mit Ausnahme der Gehaltsabrechnungen – in **keinem Kontakt** zur **DN**.
→ **DG ist der Überlasser** *(Merkmal: vertragliche Übernahme der Hauptleistungspflicht, der Bezahlung des Entgelts)*

Beispiel ❺
Eine **DN** ist Expertin im Bereich Marketing und Kommunikation. Sie ist in der Kartei eines sogenannten **„Headhunters“**, der sie an ein Handelsunternehmen vermittelt. Für die Vermittlung erhält er vom Handelsunternehmen eine **Provision**. Zwischen **„Headhunter“** und **DN** wird **kein Vertrag** geschlossen.
→ **DG ist der Beschäftiger** (*der „Headhunter“ ist in dieser Konstellation tatsächlich nur Vermittler und schließt auch keinen Vertrag mit der DN*)

Diese **5 Beispiele** lassen gut **erkennen**, wie unterschiedlich die vertragliche Ausgestaltung sein kann und wie **unterschiedlich** auch das eigentliche **Ziel** der **Überlassung** sein kann.
Als **Beschäftiger** könnte man annehmen, dass man **durch** die **AKÜ** recht einfach von **lästigen Pflichten** (Arbeitnehmerschutz im weiteren Sinne, technischer Arbeitnehmerschutz, ASchG, AZG etc) **befreit** ist. So einfach ist es jedoch nicht:

2. Pflichten und Risiken des Beschäftigers bei Arbeitskräfteüberlassung

a) Arbeitnehmerschutz: Beschäftiger = Dienstgeber

Der Gesetzgeber hat für den **Arbeitnehmerschutz** in **§ 6 AÜG** vorgesorgt: „*Für die Dauer der Beschäftigung im Betrieb des Beschäftigers gilt der Beschäftiger als Arbeitgeber im Sinne der Arbeitnehmerschutzvorschriften*."

b) Beschäftiger hat Dienstgeber-Fürsorgepflichten

Den Beschäftiger treffen auch die Fürsorgepflichten, die dem klassischen DG zukommen (zB beim technischen Arbeitnehmerschutz [ASchG, AZG udgl]).

c) Verletzt Beschäftiger obige Pflichten a) bzw b) → Überlasser muss AKÜ beenden

Um den Überlasser aber dennoch nicht gänzlich von seinen Pflichten zu befreien, wird er vom Gesetz in die Pflicht genommen, die **Überlassung unverzüglich** zu **beenden**, sobald er weiß (oder wissen muss), dass der **Beschäftiger** die **Arbeitnehmerschutz**- und/oder **Fürsorgepflichten nicht einhält**.
Kommt es etwa zu **Verletzungen** der **Ruhezeiten** und erfährt der Überlasser aufgrund der übermittelten Zeitaufzeichnungen davon, so hat er die **Überlassung unverzüglich zu beenden**. Dadurch wird im Bereich des Arbeitnehmerschutzes eine mögliche Schutzlücke verhindert (vgl dazu *Schindler* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm[3] § 6 AÜG Rz 1).
Ist die **Rechtsverletzung** des Beschäftigers **strafbar**, so hat der Überlasser **auch gegen** den ausdrücklichen **Willen des DN** die Überlassung zu **beenden**. Von den jeweiligen **Verwaltungsstrafbestimmungen** kann **abhängig** sein, ob sich der **Beschäftiger**, der **Überlasser** oder gar **beide strafbar** machen, wenn Arbeitnehmerschutzvorschriften verletzt werden. Nach der Rechtsprechung des **VwGH** besteht jedenfalls dann eine **Strafbarkeit beider**, wenn

- der **Beschäftiger** die **rechtswidrige Weisung** erteilt und
- der **Überlasser kein geeignetes Kontrollsystem** eingerichtet hat.

Hinweis

Der **VwGH** hat in seiner Entscheidung vom 21. 1. 2004, 2001/09/0222 zu den **Kontrollpflichten** des **Beschäftigers** etwa klargestellt, dass ein **Kontrollsystem** dann als **„geeignet"** anzusehen ist, wenn bei täglichen Identitätsüberprüfungen aller auf der Baustelle eingesetzten Arbeiter durch den Beschäftiger gewährleistet ist, dass jeder Arbeiter eine Beschäftigungsbewilligung und alle sonstigen zum Einsatz erforderlichen Papiere besitzt. Dies gilt auch für neue oder später hinzukommende Arbeiter.
Der **Beschäftiger** darf somit **nicht** ohne weitere Kontrolle auf die **Zusage** des **Überlassers vertrauen**, dass die eingesetzten DN die erforderlichen Befugnisse zur Arbeitsaufnahme haben. Vertraut er dennoch, macht er sich bei Verletzungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes gemeinsam mit dem Überlasser strafbar.

Praxistipp: Vermittlung oder AKÜ?

Die Abgrenzung, ob bloße Vermittlung oder AKÜ vorliegt, ist vor allem bei längeren Einsätzen von Leihpersonal schwierig.

Die **Antwort** auf die folgende **Frage** erleichtert die **Abgrenzung**:

***Wann endet** das **Vertragsverhältnis** zwischen dem Dienstnehmer und dem überlassenen Unternehmen?*

- **Antwort 1:**

Nach der **Vermittlung** wird ein direkter **Vertrag** zwischen dem DN und Beschäftiger abgeschlossen → **Arbeitsvermittlung**

- **Antwort 2:**

Nach der Vermittlung bleibt der **DN** in einem **Vertragsverhältnis** zum **Überlasser** und bezieht von ihm das Entgelt → **Arbeitskräfteüberlassung**

Schlussbemerkung

Viele **Personalisten** hätten wohl eher das Ergebnis der Vorinstanzen unterstützt und den **Überlasser**, der lediglich als Auszahlungsstelle diente, von seiner **DG-Funktion „befreit“**.

Dennoch ist die **OGH-Entscheidung** aus **praktischen Überlegungen** wohl **richtig**: Der **DN** soll **nicht Bittsteller** seiner Ansprüche werden und das wirtschaftliche Risiko des Beschäftigers mittragen. Dies deckt sich auch mit der Intention des Gesetzgebers, dem AÜG die volle Effektivität zukommen zu lassen.

Foto Uwe Strasser

Der Autor:

Mag. **Christopher Badalec** ist Rechtsanwaltsanwärter in der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei GERLACH Rechtsanwälte.

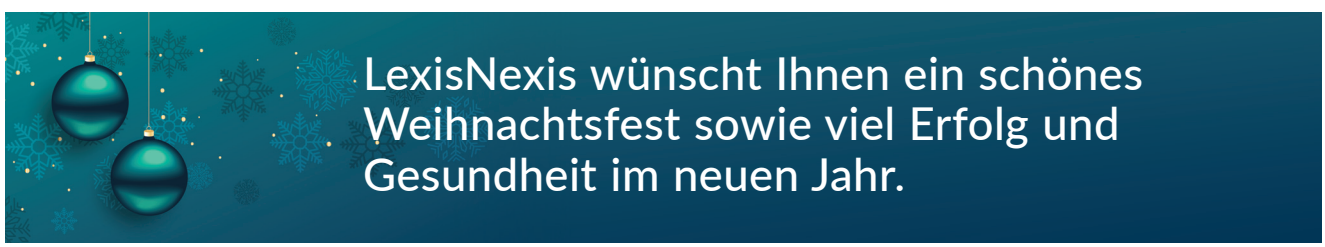
christopher.badalec@arbeitsrecht.at

lesen.lexisnexis.at/autor/Badalec/Christopher

Foto Bruckner & Pruckner OG

Der Autor:

Mag. **Markus Löscher** ist Rechtsanwaltsanwärter in der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei GERLACH Rechtsanwälte.

markus.loescher@arbeitsrecht.at

lesen.lexisnexis.at/autor/Löscher/Markus