

dass dies dem Sinn und Zweck von § 2 d AVRAG widerspreche. Der OGH bestätigte die klagsabweisenden Erk der Vorinstanzen.

Entscheidungsgründe:

Die Bekl hat ihre Ausbildung ohne Bezug zu dem erst wesentlich später eingegangenen Arbeitsverhältnis absolviert. Auch die von ihr übernommene Ersatzpflicht stand nicht iZm dem späteren Arbeitsverhältnis. Die Gewährung eines Darlehens zur Unterstützung der Bekl bei Zahlung des wirksam vereinbarten Ausbildungskostenrückersatzes stellt keine Übernahme der Ausbildungskosten durch den neuen AG oder durch ihm allenfalls nahestehende Rechtssubjekte dar. Damit liegen aber schon keine „tatsächlich aufgewendeten Kosten für eine erfolgreich absolvierte Ausbildung“ iSd § 2 d AVRAG vor. (...)

Die Vereinbarung widerspricht entgegen der Rev nicht dem zuvor dargestellten Zweck des § 2 d AVRAG. Die im Vorfeld einer Ausbildung zu klärende Frage einer Kostenübernahme durch den AN ist einem späteren AG rein faktisch nicht möglich. Auch die Entscheidungssituation des AN ist eine andere. Es liegt keine vergleichbare Interessenlage zu AN vor, die mit der Frage der Übernahme von Ausbildungskosten iZm einer beruflichen Weiterbildung während aufrechtem oder in Hinblick auf ein in Aussicht genommenes Arbeitsverhältnis konfrontiert sind. (...)

Ob die in der getroffenen Vereinbarung enthaltene indirekte Beschränkung des Kündigungsrechts der Bekl nach § 879 ABGB

allenfalls (teil-)nichtig ist, muss nicht geprüft werden, da die Rev auf diese Anspruchsgrundlage nicht zurückkommt. Im Übrigen hat das ErstG unbekämpft bereits eine Aliquotierung der Forderung entsprechend der Dauer des Dienstverhältnisses vorgenommen.

Anmerkung:

Die E unterscheidet in zivilrechtlich zutreffender Weise zwischen der Rückzahlungspflicht auf Basis einer Vereinbarung gem § 2 d AVRAG und einer eigenständigen Verpflichtung zur Rückzahlung eines Darlehens, das vom neuen AG gewährt wird, um die Erfüllung der Rückzahlungsverpflichtung aus der ursprünglichen Klausel zu ermöglichen. Aus dem kurzen Hinweis darauf, dass das ErstG eine Aliquotierung der Forderung entsprechend der Dauer des Dienstverhältnisses vorgenommen hat, ergibt sich, dass der OGH die Dauer der erwiesenen Betriebstreu als ausreichenden Sachgrund für die Aliquotierung auch der Darlehensforderung qualifiziert. Ob die Aliquotierung notwendig ist, um die Rechtskonformität der Klausel zu wahren, bleibt offen.

Univ.-Prof. Dr. **Wolfgang Mazal** ist am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien tätig und Leiter des österreichischen Instituts für Familienforschung an der Universität Wien.

Betriebsübergang bei Payrolling/Arbeitskräfteüberlassung

ecolex 2023/38

§§ 3ff AVRAG

OGH 30. 8. 2022, 8 ObA 82/21y

Betriebsübergang; Payrolling; Arbeitskräfteüberlassung

1. Das Fehlen eines Übergangs materieller Betriebsmittel und Personalverwaltungsressourcen, die in jedem anderen Personalverleihunternehmen bereits vorhanden und für die Erbringung der charakteristischen Leistung ohne entscheidende Bedeutung sind, ändert per se nichts an einem Betriebsübergang.

2. Die organisatorische Einheit ist in der in ihrem Arbeitsvertrag mit dem früheren Überlasser beim Beschäftigten zusammengefasster und ausschließlich bei diesem einsetzbarer (Exklusivitätsklausel) Gruppen von AN zu sehen, welche die maßgeblichen Faktoren des mit „Payrolling“ befassten Betriebsteils des früheren Überlassers darstellen.

Sachverhalt:

Die Kl war seit 1. 9. 2011 bei einem Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen (in der Folge: Überlasser) beschäftigt und wurde von diesem an eine AG (in der Folge: Beschäftiger) mit den Aufgaben einer Projektanalystin und Assistentin des Vorstands überlassen.

Der Beschäftiger war der Hauptkunde des Überlassers, der an dieses Unternehmen laufend bis zu 40 AN überließ. Andere Kunden gab es nur in verhältnismäßig geringfügigem Umfang. Zu mehr als 50% handelte es sich um AN, die bereits vom Beschäftiger rekrutiert worden waren. Die übrigen wurden vom Überlasser nach Jobprofilen rekrutiert, die ihm vom Beschäftiger bekanntgegeben wurden. Mit allen AN schloss der Überlasser auftragsgemäß Dienstverträge mit Exklusivitätsklausel ab, nach der sie ausschließlich an das Beschäftigerunternehmen überlassen werden durften. Der Inhalt der Dienstverträge, das Gehalt und bestimmte wörtlich vorgegebene Klauseln wurden vom Beschäftiger vorgegeben. (...) Der Überlasser führte für die Dienstnehmer die Anmeldung zur Sozialversicherung,

die Personaladministration, die Lohnverrechnung, die Lohnauszahlung und die Bearbeitung arbeitsrechtlicher Fragen durch. Er bekam vom Beschäftiger abgezeichnete Stundenlisten als Grundlage für die Lohnverrechnung. Urlaubsvereinbarungen wurden unmittelbar mit dem Beschäftiger getroffen, Prämien und außertourliche Gehaltserhöhungen wurden von diesem vorgegeben. (...)

Der Überlasser führte die Geschäfte mit eigenen Mitteln und eigenem Personal durch, das aus dem Geschäftsführer, seiner Gattin, zwei Disponentinnen und einer teilzeitbeschäftigten Lohnverrechnerin bestand. Für die Verwaltung wurde eine eigens für den Überlasser entwickelte Software verwendet.

Am 31. 12. 2015 kündigte der Beschäftiger den Vertrag mit dem Überlasser, dessen wirtschaftliche Grundlage damit weitgehend zerstört wurde. Der Jahresumsatz des Überlassers sank von im Jahr 2014 erzielten € 3.800.000,- auf € 240.000,-. Wegen der Exklusivitätsklausel war es ihm nicht möglich, die überlassenen Mitarbeiter anderweitig einzusetzen. Ihre Dienstverträge mit dem Beschäftiger wurden daher zum Jahresende 2015 einvernehmlich beendet, mit Ausnahme von vier oder fünf Mitarbeiterinnen, darunter der Kl, die in Karenz waren.

Die bis Ende 2015 an den Beschäftiger überlassenen Mitarbeiter wurden sonst im Wesentlichen nahtlos weiter beschäftigt. Einzelne wurden von der Bekl eingestellt und wiederum an den Beschäftiger überlassen. Es konnte nicht festgestellt werden, wie viele ehemals überlassene Arbeitskräfte in das Stammpersonal des Beschäftigers wechselten und wie viele ihm in der Folge von der Bekl weiter überlassen wurden.

Ein Wechsel von anderem Personal fand zwischen Überlasser und Bekl nicht statt. Es wurden der Bekl vom Überlasser auch weder Unterlagen noch die von ihm verwendete Software übergeben. Die mit der Abwicklung der Überlassung beim früheren Überlasser beschäftigten AN schieden im Wesentlichen dort aus, wurden aber nicht von der Bekl übernommen.

(...)

Der Kl wurde anlässlich der Beendigung ihres Karenzurlaubs am 30. 9. 2018 vom Überlasser mitgeteilt, dass sie wegen der Kündigung des Überlassungsvertrags nicht mehr weiterbeschäftigt werde.

Entscheidungsgründe:

Die Kl begehrt die Feststellung, dass zwischen ihr und der Bekl spätestens ab 1. 10. 2018 infolge Betriebsübergangs ein aufrechtes Dienstverhältnis bestehe.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab. Mangels Übergangs einer wirtschaftlichen Einheit vom Überlasser zur Bekl liege kein Betriebsübergang vor. Der Umstand, dass Dienstverhältnisse von Leiharbeitnehmern beendet und mit der Bekl neu begründet wurden, genüge dafür nicht.

Das BerG bestätigte diese E.

(...)

Die Rev ist zulässig, weil die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch das BerG iS der Grundsätze der Rsp zum Betriebsübergang einer Klarstellung bedarf. Die Rev ist dementsprechend auch berechtigt.

1. (...)

Ob ein Betriebsübergang vorliegt, ist im Einzelfall aufgrund der den Vorgang kennzeichnenden tatsächlichen Umstände zu beurteilen (RS0082749 [T 23]). Dabei ist iS eines beweglichen Systems eine Gesamtbewertung der einzelnen Umstände vorzunehmen, zumal der Betriebsübergang in einem sehr weiten Sinn zu verstehen ist.

(...)

Entscheidend ist regelmäßig die Art des Unternehmens, weil sich daraus auch die Bedeutung der verschiedenen Betriebsmittel und der Arbeitskraft ergibt (9 ObA 17/18 t mzwN). Aus der Rsp kann auch nicht abgeleitet werden, dass es in jedem Fall notwendig ist, dass auch zumindest ein wesentlicher Teil des Verwaltungspersonals wechselt (9 ObA 49/14 t). Diese Notwendigkeit ist als Grundsatz auch aus der Entscheidung des OGH 8 ObA 64/07 f nicht abzuleiten. (...) Die Prüfung war, ob die von dem Übergang betroffenen Mittel als solche ausreichen, um die für die typischen Überlasser-Tätigkeit kennzeichnenden Leistungen ohne Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel und ohne Inanspruchnahme anderer Unternehmensteile weiter erbringen zu können.

(...)

Eine solche Einheit muss nicht unbedingt bedeutsame materielle oder immaterielle Betriebsmittel umfassen. In bestimmten Wirtschaftszweigen liegen diese Betriebsmittel nämlich oft nur in ihrer einfachsten Form vor, und es kommt dort im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an. Daher kann eine organisierte Gesamtheit von AN, denen eigens und auf Dauer eine gemeinsame Aufgabe zugewiesen ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen, ohne dass weitere Betriebsmittel vorhanden sind (EuGH C-127/96, *sh Hernández Vidal ua*, ECLI:EU:C:1998:594, Rn 27; C-458/05, *Jouini ua*, ECLI:EU:C:2007:512, Rn 32).

(...)

Dies gilt nach der Rsp des EuGH auch bei Leiharbeitsunternehmen. Kennzeichnend für solche Unternehmen ist im Allgemeinen – wie sich auch aus der Vorlageentscheidung ergibt – das Fehlen einer eigenen Betriebsorganisation, nach der in einem solchen Unternehmen verschiedene entsprechend der Organisation des Veräußerers abtrennbare wirtschaftliche Einheiten bestimmt werden können. Bei typischen Leiharbeitsunternehmen ist eine Prüfung vorzunehmen, bei der deren Besonderheiten Rechnung getragen wird, anstatt zu untersuchen, ob ihrer Organisation nach eine wirtschaftliche Einheit vorliegt. In diesem Zusammenhang ist für die Beurteilung des Vorliegens einer wirtschaftlichen Einheit iSd RL 2001/23 zu prüfen, ob

die vom Veräußerer übertragenen Betriebsmittel bei ihm eine einsetzbereite Gesamtheit darstellten, die als solche dazu ausreichte, die für die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens charakteristischen Dienstleistungen ohne Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel oder anderer Unternehmensteile erbringen zu können (C-458/05, *Jouini ua*, ECLI:EU:C:2007:512, Rn 32 ff).

2. Die für den Anlassfall charakteristische und die damalige wirtschaftliche Grundlage des Überlasserunternehmens bildende Tätigkeit bestand im Bereitstellen von AN für einen einzigen Großkunden, die von diesem gezielt für dessen Bedarf ausgewählt und teilweise von ihm sogar selbst rekrutiert wurden. Die „Überlasserin“ übernahm dabei die formale Arbeitgeberstellung einschließlich der administrativen Personalverwaltung, alle übrigen Arbeitgeberfunktionen nahm der Beschäftigte wahr. Die Dienstvertragsbedingungen wurden bis hin zur Vereinbarung des für seinen Betrieb geltenden Kollektivvertrags von ihm vorgegeben („Payrolling“). Dementsprechend durften diese AN auch exklusiv nur diesem Beschäftigten überlassen werden.

Diese charakteristische Leistung des Überlassungsunternehmens erforderte praktisch keine materiellen Betriebsmittel. Ihr Büroaufwand einschließlich EDV-Software beschränkte sich auf die auch sonst in jedem Unternehmen erforderliche Personalverwaltung.

Hingegen wies die nicht unerhebliche Anzahl von bis zu 40 für ein einziges Unternehmen verwaltete AN die wesentlichen Merkmale der organisierten wirtschaftlichen Einheit auf.

(...)

In dieser besonderen Konstellation liegen daher die dargestellten Kriterien eines Betriebsübergangs vor. Daran ändert das Fehlen eines Übergangs materieller Betriebsmittel und Personalverwaltungsressourcen, die in jedem anderen Personalverleihunternehmen bereits vorhanden und für die Erbringung der hier charakteristischen Leistung ohne entscheidende Bedeutung sind, nichts.

(...)

Die organisatorische Einheit (vgl RS0082749) ist hier in der in ihrem Arbeitsvertrag mit dem früheren Überlasser beim Beschäftigten zusammengefasster und ausschließlich bei diesem einsetzbarer (Exklusivitätsklausel) Gruppen von AN zu sehen, die insoweit die maßgeblichen Faktoren des mit „Payrolling“ befassten Betriebsteils des früheren Überlassers darstellten. Es lag also nicht nur ein Auftragsübergang, sondern auch ein Übergang der hier beim Payrolling entscheidenden Arbeitskräfte dieses Betriebsteils vor.

3. (...) Dass das genaue Verhältnis der vom früheren Überlasser zur Bekl (neuer Überlasser) übernommenen AN zu jenen, die gleich direkt zum Beschäftigten wechselten, nicht festgestellt werden konnte, geht nicht zu Lasten der Kl, der der Nachweis gelungen ist, dass im Wesentlichen sämtliche früher überlassene AN nahtlos weiter beschäftigt wurden. (...)

(...)

5. Der Rev der Kl war daher Folge zu geben.

Anmerkung:

Die vorliegende E ist im Ergebnis bemerkenswert und verdient insb aus Sicht der Praxis eine nähere Betrachtung.

1. Die Frage, ob *in concreto* eine „wirtschaftliche Einheit“ iS des Betriebsübergangsrechts übergegangen ist, stellt nach stRsp eine Frage des Einzelfalls dar (vgl die zahlreichen E zu RIS-Justiz RS0082749). Im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung galt – seit der „Leitentscheidung“ aus dem Jahr 2007 (8 ObA 64/07 f), der ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH zugrunde lag – der Grundsatz, dass allein überlassene Arbeitskräfte keine „wirtschaftliche Einheit“ iS des Betriebsübergangsrechts darstellen und dementsprechend der Wechsel überlassener Arbeitskräfte von einem

Unternehmen zu einem anderen Unternehmen per se keinen Betriebsübergang darstellt.

Das ist schlüssig. Bei überlassenen Arbeitskräften handelt es sich nicht um die „Belegschaft“ des Überlassers, sondern um den „Betriebsgegenstand“. Die prägende Tätigkeit des Unternehmens (die Überlassung und deren Abwicklung) führt der Administrativapparat des Überlassers durch, nicht die überlassenen Arbeitskräfte. Diese sind demzufolge keine wirtschaftliche Einheit, die ohne Inanspruchnahme anderer Unternehmenseile die das Unternehmen ausmachende Dienstleistung erbringen kann. Die vorliegende E weicht diesen Grundsatz auf.

2. Der Sachverhalt zum vorliegenden Judikat ist eine Sonderkonstellation, die aber praktisch nicht unüblich ist. Die Überlassung wurde als „Payrolling“ abgewickelt. Der OGH hat sich in einer nicht lange zurückliegenden E (8 ObA 51/17h) im Detail mit dieser Gestaltung auseinandergesetzt. Eine gesetzliche Definition dieser Art der Überlassung liegt nicht vor. Allgemein gesprochen handelt es sich dabei um eine Variante der Überlassung, bei der die Pflichten des Überlassers zugunsten des Beschäftigten stark reduziert sind, wie auch der OGH ausführt. Die Tätigkeit des Überlassers beschränkt sich idR auf die bloße Abwicklung der Lohnverrechnung und Entlohnung der überlassenen Arbeitskräfte.

3. Der OGH äußert in der vorliegenden E, dass aus Sicht des erkennenden Senats im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung überhaupt ein Verwaltungsapparat und sonstige Betriebsmittel im Überlassungsunternehmen von untergeordneter Bedeutung für die Beurteilung im Betriebsübergangsrecht sind. Diese vom erkennenden Senat zum konkreten Sachverhalt geäußerten Gedanken sind uE allerdings selbst in der Branche der Arbeitskräfteüberlassung nicht verallgemeinerungsfähig, vielmehr ist dieser Annahme für die „Standardfälle“ in diesem Bereich entgegenzutreten.

4. Prozessual ist – und das geht aus dem E-Text des OGH nicht hervor – darauf hinzuweisen, dass das in beiden Rechtsgängen in den beiden Unterinstanzen abgeführte Beweisverfahren unvollständig geblieben ist. Alle von der Bekl geführten Zeugen zum Thema des für die Erbringung der Dienstleistung erforderlichen Verwaltungsapparats und den damit verbundenen Tätigkeiten hat das ErstG noch nicht gehört, sondern die Klage in zwei Rechtsgängen aus rechtlichen Gründen abgewiesen, was vom BerG letztlich bestätigt wurde.

Der vom OGH angenommene Sachverhalt beruht ausschließlich auf Urkunden sowie der Einvernahme des Geschäftsführers des ursprünglichen Überlassers.

Es gab in den Unterinstanzen insb kein Beweisverfahren dazu, welche Tätigkeiten die Bekl (bzw deren erheblicher Verwaltungsapparat) tatsächlich erbringt und welche (im-)materiellen und personellen Betriebsmittel für die Durchführung des Payrolling erforderlich sind. Zuzustimmen ist der E noch, wenn es nach der Argumentation des OGH *in concreto* auf die bei der Bekl vorhandenen Betriebsmittel nicht ankommt, weil es ja um die beim Veräußerer (erster Überlasser) vorhandenen und erforderlichen Betriebsmittel geht. Nicht überzeugend ist aber uE der daraus gezogene Schluss, dass neben überlassenen Arbeitskräften sonstige Betriebsmittel und Verwaltungspersonal für die Beurteilung der wirtschaftlichen Einheit gemäß Betriebsübergangsrecht im Falle von Payrolling nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Bemerkenswert ist diese Annahme deshalb, weil laut HöchstG ein beim ehemaligen Überlasser bestehender Verwaltungsapparat von immerhin fünf Personen für die laufende administrative Abwicklung der Überlassung von „bis zu 40 überlassenen Mitarbeitern“ eine untergeordnete Rolle im Rahmen der Gesamtbetrachtung spielen soll. Der OGH begründet das damit, dass ein derartiger Apparat bei

„jedem anderen Personalverleihunternehmen“ bereits vorhanden sei (RIS-Justiz RSO082749 [T 35]). Nicht nur liegen dafür keine Beweisergebnisse vor, die Richtigkeit dieser pauschalen Annahme darf auch praktisch bezweifelt werden. Die Abwicklung von Arbeitskräfteüberlassung bedarf – auch in Spezialvarianten wie Payrolling – spezifischen Know-hows beim Verwaltungspersonal, das nicht in jedem Branchenunternehmen vorhanden ist. Schon aus praktischer Sicht wäre eine nähere Auseinandersetzung (allenfalls nach Ergänzung des Beweisverfahrens) wünschenswert gewesen.

5. Der OGH weicht explizit nicht von der zu E 8 ObA 64/07f begründeten Rsp-Linie ab, sondern hält diese im Bereich „typischer Arbeitskräfteüberlassung“ weiterhin aufrecht. Das HöchstG weicht aber, soweit ersichtlich, erstmals in der vorliegenden Payrolling-Konstruktion den dort aufgestellten Grundsatz (s oben 1.) auf. Es wäre daher – auch im Lichte der Rechtssicherheit in der Praxis – wünschenswert gewesen, hätte sich das HöchstG im Detail mit den maßgeblichen Abgrenzungsmerkmalen zwischen der aus seiner Sicht „typischen Überlassung“ und dem hier interessierenden Payrolling im Hinblick auf das Betriebsübergangsrecht auseinandergesetzt.

6. Hinzuweisen ist auf die praktische Bedeutung der E für die Branche der Personaldienstleistung. Insb im „white collar“-Bereich sind Übernahmen von Aufträgen iZm dem Wechsel von Teilen des Personals etwa im Zuge öffentlicher Ausschreibungsverfahren keine Seltenheit (vgl etwa auch den Sachverhalt zu OGH 9 ObA 19/18m oder die EuGH-E 27. 2. 2022, C 298/18, *Grafe und Pohle/Südbrandenburger*). Dabei werden häufig Gruppen überlassener Arbeitskräfte nach Auftragsübernahme – wie hier – von einem anderen Überlasser an den bisherigen Beschäftigten überlassen. Die vorliegende E wird künftig bei derartigen Sachverhalten zu berücksichtigen sein. Das bisherige Dogma, dass im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung bei bloßer Übernahme eines Auftrages bzw beim Wechsel ausschließlich überlassener Arbeitskräfte kein Betriebsübergang vorliegt, ist mit der vorliegenden Entscheidung überholt. Es ist aber uE die vorliegende E weder auf alle Übernahmen von Payrolling-Aufträgen anwendbar, da *in casu* noch einige besondere Sachverhaltselemente vorlagen (Exklusivitätsvereinbarungen, Übernahme des einzigen Großkunden), noch auf Arbeitskräfteüberlassung an sich. Wo die Grenzen des Betriebsübergangs in der Arbeitskräfteüberlassung liegen, wird auch weiterhin im Einzelfall zu beurteilen sein. Der „übernehmende“ Überlasser wird – wenn ein Betriebsübergang behauptet wird – darzustellen haben, worin sein eigener (nicht vom ehemaligen Überlasser übernommener) Verwaltungsapparat besteht und warum trotz Übernahme einer größeren Anzahl von AN keine „wirtschaftliche Einheit“ übergegangen ist. In der Praxis wird sich dieser gegenüber dem bisherigen Überlasser und allenfalls auch dem Beschäftigten vertraglich absichern müssen, um böse Überraschungen zu vermeiden.

7. Zwar ist uE einerseits das Ergebnis dieser E nicht auf alle Payrolling-Fälle und erst recht nicht auf alle Betriebsübergangsfälle in der Arbeitskräfteüberlassung anwendbar. Andererseits sind die grundsätzlichen Aussagen dieser E aber nicht auf die Branche der Arbeitskräfteüberlassung beschränkt. Durch die bloße Übernahme einer größeren Anzahl von AN kann auch in anderen Bereichen eine wirtschaftliche Organisationseinheit übernommen werden und damit Betriebsübergang vorliegen (an den möglicherweise nicht alle Beteiligten gedacht haben).

Dr. Georg Bruckmüller und Dr. Alexander Lamplmayr sind Rechtsanwälte der Bruckmüller Rechtsanwalts GmbH in Linz/Wien (diese war im gegenständlichen Verfahren als Beklagtenvertreterin beteiligt).