



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras und die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner sowie die fachkundigen Laienrichter ADir. Brigitte Augustin und Dr. Gerda Höhrhan-Weiguni als weitere Richter in den verbundenen Arbeitsrechtssachen der klagenden Parteien 1) S***** M*****, 2) P***** A*****, beide vertreten durch Dr. Ulrich Schwab und Dr. Georg Schwab, Rechtsanwälte in Wels, gegen die beklagte Partei F***** GmbH & Co KG, *****, vertreten durch DDr. Wolfgang Doppelbauer, Rechtsanwalt in Wels, wegen 1) 1.498,88 EUR brutto sA und 2) 3.540,19 EUR brutto sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 6. November 2013, GZ 11 Ra 74/13a-20, mit dem das Urteil des Landesgerichts Wels als Arbeits- und Sozialgericht vom 22. Juli 2013, GZ 10 Cga 11/13v-16 (verbunden mit GZ 10 Cga 41/13f), bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen, und zwar der erstklagenden Partei 164,19 EUR (darin 27,37 EUR USt) und der zweitklagenden Partei 328,38 EUR (darin 54,73 EUR USt).

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die beklagte Partei hat ihren Sitz in Deutschland

und war von einem in Oberösterreich ansässigen Maschinenbauunternehmen beauftragt worden, von dessen Zulieferern stammende Teile, wie Getriebe, Getriebegehäuse, Kleinteile, Achsenbestandteile, vor der Weiterverarbeitung zu prüfen. Diese Prüfungen hatten im Betrieb der Auftraggeberin stattzufinden und bezogen sich auf die laufenden Zulieferungen. Die Beklagte verfügt in Österreich über keinen Sitz, kein Büro oder sonstige Räumlichkeiten und über keinerlei maschinelle Ausstattung. Das für die Materialprüfungen notwendige Messgerät wurde von der Auftraggeberin beigestellt. Die Beklagte stellte ihren Dienstnehmern im Wesentlichen nur die Arbeitskleidung zur Verfügung. Wie die Prüfung im Einzelfall konkret erfolgen sollte, wurde den Arbeitnehmern vor Ort von Vertretern der Auftraggeberin in Einschulungen vorgegeben, die teils wenige Stunden, höchstens aber wenige Tage dauerten. Im Wesentlichen wurden bloße Sichtprüfungen in Verbindung mit allfälligen Vermessungsarbeiten durchgeführt.

Der Text des mit beiden Klägern geschlossenen Arbeitsvertrags wurde von der Beklagten erstellt, er enthält keine Rechtswahl und unter anderem folgenden Inhalt:

„§ 1 Anzuwendender Kollektivvertrag: Aufgrund der fehlenden Zugehörigkeit des Arbeitgebers zu einer Fachgruppe/Innung/Gremium kommt kein Kollektivvertrag zur Anwendung.

§ 3 Arbeitsort: Der gewöhnliche Arbeitsort ist der jeweilige Einsatzort.“

Die Erstklägerin, die über keine facheinschlägige Berufsausbildung oder -erfahrung verfügte, war bei der beklagten Partei vom 13. 7. bis 15. 12. 2012 als Qualitätsprüferin beschäftigt, der Zweitkläger, der eine Lehre als Karosseriebautechniker abgeschlossen hat, vom 24. 9. 2012 bis 15. 3. 2013. Sonderzahlungen (Urlaubsgeld,

Weihnachtsremuneration) erhielten beide nicht.

Gegenstand der verbundenen Verfahren ist das auf den Kollektivvertrag für Arbeiter in der Eisen- und Metallindustrie gestützte Begehren der Kläger auf Leistung aliquoter Sonderzahlungen, der Zweitkläger begehrte darüber hinaus Entgeltdifferenzen, Urlaubersatzleistung und Entgelt für zusätzliche Arbeitsstunden. Die Kläger beriefen sich auf einen Anspruch auf das vergleichbaren Arbeitnehmern am Arbeitsort gewährte Entgelt, allenfalls auf die Rechtsfolgen verdeckter Arbeitskräfteüberlassung.

Die beklagte Partei wandte ein, die Kläger seien nicht als überlassene Arbeitskräfte in das Auftraggeberunternehmen eingegliedert gewesen, sondern hätten einen der beklagten Partei erteilten Werkauftrag erfüllt. Die beklagte Partei sei gegenüber dem Auftraggeber gewährleistungspflichtig.

Es sei kein Kollektivvertrag anwendbar, weil die Beklagte im Inland keiner kollektivvertragsfähigen Körperschaft angehöre. In Österreich existiere das von der beklagten Partei ausgeübte Gewerbe der „Qualitätssicherung bei der Herstellung hochwertiger Industrieprodukte auf Werkvertragsbasis“ nicht. Fachlich käme nach dem Unternehmensgegenstand der Beklagten allenfalls der Kollektivvertrag für Dienstleistung und Gewerbe in Frage, nach diesem hätten die Kläger aber auch unter Berücksichtigung von Sonderzahlungen eine überkollektivvertragliche Bezahlung erhalten.

Sollte den Klägern gegenüber der Beklagten nach einem österreichischen Kollektivvertrag ein Anspruch auf Sonderzahlung zustehen, werde die Anpassung beider Arbeitsverträge wegen gemeinsamen Irrtums insoweit begehrt, als die Beklagte die Stundensatzvereinbarung so modifiziert hätte, dass sich der Betrag von 10,50 EUR nur einschließlich

Sonderzahlungen ergeben hätte.

Das Erstgericht gab den Leistungsbegehren - unter Abweisung eines im Rechtsmittelverfahren nicht mehr strittigen Teils - statt.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung.

Mangels Rechtswahl sei nach Art 8 Abs 2 der Verordnung (EG) Nr 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 7. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I) österreichisches Recht anwendbar.

Die Anwendung des von den Klägern zur Berechnung der Ansprüche herangezogenen Kollektivvertrags setze rechtlich voraus, dass entweder die beklagte Partei, verfügte sie über einen Sitz in Österreich, über eine solche Gewerbeberechtigung verfügen müsste, die sie ebenfalls der den Kollektivvertrag abschließenden Körperschaft zuordnete, oder die Entsendung der Kläger an die Auftraggeberin als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG zu qualifizieren wäre.

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, sei der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. Angesichts der festgestellten Merkmale der Beschäftigung der Kläger sei, selbst wenn im Rahmen eines „Rahmenvertrages“ einzelne Werkverträge abgeschlossen worden sein sollten, ein eigenständiges, der beklagten Partei zurechenbares Werk nicht abgrenzbar. Auch das notwendige Messgerät sei von der Auftraggeberin beigestellt worden, wogegen die Beklagte im Wesentlichen nur die Arbeitskleidung zur Verfügung stellte und wenige Anweisungen festlegte. Es sei daher nach § 4 Abs 2 Z 1 und 2 AÜG in Wahrheit die Überlassung von Arbeitskräften im

Vordergrund gestanden.

Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG noch nicht vorliege.

Die von den Klägern beantwortete Revision der beklagten Partei ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

1. Die Revisionswerberin argumentiert, das Erstgericht habe das Ergebnis seiner Entscheidung auf die Bestimmung des § 7 AVRAG gestützt, wogegen das Berufungsgericht auf diese Begründung und die dagegen erhobene Rechtsrüge gar nicht eingegangen sei, sondern Arbeitskräfteüberlassung angenommen habe. Die Beklagte sei von dieser Rechtsansicht überrascht worden; wäre diese mit ihr erörtert worden, hätte sie weiteres Vorbringen und weitere Beweisanträge erstattet. Insbesondere hätte sie behauptet und unter Beweis gestellt, dass die Beklagte über besondere, in Deutschland zertifizierte Kompetenz auf dem Gebiet der Qualitätssicherung verfüge. Die Auftraggeberin habe früher für die gleiche Tätigkeit tatsächlich Leiharbeitnehmer anderer Unternehmen beschäftigt, die aber eine viel höhere Fehlerquote produziert hätten als die Mitarbeiter der Beklagten.

Diese Ausführungen sind nicht zielführend. Die klagende Partei hat sich bereits in erster Instanz (auch) auf das Vorliegen verdeckter Arbeitskräfteüberlassung berufen. Die beklagte Partei hat die Relevanz dieses Vorbringens offenkundig auch erkannt und eine Reihe von Umständen vorgebracht (vgl ON 7, AS 34), die für die Erfüllung eines eigenständigen Werkauftrags durch die Kläger und gegen bloße Leiharbeit sprechen sollten. Der Umstand, dass das Erstgericht letztlich nicht den Tatbestand der

Arbeitskräfteüberlassung, sondern einen anderen rechtlichen Aspekt für seine Entscheidung als wesentlich erachtet hat, hinderte das Berufungsgericht nicht daran, den Sachverhalt nach anderen Gesichtspunkten, aber im Rahmen des in erster Instanz erörterten Sach- und Rechtsvorbringens, zu beurteilen. Das Verbot von Überraschungsentscheidungen bedeutet keineswegs, dass das Gericht seine Rechtsansicht vor der Entscheidung kundtun muss; anderes gilt nur, wenn rechtserhebliche Tatsachen nicht vorgebracht wurden (RIS-Justiz RS0122749; RS0120056 [T1]).

Bei diesem Ergebnis kommt es nicht mehr darauf an, dass eine Relevanz des in der Revision zur Darstellung des behaupteten Verfahrensmangels angebotenen Vorbringens, das die Beklagte bei Kenntnis der Rechtsansicht des Berufungsgerichts erstattet hätte, nicht erkennbar ist. Dieses Vorbringen konzentriert sich darauf, die Qualität der Überprüfungen der beklagten Partei hervorzuheben, die wesentlich besser sei als jene, die früher eingesetzte Leiharbeitnehmer anderer Unternehmen erbracht hätten. Inwiefern es für die Beurteilung, ob ein Leiharbeitsverhältnis besteht, darauf ankommen sollte, ob Arbeitnehmer bei Verrichtung der gleichen Prüfungstätigkeit mehr oder weniger präzise arbeiten, ist nicht nachvollziehbar. Die beklagte Partei - als juristische Person - und ihre Organe waren an den Arbeiten vor Ort nicht beteiligt, sodass die Hervorhebung einer eigenen „besonderen fachlichen Kompetenz“ oder der in Deutschland erlangten Zertifizierung in der Revision zur rechtlichen Beurteilung der Arbeitsverhältnisse der Kläger nichts beizutragen vermag. Der Versuch der Revision, ihre Arbeitnehmer als besondere „Spezialisten für Spezialtätigkeiten“ darzustellen, ist sachverhaltsfremd, steht doch fest, dass auch völlig branchenfremde Personen wie die Erstklägerin nach jeweils nur kurzer Unterweisung beschäftigt

wurden.

2. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die klagsgegenständlichen Arbeitsverhältnisse den Kriterien der Leiharbeit entsprachen, ist zutreffend (§ 510 Abs 3 ZPO).

Nach § 4 Abs 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. Arbeitskräfteüberlassung liegt nach Abs 2 *leg cit* insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder

2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder

3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder

4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Der Gesetzgeber stellt mit der Verwendung des Wortes „oder“ klar, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt schon dann der einer Arbeitskräfteüberlassung ist, wenn auch nur eines der demonstrativ aufgezählten Tatbestandselemente zutrifft (vgl. VwGH 19. 5. 2014, Ro 2014/09/0026; VwGH 3. 10. 2013, 2013/09/0042; VwGH 22. 10. 1996, 94/08/0178; VwGH 4. 9. 2006, 2005/09/0068; *Schindler* in ZellKomm² § 4 AÜG Rz 5 mwN; *Schneller*, Eingemietete Dienstleister als Umgehung iS von § 4 AÜG, RdA 2013, 436). Diese Beurteilung ist unabhängig davon, ob die Vereinbarung

zwischen dem Dienstgeber und seinem Auftraggeber zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen ist (zu dessen Erfüllung auch überlassene Arbeitskräfte eingesetzt werden können).

Auch die Revision tritt dieser Auffassung als solcher nicht entgegen, sondern wendet sich lediglich gegen das Ergebnis der Anwendung im vorliegenden Einzelfall. Das Berufungsgericht hat aber mit schlüssiger und ausführlicher Begründung dargelegt, weshalb es die Kriterien des § 4 Abs 2 Z 1 und 2 AÜG verwirklicht erachtet.

Unzweifelhaft ist es für den Produktionsbetrieb der Auftraggeberin von großer wirtschaftlicher Bedeutung, dass zugelieferte Bestandteile vor ihrer Weiterverarbeitung verlässlich auf Mängelfreiheit überprüft werden. Will sie für diese Aufgabe kein eigenes Personal einsetzen, ist es auch noch nachvollziehbar, wenn sie sich an ein Unternehmen wie die Beklagte wendet, das sich gerade auf diese Dienstleistung spezialisiert hat. Daraus ist aber noch lange nicht abzuleiten, dass die schlussendlich konkret mit der Prüfungstätigkeit beauftragten Arbeitnehmer ein im Sinne des § 4 Abs 2 Z 1 AÜG von sonstigen Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen würden, sondern es handelt sich dabei - wie bei späteren Zwischen- und Endkontrollen oder Verpackung und Versand - schlicht um einen von vielen notwendigen Schritten eines Produktionsablaufs (vgl VwGH 21. 6. 2000, 99/09/0024 - untergeordnete Arbeiten; VwGH 13. 9. 1999, 97/09/0147, ZfVB 000/2041, 878 - Montage). Ein nicht von vornherein im Vertrag ausreichend bestimmtes Werk kann auch nicht durch unmittelbar der Ausführung vorangehende Anweisungen des Vorarbeiters unterscheidbar gemacht werden (VwGH 18. 4. 2002, 2002/09/0063, ZfVB 2004/902, 469).

Darüber hinaus haben die Kläger mit Material und Werkzeug der Auftraggeberin im Sinne des § 4 Abs 2 Z 2 AÜG gearbeitet. Selbst wenn auch die von der Beklagten beigestellte Arbeitskleidung im weitesten Sinn unter den Begriff des für die Arbeitsleistung verwendeten „Werkzeugs“ subsumiert würde, wäre sie im vorliegenden Fall für das Ergebnis der Tätigkeit - im Gegensatz zu den verwendeten Prüfgeräten - ohne wesentliche Bedeutung. Gerade auch die Beistellung der für die Prüfung erforderlichen Werkzeuge und Messgeräte durch die Auftraggeberin spricht gegen die in der Revision behauptete eigenständige, auf besondere Sachkunde der Beklagten gegründete vorbestimmte Werkleistung. Der eigene Beitrag der Beklagten beschränkte sich nach den Feststellungen auf kurze, teils nur Stunden dauernde Unterweisungen der (im Fall der Erstklägerin sogar fachfremden) Dienstnehmer, im Übrigen war deren Tätigkeit an die jeweils aktuellen betrieblichen Erfordernisse der Auftraggeberin angepasst.

Sind aber bereits zwei Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs 2 AÜG verwirklicht, kommt es darauf, ob die Erbringung der Tätigkeit ausschließlich im Betrieb der Auftragnehmerin, die Entgegennahme der Arbeitsaufzeichnungen durch diese, ihre Möglichkeit, fachliche An- und Unterweisungen zu erteilen und (konkret dem Zweitkläger) im Bedarfsfall Mehrarbeit anzuordnen, überdies eine organisatorische Einordnung der Kläger in den Betrieb der Auftraggeberin im Sinne der Z 3 leg cit bewirkte, nicht mehr an.

Der von der Revision angesprochenen Gesamtbeurteilung des Sachverhalts im Sinn des § 4 Abs 1 AÜG bedürfte es nur dann, wenn durch den Tatbestand nicht ohnehin bereits einer der gesetzlichen Vermutungsfälle nach § 4 Abs 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser

Bestimmung) zur Gänze erfüllt ist, sondern nur einzelne Elemente oder nicht in der Aufzählung enthaltende Umstände auf ein Leiharbeitsverhältnis hindeuten (vgl VwGH 3. 10. 2013, 2013/09/0042; VwGH 10. 3. 1998, 95/08/0345; VwGH 19. 5. 2014, Ro 2014/09/0026).

3. Die Beurteilung der Arbeitsverhältnisse der Kläger unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Arbeitskräfteüberlassung hat nach § 10 AÜG deren Anspruch auf angemessenes Entgelt unter Bedachtnahme auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte Entgelt zur Folge. Die Höhe der von den Vorinstanzen unter Berücksichtigung des im Beschäftigerunternehmen geltenden Kollektivvertrags zugesprochenen Beträge wird in der Revision nicht bekämpft.

Dem Rechtsmittel der Beklagten war daher keine Folge zu geben.

Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. August 2014
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: