

## Datenschutz-Grundverordnung

Anwendungsbereich – Ausnahmen

Rechtwidrig erlangte Beweismittel

„Aktive“ Host-Provider

Urheberrecht: Haftungsprivileg?

Recht smart –

Tatütata, die E-Post ist da?!

Exekutionsdaten

Elektronische Abfrage

GeschäftsgeheimnisRL

Update

Novelle Arbeitszeitrecht

Wer ist ausgenommen?

Jahresurlaub – Grundrecht

Drittwirkung – EU Charta

# Payrolling – Arbeitgeber ist und bleibt der Überlasser

URSULA ROBERTS / LISA-MARIA JOBST

Mit der E 8 ObA 51/17h<sup>1)</sup> hat sich der OGH erstmals zu einer Sonderform der Arbeitskräfteüberlassung, nämlich dem sog „Payrolling“, geäußert. Unter dem Begriff „Payrolling“ sind dreipersonale Verhältnisse zu verstehen, bei denen sich der Überlasser in der Regel auf das „Payrolling“, (also die Verrechnung und Auszahlung des Entgelts) beschränkt, während der Beschäftiger zahlreiche Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt. In der Lit und der gegenständlichen E wurde dazu ausgeführt, dass dabei der Beschäftiger insb Aufgaben iZm der Einstellung der AN und Beendigung der Arbeitsverhältnisse übernimmt und zB über die Auswahl der Bewerber entscheidet. Anzumerken ist, dass das Konzept des Payrolling rechtlich nicht abschließend definiert ist und – mit Ausnahme der Zuweisung der Entgeltverrechnungs- und Entgeltauszahlungsfunktion an den Überlasser – keine zwingende Aufgabenverteilung zwischen Überlasser und Beschäftiger vorsieht. Abgesehen von der Entgeltverrechnung und -auszahlung können Überlasser und Beschäftiger somit im Rahmen der Vertragsfreiheit über die konkrete Aufgabenverteilung in Bezug auf die Arbeitskräfte vertraglich (idR im Arbeitskräftestellungsvertrag) disponieren. So hat zB in der gegenständlichen E der Beschäftiger auch den Inhalt der Verträge inkl der Höhe der Stundensätze wie auch Details für den Rekrutierungsprozess (insb die Wahl der Plattform zur Schaltung von Stelleninseraten) vorgegeben. Wie der OGH in der gegenständlichen E ausgeführt hat, ist die Qualifizierung als Arbeitskräfteüberlassung und somit in weiterer Folge die Anwendbarkeit des AÜG jedenfalls nicht von

der konkreten (internen) Aufgabenverteilung zwischen Überlasser und Beschäftiger abhängig, sofern der wahre wirtschaftliche Gehalt der Vertragskonstruktion eine Arbeitskräfteüberlassung (§§ 3, 4 AÜG) begründet.

Wesentlich ist dabei jedenfalls, dass die Verrechnung und Auszahlung des Entgelts beim Überlasser verbleibt. Darin hat der OGH einen wesentlichen Grund für die Verneinung eines direkten Arbeitsverhältnisses zwischen Beschäftiger und Arbeitskraft gesehen. In dieser Auszahlungs- und Verrechnungsfunktion liegt nämlich die Hauptleistungspflicht des AG im arbeitsvertraglichen Synallagma. Zusätzlich hat der OGH das Vorliegen eines „verschleierten“ Arbeitsverhältnisses damit verneint, dass der Beschäftiger kein wirtschaftliches Arbeitgeberisiko (mit Ausnahme der Zahlung der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden) übernommen hat.

Die Unterinstanzen hatten gegenteilige Meinungen zum Payrolling vertreten: Im Einklang mit vor der OGH-E publizierten Lehrmeinungen haben die Unterinstanzen geurteilt, dass beim Payrolling aufgrund der besonderen Aufgabenverteilung ein Arbeitsverhältnis nur zwischen Beschäftiger und Arbeitskraft vorliegt und die Arbeitskraft deshalb gegen

Dr. *Ursula Roberts* ist Partnerin und Rechtsanwältin bei PwC Legal oehner & partner rechtsanwaelte gmbh, E-Mail: ursula.roberts@pwc.com;  
*Lisa-Maria Jobst*, LL. M. (WU), ist Rechtsanwaltsanwärterin bei PwC Legal oehner & partner rechtsanwaelte gmbh E-Mail: lisa-maria.jobst@pwc.com

1) Siehe auch in diesem Heft S 68.

den Überlasser selbst keine Ansprüche geltend machen könne. Nach Ansicht der Unterinstanzen sollte dem Überlasser vielmehr die Rolle eines „Arbeitsvermittlers“ zukommen und das dreipersonale Verhältnis somit nicht als Arbeitskräfteüberlassung, sondern als Arbeitsvermittlung qualifiziert werden. Die Qualifizierung des Payrolling als Arbeitsvermittlung hat der OGH – wiederum – damit verneint, dass sich der Überlasser gegenüber der Arbeitskraft zur Entgeltzahlung verpflichtet und mit der Arbeitskraft auch den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, was mit einer „bloßen“ Arbeitsvermittlung nicht in Einklang zu bringen ist.

Der rechtlichen Qualifizierung von Payrolling als Arbeitskräfteüberlassung ist zuzustimmen, da sie für Rechtssicherheit sorgt. Einerseits haben AN Sicherheit dahingehend, dass sie sich an ihren arbeitsvertraglichen AG zur Geltendmachung ihrer arbeitsvertraglichen Ansprüche wenden können. Andererseits haben Überlasser und Beschäftigter Gewissheit hinsichtlich ihrer Rechtspflichten gegenüber den überlassenen AN, aber auch gegenüber Behörden. Die Bejahung eines verschleierte Arbeitsverhältnisses im Falle von Payrolling hätte in weiterer Folge Abgrenzungsschwierigkeiten gebracht, da Payrolling als solches ja nicht abschließend definiert ist und es somit weiterer Auslegung und klärender Rsp bedurft hätte, welche und wie viele Arbeitgeberfunktionen der Beschäftigter ausüben muss, damit ein verschleiertes Arbeitsverhältnis vorliegt.

Wesentliche Rechtsfolge ist somit, dass der Überlasser weiterhin der Vertragspartner der überlassenen Arbeitskraft bleibt. Aber schon von Gesetzes wegen treffen auch den Beschäftigter beim Payrolling (genauso wie bei jeder anderen dem AÜG unterliegenden Arbeitskräfteüberlassung) rechtliche Pflichten gegenüber den überlassenen Arbeitskräften. Insb haftet der Beschäftigter als Bürge und Zahler für Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskräfte und Sozialversicherungsbeiträge während der Überlassung (§ 14 AÜG). Zusätzlich ist der Beschäftigter während der Überlassung zur Einhaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften (§ 6 Abs 1 AÜG) sowie der Gleichbehandlungsvorschriften und Diskriminierungsverbote (§ 6a Abs 1 AÜG) und der Ausübung der Fürsorgepflicht (§ 6 Abs 3 AÜG) verpflichtet, und es gilt für die Dauer der Überlassung zwischen Überlasser und Arbeitskraft auch das Dienstnehmerhaftpflichtprivileg (§ 7 AÜG). Zudem hat der Beschäftigter unter gewissen Voraussetzung die überlassenen Arbeitskräfte bei einer länger dauernden Über-

lassung (mehr als vier Jahre) in Betriebspensionszusagen einzubeziehen (§ 10 Abs 1a AÜG) und Zugang zu gewissen Wohlfahrtseinrichtungen und Wohlfahrtsmaßnahmen zu gewähren (§ 10 Abs 6 AÜG).

Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Beschäftigter beim Payrolling mitunter faktische Entscheidungen trifft, für die dann aber der Überlasser als arbeitsvertraglicher Arbeitgeber in rechtlicher Hinsicht verantwortlich ist. In der gegenständlichen Entscheidung hat der Beschäftigter zB die Höhe der Stundensätze vorgegeben. Vorausgesetzt, dass zwischen Überlasser und Beschäftigter ein echtes Arbeitsverhältnis vorliegt (was im gegenständlichen Fall noch nicht abschließend geklärt wurde), kann eine Unterentlohnung nach dem LSD-BG vorliegen, wenn der Stundensatz zB nicht dem maßgeblichen Mindestgehalt des anwendbaren Kollektivvertrags entspricht (vgl § 29 LSD-BG). Den Beschäftigter trifft hinsichtlich einer Unterentlohnung nach dem LSD-BG keine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit, außer er stiftet den Überlasser vorsätzlich zur Unterentlohnung an oder leistet dazu vorsätzlich einen Beitrag (§ 7 VStG). Verwaltungsstrafen werden somit gegen den Überlasser (als AG) verhängt, und der Überlasser haftet auch primär für zusätzliche Entgeltforderungen der AN. Zu beachten ist, dass das AÜG für derartige Situationen keinen Regressanspruch des Überlassers vorsieht.

Beim Payrolling entscheidet oftmals der Beschäftigter (wie auch in der gegenständlichen Entscheidung), welche Arbeitskräfte vom Überlasser eingestellt und in weiterer Folge im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung beschäftigt werden. In diesem Fall trifft uE nicht nur den Überlasser die Pflicht, bei der Einstellung von AN auf Basis nichtdiskriminierender Kriterien vorzugehen. Vielmehr ist auch der Beschäftigter bereits aufgrund von § 6a Abs 1 iVm Abs 2 AÜG verpflichtet, die Bewerber aufgrund von nichtdiskriminierenden Kriterien auszuwählen. Dies deshalb, weil der Wortlaut der Bestimmung („Auswahl der überlassenen Arbeitskräfte“) uE sowohl jene Fälle abdeckt, bei denen der Überlasser bereits über einen Pool an Arbeitskräften verfügt, aber auch solche Fälle umfasst sind, in denen der Überlasser die zu überlassenden AN erst einstellt.

Es ist daher jedenfalls empfehlenswert, dass Überlasser und Beschäftigter im Innenverhältnis nicht nur vertraglich für eine klare Aufgabenverteilung sorgen, sondern auch begleitende Kontroll-, Sorgfalts- und Haftungsregelungen vorsehen.