

Formen des konzernweiten Personaleinsatzes

Arbeitsverhältnisse von Arbeitskräften in Konzernverbänden werfen oft eine Reihe schwieriger Fragen auf. Nicht selten werden Konzerne wie einheitliche Unternehmen geführt, wobei die einzelnen Konzerngesellschaften aus personalwirtschaftlicher Sicht wie Filialen behandelt werden. Dies zeigt sich meist darin, dass jene Gesellschaft, die mit einem Arbeitnehmer (AN) einen Dienstvertrag abgeschlossen hat, nicht gleichzeitig die Gesellschaft ist, die den AN auch tatsächlich beschäftigt. Fraglich ist nun, welches (arbeitsrechtliche) Rechtsverhältnis zwischen einem AN und der ihn beschäftigenden Konzerngesellschaft besteht. Oder anders gefragt: Hat sich durch die Konzernentsendung der vertragsrechtliche Arbeitgeber (AG) geändert oder nicht? Die Beantwortung dieser Frage ist nicht nur für die arbeits- und sozialrechtliche Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses bedeutsam, sondern auch dafür, ob bei internationalen Sachverhalten überhaupt österreichisches Recht anwendbar ist. Der vorliegende Beitrag zeigt die unterschiedlichen Formen bzw Gestaltungsvarianten von „Entsendungen“ zwischen Konzerngesellschaften auf.¹⁾

1. Grundsätzliches

Arbeits- und sozialrechtliche Verpflichtungen im Zusammenhang mit Beschäftigungsverhältnissen entstehen für ein Unternehmen in der Regel nur dann, wenn es sich um ein „echtes“ Arbeitsverhältnis handelt. Ein solches liegt vor, wenn an einem Vertragsverhältnis (zumindest) ein AG und ein AN beteiligt sind. Während die Frage der Arbeitnehmereigenschaft bei Konzernarbeitsverhältnissen nach den allgemeinen Grundsätzen zu beantworten ist,²⁾ kommt es bei der Beurteilung der Arbeitgeberbereitschaft auf die konkrete Ausgestaltung der Entsendung an. Unstrittig ist dabei, dass der Konzern keine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist und daher in seiner Gesamtheit nicht Vertragspartner des AN und damit auch nicht AG sein kann.³⁾ Vielmehr kommt die Arbeitgeberfunktion einem (oder auch mehreren) Unternehmen des Konzerns zu.

2. Terminologische Abgrenzung

Im allgemeinen Sprachgebrauch, insb der Personalisten, wird für sämtliche Einsätze von AN im Konzern außerhalb des Stammunternehmens gerne der Begriff der „Entsendung“ verwendet. Aus juristischer Sicht kann dies mitunter zu terminologischen Verwirrungen führen, weil der Begriff der Entsendung im österreichischen Arbeitsrecht nur für grenzüberschreitende Personaleinsätze verwendet wird. Dabei wird auch nicht unterschieden, ob diese Entsendung im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung oder zur Erbringung einer sonstigen Arbeitsleistung erfolgt (vgl zB §§ 7a und 7b AVRAG sowie § 18 AuslBG).

Die Hintergründe dieses Verständnisses liegen im EU-Recht. Nach der EU-Entsenderichtlinie (RL 96/71/EG) sind unter den Begriff „Entsendung“ nämlich drei unterschiedliche Sachverhalte zu subsumieren, denen allen gemeinsam ist, dass im Rah-

men der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen AN in einen anderen Mitgliedstaat geschickt werden:

- Die Entsendung eines AN zur Erfüllung eines Werk- oder Dienstleistungsvertrages (Werk- bzw Dienstleistungsvertragsentsendung),
- die Entsendung eines AN in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehöriges anderes Unternehmen (konzerninterne Entsendung) sowie
- die Entsendung von AN durch Leiharbeitsunternehmen bzw durch sonstige Arbeitnehmer zur Verfügung stehende Unternehmen (Arbeitskräfteüberlassung).⁴⁾

Die Entsenderichtlinie verwendet dabei übrigens in der deutschen Übersetzung den Begriff „Leiharbeitsunternehmen“, der dem österreichischen AÜG fremd ist, das in diesem Zusammenhang nur den „Überlasser“ kennt.⁵⁾

Im Folgenden werden die unterschiedlichen Formen der konzerninternen Entsendung im weiteren Sinne kurz vorgestellt, die auch den Fall der Arbeitskräfteüberlassung beinhalten. Dabei geht es nicht nur um grenzüberschreitende Konzernentsendungen, sondern auch um rein nationale Formen des unternehmensübergreifenden Personaleinsatzes.

3. Formen der Konzernentsendung

Folgende in der Praxis mehr oder weniger häufig vorkommende Formen der arbeitsrechtlichen Umsetzung einer Konzernentsendung können unterschieden werden:

3.1. „Doppelarbeitsverhältnis“⁶⁾

Das Arbeitsverhältnis des AN mit dem Stammunternehmen bleibt trotz der Entsendung in ein anderes Unternehmen – allenfalls unter einer Abänderung der bisherigen Dienstpflichten – vollständig aufrecht. Zusätzlich dazu wird ein weiteres Arbeits-

1) Der Beitrag orientiert sich im Wesentlichen an den entsprechenden Ausführungen von *Kreil/Sacherer*, Konzernweiter Personaleinsatz und Haftung in *Vavrovsky* (Hrsg), Handbuch Konzernhaftung (2008) 251 ff.

2) Vgl im Überblick *Kreil/Sacherer*, Konzernweiter Personaleinsatz und Haftung 255 ff; allg *Eichinger/Kreil/Sacherer*, Basiswissen Arbeits- und Sozialrecht³ (2010) Rz 11 ff.

3) Vgl *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ (1993) § 15 Rz 30; *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern (1996) 19 ff; OGH 28. 6. 2000, 9 ObA 67/00v RdW 2001/110 (LS) = ARD 5163/44/2000.

4) Art 1 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von AN im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (96/71/EG), ABl EG Nr L 18 vom 21. 1. 1997, 1; vgl ausführlich *Feuerborn*, Grenzüberschreitender Einsatz von Fremdfirmenpersonal, in *Oetker/Preis*, EAS, B 2500, Rz 118 ff.

5) Vgl dazu *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² (2006) 110.

6) Dieser Ausdruck wird nur zur besseren Anschaulichkeit verwendet. Unseres Wissens ist er in der Praxis nicht gebräuchlich.

verhältnis mit einem anderen Konzernunternehmen begründet. Es bestehen also zwei Arbeitsverhältnisse mit zwei rechtlich verschiedenen Gesellschaften aufrecht nebeneinander.⁷⁾

Dies wäre zB denkbar, wenn ein AN zu 20 Wochenstunden für Konzernunternehmen A zusätzlich nun auch 20 Wochenstunden für Konzernunternehmen B arbeiten soll. Jedes dieser beiden Dienstverhältnisse wäre, wenn sie tatsächlich völlig getrennt voneinander abgewickelt würden, hinsichtlich der daraus resultierenden Rechte und Pflichten für AG und AN gesondert zu beurteilen.

Dieser Fall wird in seiner Reinform in der Praxis wohl eher selten vorkommen,⁸⁾ weil dort zumeist etwas anderes intendiert ist, zB die Entsendung in eine in- oder ausländische Tochter, etwa um dort in Koordination mit den Interessen der Mutter Leitungsfunktionen auszuüben. Die Arbeitsverhältnisse sind dann also, selbst wenn diese Form vereinbart sein sollte, inhaltlich verschränkt und die Vertragsinterpretation bzw rechtliche Beurteilung hätte darauf Rücksicht zu nehmen.

Tatsächlich wird aber, wenn sich die Tätigkeit des AN „nur“ noch auf das „neue“ Unternehmen beziehen soll (was zB bei Entsendungen von Mutter- in Tochterunternehmen der Fall sein kann), dieser geänderten Situation häufig durch eine Ruhendstellung (Karencierung) des ursprünglich bestehenden Arbeitsverhältnisses (s dazu unten bei Pkt 3.3.) oder durch AG-Wechsel (unten bei Pkt 3.4.) Rechnung getragen.

3.2. Gemeinsame Arbeitgeberfunktion

Vom „Doppelarbeitsverhältnis“ zu unterscheiden ist der Fall, dass zwei Konzernunternehmen gemeinsam (vertraglicher) AG eines AN sind.⁹⁾ Dieser Fall könnte entstehen, wenn zB ein AN für einen rechtlich unselbstständigen Gemeinschaftsbetrieb zweier Konzernunternehmen arbeiten soll.¹⁰⁾ Er dürfte aber in der Praxis keine große Rolle spielen. Denkbar ist es auch, dass im Rahmen einer Entsendung das aufnehmende Konzernunternehmen dem bereits bestehenden Arbeitsvertrag als zusätzlicher Vertragspartner beitrifft. In diesen Fällen läge nur *ein* (und nicht zwei) Arbeitsverhältnis(-se) vor.

3.3. Karencierung eines Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis mit dem Stammunternehmen wird für die Dauer des Einsatzes im anderen Konzernunternehmen ruhend gestellt, also karenciert. Mit dem aufnehmenden Unternehmen wird ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen. Die Folge ist, dass der entsandte AN in zwei Arbeitsvertragsverhältnissen steht, wobei im karencierten Vertragsverhältnis lediglich die Hauptleistungspflichten (dh die Arbeitspflicht des AN und die Entgeltleistungspflicht des AG) ruhen.¹¹⁾

Das Arbeitsverhältnis als solches bleibt mit dem entsendenden Unternehmen aber weiterhin aufrecht, weshalb sämtliche anderen arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten wie insb die Treue- und Fürsorgepflicht weiter gelten.¹²⁾ Diese Konstruktion wird in der Praxis recht häufig auch für Entsendungen ins Ausland gewählt.

3.4. Beendigung eines Arbeitsverhältnisses (Arbeitgeberwechsel)

Häufig anzutreffen ist auch der Fall, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Stammunternehmen rechtlich beendet und entsprechend abgewickelt wird. Mit dem aufnehmenden Konzernunternehmen wird ein neues Arbeitsverhältnis begründet. Der AN hat also nur (noch) ein Arbeitsverhältnis, und zwar mit dem aufnehmenden Unternehmen.¹³⁾

In der Praxis wird dem AN aber nicht selten unter bestimmten Voraussetzungen vertraglich ein Rückkehrrecht zum entsendenden Unternehmen, also zum früheren AG, eingeräumt. Die Übernahme von Rechten des AN aus dem vorherigen Arbeitsvertrag, etwa durch vertraglich zugesicherte Anrechnung von Dienstzeiten oÄ, ist wohl ebenfalls nicht ungewöhnlich; selbst die vollständige Vertragsübernahme ist denkbar.¹⁴⁾ Auch diese Konstruktion ist von hoher praktischer Relevanz, zB bei Auslandsentsendungen oder bei der Übernahme der Leitung einer Tochtergesellschaft.¹⁵⁾

3.5. Entsendung ohne Eingliederung in die Betriebsorganisation

Hier besteht nur ein Arbeitsvertrag mit dem Stammunternehmen; im aufnehmenden Konzernunternehmen ist der AN faktisch tätig, aber *ohne* dort in die Betriebsorganisation eingegliedert zu sein (Entsendung im engsten Sinn). Dies ist bspw dann der Fall, wenn ein Mutterunternehmen ein Tochterunternehmen durch den Einsatz eigener „Vertrauensleute“ überwachen lässt, ohne dass diese vor Ort den Weisungen der Führungskräfte unterliegen oder sonst in den Betriebsablauf eingegliedert sind.

Ein anderes Beispiel ist ein EDV-Administrator, der bei einer Konzerngesellschaft angestellt, aber für den gesamten Konzern zuständig ist. Er wird, obwohl stets in die Betriebsorganisation „seines“ AG eingegliedert, immer wieder in den Betriebsräumlichkeiten der anderen Unternehmen tätig sein, um dort zB Wartungsarbeiten durchzuführen. Das gilt auch zB für einen Bilanzbuchhalter des Mutterunternehmens, der über Wochen hinweg die Tochterunternehmen aufsuchen muss, um deren Buchhaltungsunterlagen zur Vorbereitung des Konzern-Jahresabschlusses aufzuarbeiten.

7) So bereits *Jabornegg*, Arbeitsvertragsrecht im Konzern, DRdA 2002, 3 (14), mit zutreffendem Hinweis, dass tatsächlich oft eine Verknüpfung zwischen den Arbeitsverhältnissen besteht (siehe sogleich).

8) Vgl aber immerhin den Sachverhalt in VwGH 21. 11. 2001, 98/08/0029 ARD 5377/6/2003, sowie BAG 16. 2. 2006 NZA 2006, 592. Hingegen wurde in OGH 19. 12. 2002, 8 ObA 135/02i ZAS 2004, 84 (Anm Resch) die „Aufspaltung“ in ein Arbeits- und ein freies Dienstverhältnis zu jeweils verschiedenen Konzernunternehmen zu Recht als unzulässig angesehen.

9) Ausführlich, vor allem aus zivilrechtlicher Sicht, *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 75 f.

10) Vgl OGH 22. 2. 2006, 9 ObA 49/05d Arb 12.597 = ZAS 2007/37 (Anm Risak), wo dies zwar für den konkreten Sachverhalt, nicht aber als grundsätzliche Möglichkeit abgelehnt wird.

11) Zur Abfertigung in so einem Fall OGH 2. 3. 2007, 9 ObA 14/07k RdW 2007, 421 = ARD 5772/6/2007. Siehe weiters zB den Sachverhalt zu OGH 11. 2. 2004, 9 ObA 99/03d Arb 12.410 = ARD 5516/7/2004; Hinweis auf diese Konstruktion auch bei *Jabornegg*, Arbeitsvertragsrecht im Konzern, DRdA

2002, 3 (14), dort (123 ff) auch näher zu Konzernversetzungsklauseln (sowohl Ruhendstellung als auch AG-Wechsel betreffend).

12) Ausführlich *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 110 ff.

13) *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 57 ff, 75, zu Anrechnungsfragen (zB im Zusammenhang mit der Abfertigung) 114 ff. Vgl auch OGH 2. 3. 2007, 9 ObA 14/07k RdW 2007, 421 = ARD 5772/6/2007: Entsendung durch Arbeitgeberwechsel möglich.

14) Vgl *Jabornegg*, Arbeitsvertragsrecht im Konzern, DRdA 2002, 3 (9), 118 (123). Diesfalls läge ein AG-Wechsel ohne Beendigung vor.

15) Vgl den Sachverhalt zu EuGH 22. 5. 2008, C-462/06, *Laboratoires Glaxo-SmithKline* ARD 5875/4/2008 (wo beim AG-Wechsel die Vertragspflichten des früheren AG übernommen wurden). S allerdings auch den (insofern wohl nicht repräsentativen) Sachverhalt zu OGH 28. 6. 2000, 9 ObA 67/00v RdW 2001/110 (LS) = ARD 5163/44/2000 (in der gleichen Rs OGH Wien 2. 2. 2000 ARD 5146/24/2000), wo die Initiative zum AG-Wechsel vom AN ausging. Zum AG-Wechsel bei Übernahme einer Geschäftsführungsfunktion OGH 26. 6. 1997, 8 ObA 170/97a ARD 4890/5/97 = ecolex 1998, 239 (Anm *Fantur/Zehetner*).

3.6. Arbeitskräfteüberlassung

Die Arbeitskräfteüberlassung ist tunlich von den vorgenannten Formen der Entsendung im Konzern zu trennen. Bei der Arbeitskräfteüberlassung besteht zwar ebenfalls wie in den vorhin unter Pkt 3.5. geschilderten Fällen nur ein Arbeitsvertrag mit dem Stammunternehmen. Der Unterschied liegt darin, dass der AN im aufnehmenden Konzernunternehmen in der Weise tätig wird, dass er in die Betriebsorganisation eingegliedert ist. Entscheidend ist dabei, dass dem aufnehmenden Unternehmen die Verfügungsgewalt über die überlassene Arbeitskraft zur Verfolgung seiner eigenen Betriebszwecke übertragen wird.¹⁶⁾

Arbeitskräfteüberlassung zwischen Konzerngesellschaften kommt in der Praxis sehr häufig vor, weshalb diese Form der „Leiharbeit“ unter bestimmten Voraussetzungen auch vom Anwendungsbereich des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) ausgenommen ist (sog Konzernprivileg).¹⁷⁾

4. Abgrenzungsfragen

In der Praxis machen sich die Vertragsparteien mitunter wenig Gedanken darüber, welche der unter Pkt 3. beschriebenen juristischen Konstruktionen dem von ihnen Gewünschten zugrunde liegen. Dem Parteiwillen werden bei der „klassischen“ Entsendung wohl häufig die Konstruktionen Pkt 3.3., 3.4., 3.5. und 3.6. entsprechen, wobei Pkt 3.5. von den anderen Formen leichter abzugrenzen ist als diese untereinander.

Jedenfalls macht der Umstand, dass ein bestimmtes Unternehmen Nutznießer der Tätigkeit des AN ist und/oder, dass der AN in dessen Betrieb eingegliedert ist, dieses *nicht* automatisch zum AG mit all dessen Rechten und Pflichten. Das ergibt sich daraus, dass von der wohl einhelligen Lehre der sog Vertragstheorie vor der Eingliederungstheorie der Vorzug gegeben wird.¹⁸⁾ Dies betrifft allerdings nur das Arbeitsvertragsrecht. Im Betriebsverfassungsrecht ist hingegen auf die Eingliederung abzustellen, was insb dazu führt, dass unter Umständen auch überlassene/entsendete Arbeitskräfte als AN (iSd § 36 Abs 1 ArbVG) des aufnehmenden Betriebes/Unternehmens gelten können.¹⁹⁾

Ist das von den Parteien Gewollte nicht klar feststellbar, kann die Eingliederung allerdings als Hinweis für den Parteiwillen hinsichtlich der Arbeitgeberposition bzw deren Übergangs gelten. Insgesamt können zB folgende Indizien herangezogen werden:

- Im Betrieb welchen Konzernunternehmens ist der AN tätig?
- Ist seine Tätigkeit dort für vorübergehend oder für dauerhaft geplant?
- Welches Konzernunternehmen bezahlt das Entgelt (nämlich an den AN und nicht etwa im Wege der Rückverrechnung an ein anderes Konzernunternehmen)?

16) Vgl dazu ausführlich *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 128. Ein entsprechendes Vertragsmuster bei *Jöst*, Überlassung im Konzern, ZAS 2007, 45 f. Abseits von der Terminologie des AÜG und wohl auch über ihren Tatbestand hinausgehend, aber jedenfalls zutreffend und anschaulich, hat *Jabornegg*, Arbeitsvertragsrecht im Konzern, DRdA 2002, 3 (13) diese Form als mittelbares Arbeitsverhältnis kraft Dienstverschaffung bezeichnet und näher beschrieben. OGH 2. 3. 2007, 9 ObA 14/07k RdW 2007, 421 = ARD 5772/6/2007, weist auf diese Möglichkeit unter der Bezeichnung „Entsendung, bei der ein Arbeitsverhältnis nur zur ursprünglichen Gesellschaft aufrecht bleibt“ hin.

17) Siehe dazu ausführlich *Kreil/Sacherer*, Konzernweiter Personaleinsatz und Haftung 273 ff; *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 80 ff; *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 86 ff.

18) Vgl *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 208.

19) Vgl dazu ausführlich *Schwarz/Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 314 ff.

- Bei welchem Unternehmen ist der AN sozialversicherungsrechtlich angemeldet bzw welches führt die Beiträge ab?

Insb bei der Abgrenzung der nahe beieinanderliegenden unter Pkt 3.3, 3.4. und 3.6. genannten Konstruktionen (Karenderung, Arbeitgeberwechsel und Arbeitskräfteüberlassung) im Wege der Vertragsinterpretation kann zusätzlich darauf abgestellt werden, inwieweit die Vertragspartner das entsendende Unternehmen in die weitere Abwicklung involvieren oder heraushalten wollten.

Betreffend den im letzten Punkt der Aufzählung genannten Aspekt der Anmeldung zur Sozialversicherung ist insb bei internationalen Sachverhalten Vorsicht geboten, denn alleine die länger dauernde Entsendung als solche kann die Sozialversicherungspflicht auslösen.²⁰⁾ Somit wird zB der nach Österreich entsendete AN – gesetzeskonform – in Österreich zur Sozialversicherung angemeldet, obwohl man sich einig ist, dass, arbeitsvertragsrechtlich gesehen, ein Arbeitsverhältnis mit der österreichischen Tochter *nicht* zustande kommen soll.

Aber auch bei rein inländischen Sachverhalten ist nicht undenkbar, dass die vertragsrechtliche Arbeitgeber- und die sozialversicherungsrechtliche Dienstgeberposition voneinander abweichen, zumal gemäß § 35 Abs 1 ASVG derjenige als Dienstgeber anzusehen ist, auf dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht.²¹⁾ Insofern hat die sozialversicherungsrechtliche Anmeldung nur Indizcharakter.

Auch die anderen genannten Aspekte lassen sich nicht zwingend auf einen bestimmten Vertragswillen zurückführen. So lässt die (teilweise) Entgeltzahlung durch ein Konzernunternehmen ebenfalls nicht zwingend auf deren AG-Eigenschaft schließen. Jedenfalls bei Aktienoptionen ist klar, dass diese für sich genommen das Unternehmen, das die Option gewährt (meist handelt es sich um die Muttergesellschaft), *nicht* zum AG machen können.²²⁾

Weiters ist bei der Interpretation der in der Praxis oft nur unpräzise getroffenen Vereinbarungen selbstverständlich auch die Vertretungsmacht der auf Arbeitgeberseite handelnden Person(en) zu beachten. Ein Geschäftsführer einer Konzern-tochtergesellschaft kann nicht ohne Weiteres einen Vertrag mit dem AN schließen und damit die Konzernmuttergesellschaft zu dessen AG machen oder umgekehrt.²³⁾

Somit könnte die Frage, welchem Konzernunternehmen im konkreten Fall die Arbeitgeberposition zukommen sollte, uU über die (mangelnde) Vertretungsmacht, also gleichsam im Ausschlussverfahren, beantwortet werden. Allerdings ist nicht selten eine einzige natürliche Person für mehrere Konzerngesellschaften vertretungsbefugt. Zudem ist an eine Vollmacht-erteilung im konkreten Fall sowie an die sog Duldungsvollmacht und die Verwaltervollmacht zu denken.²⁴⁾

20) Ausführlicher *Kreil/Sacherer*, Konzernweiter Personaleinsatz und Haftung 273 (bei FN 60).

21) Genauer *Kreil/Sacherer*, Konzernweiter Personaleinsatz und Haftung 269 f; vgl (teilweise anders) *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 149. In diesem Sinne arbeitsrechtliche und sv-rechtliche Dienstgeberstellung trennend VwGH 1. 4. 2009, 2006/08/0113 ZAS 2009/52 (Anm *Pacic*) = RdW 2009/683 = ARD 5976/7/2009 zur „Überlassung“ eines Bürgermeisters als Geschäftsführer; VwGH 21. 11. 2001, 98/08/0029 ARD 5377/6/2003 zu mehreren miteinander verbundenen Dienstgebern, ferner OGH 1. 4. 1998, 9 ObA 88/98a infas 1998/A 103 (betrifft keinen Konzern).

22) OGH 13. 11. 2008, 8 ObA 69/08t; BAG 12. 2. 2003 NZA 2003, 487 = AuR 2003, 195 (LS).

23) Vgl aus der Rsp OGH 11. 11. 2004, 8 ObA 114/04d DRdA 2005/38 (Anm *Artmann*) = *ecolex* 2005, 232; OGH 23. 11. 2005, 9 ObA 152/05a ARD 5668/5/2006 (mit AN-freundlicher, großzügiger Auslegung der Vertretungsmacht eines Alleinaktionärs); OGH 26. 6. 1997, 8 ObA 170/97a ARD 4890/5/97; OLG Wien 28. 4. 2005, 10 Ra 179/04y ARD 5612/3/2005.

24) Zu den vertretungsrechtlichen Problemen genauer *Jabornegg*, Arbeitsvertragsrecht im Konzern, DRdA 2002, 3 (8, mit wichtigem Hinweis auf die

Bei der Frage nach der hinter einer Entsendung iWStehenden juristischen Konstruktion ist ferner das Schein- bzw Umgehungs-geschäft (§ 916 ABGB) bedeutsam. Demnach ist ein Scheingeschäft nichtig und ein allenfalls dahinter verborgenes anderes Geschäft „nach seiner wahren Beschaffenheit zu beurteilen“.²⁵⁾ Das kann zB bei einer Konstruktion der Fall sein, bei der der Wechsel eines AN zu einer anderen Konzerngesellschaft als AG durch einen neuen Arbeitsvertrag nur aus steuerrechtlichen Gründen gewählt wurde, wobei sich die Vertragsparteien (AG und AN) einig waren, dass sich in Wahrheit ohnehin nichts ändern sollte. Diesfalls wäre das bisherige Arbeitgeberunternehmen vertragsrechtlich weiterhin als AG anzusehen.

Jedenfalls wirken diese Unsicherheiten bei der Vertragsinterpretation aufgrund der Unklarheitenregel des § 915 ABGB wohl in den meisten Fällen zulasten der AG-Seite, von der die Formulierungen dieser Verträge ja zumeist stammen. Klare (vertragliche) Regelungen sind insofern auch für die AG-Seite sinnvoll. Nicht zuletzt ermöglichen sie, die Rechtsfolgen einer Konzernentsendung für sich besser einzuschätzen.

5. Folgen

Die Rechtsfolgen können hier nicht im Einzelnen dargestellt werden; zum Teil sind sie auch unklar oder strittig und überdies mitunter von der gewählten vertraglichen Konstruktion unabhängig. So könnte uU ein konzerndimensionaler Kündigungsschutz zu bejahen sein.²⁶⁾ Weiters ist zB – um nur ein Einzelproblem herauszugreifen – fraglich, ob bei einer Konzernentsendung das aufnehmende Unternehmen als Dritter iSd DNHG zu behandeln ist.²⁷⁾ Auch andere Zurechnungs- und Durchgriffsprobleme können aufgeworfen werden.²⁸⁾

Dennoch bleibt es bedeutsam, die hinter der Konzernentsendung stehende vertragsrechtliche Konstruktion und die daran beteiligten Personen zu kennen. So steht zB fest, dass grundsätzlich der (vertragliche) AG als Entgeltschuldner primär haftet, sollten die Zahlungen – die ja auch von einem anderen Konzernunternehmen geleistet werden könnten – einmal ausfallen. Auch die arbeitnehmerschutzrechtlichen Pflichten (samt Haftung) treffen jedenfalls den vertragsrechtlichen AG. Ferner kommt es – für den AN sehr wichtig – beim Insolvenz-Entgeltschutz darauf an, ob das „richtige“ Unternehmen, nämlich der AG, von der Insolvenz getroffen wurde.²⁹⁾ Auch das AÜG könnte, wenn die Konstruktion den Voraussetzungen der Arbeitskräfteüberlassung (siehe Pkt 3.6.) entspricht, uU anwendbar sein, zumal das Konzernprivileg Rückausnahmen kennt.³⁰⁾ Übrigens wäre es nicht fernliegend, Fälle der langfristigen Arbeitskräfteüberlassung im Konzern als „atypische“ Ar-

beitskräfteüberlassung anzusehen;³¹⁾ derzeit sieht es allerdings nicht danach aus.³²⁾

Zudem kann bei unklaren Konstruktionen etwa der Anspruch Abfertigung „alt“ strittig werden; sie fällt an, wenn ein Arbeitsverhältnis beendet wird (was dem unter Pkt 3.4. geschilderten Fall entspricht), bei den anderen Konstruktionen, namentlich der Karenzierung (Pkt 3.3.), allerdings nicht.³³⁾ Gerade bei Auslandsentsendungen kann diese Frage relevant werden, wenn die ausländische Rechtsordnung vergleichbare Regelungen nicht kennt. Dienstzeiten (zB im Zusammenhang mit Abfertigung oder erhöhtem Urlaubsanspruch) laufen beim entsendenden Unternehmen mangels anderslautender Regelung im Karenzierungsfall wohl weiter, bei der Beendigung (jedenfalls nach herrschender Rsp) nicht.³⁴⁾ Desgleichen kann angefallener Urlaub bei Beendigung grundsätzlich nur unter entsprechender Parteienvereinbarung zu einem neuen AG „mitgenommen“ werden.

Im Zuge einer unklaren Vereinbarung eines konzernweiten Personaleinsatzes kann, wie bereits gezeigt, (auch) die Person des AG, dh welches von mehreren Konzernunternehmen als AG anzusehen ist, infrage stehen.³⁵⁾ Dadurch sind mitunter prozessuale „Überraschungen“ möglich, indem einer Klage eines AN auf arbeitsrechtliche Ansprüche mangelnde Passivlegitimation entgegengehalten wird. Aus prozessrechtlicher Sicht ist hier auf das Instrument der Berichtigung der Parteienbezeichnung hinzuweisen. Sollte sich im Gerichtsverfahren herausstellen, dass das „falsche“ Unternehmen als AG belangt wurde, so wird die Berichtigung der Parteienbezeichnung von der Rsp zugelassen.³⁶⁾

6. Führungskräfte

Die vorstehenden Überlegungen können auch auf Führungskräfte angewendet werden, die aufgrund eines (Arbeits- oder freien Dienst-)Vertrages zB mit dem Mutterunternehmen von diesem zu einer Tochter entsandt werden, um dort etwa eine Geschäftsführungsfunktion wahrzunehmen. Auch sie lassen sich, je nach Parteiwillen, in dieses obige Schema der Entsendungsformen einordnen. Falls sie dabei als AN oder arbeitnehmerähnlich einzustufen sind, können sie dabei auch unter die Arbeitskräfteüberlassung iS des AÜG fallen.

Praktisch häufig dürfte aber va die Karenzierung des Vertrages mit dem entsendenden Unternehmen vereinbart werden (Pkt 3.3.)³⁷⁾ Genauso ist denkbar, dass ein Angestellter der Muttergesellschaft ein Geschäftsführungsmandat bei einer Tochter annimmt, ohne dass sich an seiner vertraglichen Stellung etwas ändert. Dies ist insb dann ohne Weiteres möglich, wenn bereits der Anstellungsvertrag mit der Muttergesellschaft die Übernahme von Geschäftsführungsfunktionen in Tochtergesellschaften vorsieht.³⁸⁾ Dieser Fall entspricht wohl – auch wenn

Scheinvertreter-Haftung); *Kreil/Sacherer*, Konzernweiter Personaleinsatz und Haftung 262 f. Schlechte Erkennbarkeit des AG in einer Unternehmensgruppe wird außerdem zB bei OGH 15. 4. 2004, 8 ObA 32/04w, sowie OGH 7. 5. 2003, 9 ObA 49/03a, thematisiert; vgl auch OGH 1. 4. 1998, 9 ObA 88/98a infas 1998/A 103 (nicht zu einer Unternehmensgruppe), dazu auch eingehend und mit weiteren Rsp-Nachweisen *Jabornegg*, aaO 9 ff.

25) Ausführlich zB *Rummel* in *Rummel*, ABGB, Bd I³ (2000) § 916 Rz 2 ff.

26) Vgl (wenn auch letztlich ablehnend) OGH 29. 6. 2009, 9 ObA 34/08b RdW 2009/742 = ARD 6005/6/2009 = infas 2009/A 60; *Tinhofer*, Die organisatorischen Grenzen der sozialen Gestaltungspflicht im allgemeinen Kündigungsschutz (Betrieb, Unternehmen, Konzern), RdW 2009, 816; *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 209 ff.

27) Vgl (verneinend) *Kreil/Sacherer*, Konzernweiter Personaleinsatz und Haftung 267 f (zu Entsendung), 274 f (zu Arbeitskräfteüberlassung).

28) Vgl zB *Jabornegg*, Arbeitsvertragsrecht im Konzern, DRdA 2002, 118 (127 ff); *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern, passim.

29) Ausführlich mit Hinweisen auf spezielle Probleme im Konzern *Kreil/Sacherer*, Konzernweiter Personaleinsatz und Haftung 268.

30) S *Kreil/Sacherer*, Konzernweiter Personaleinsatz 273 ff.

31) So OGH 3. 12. 2003, 9 ObA 113/03p wbl 2004, 334, wo eine Dauerüberlassung einer AN (soweit zu sehen, ohne Konzernbezug) als „atypisch“ mit weitreichenden Folgen qualifiziert wurde (vgl auch LAG Berlin 7. 1. 2005 AuR 2005, 235, betreffend rechtsmissbräuchliche Arbeitskräfteüberlassung).

32) Ein jüngeres Judikat (zu einem Konzernsachverhalt) nimmt auf diese „Atypizität“ nicht mehr Bezug, s OGH 18. 4. 2007, 8 ObA 108/06z Arb 12.674 = ZAS 2008/10 (Anm *Gerlach*) = ARD 5819/3/2007.

33) Vgl nur OGH 9 ObA 2.3.2007, 9 ObA 14/07k RdW 2007, 421 = ARD 5772/6/2007 konkret zu diesem Fall.

34) Vgl aber weitergehend *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 114 ff, wo etwa für Fälle des Arbeitgeberwechsels eine weitergehende Anrechnung (zB von Dienstzeiten) analog zum Kettendienstvertrag vertreten wird.

35) Vgl dazu die Rsp-Hinweise in FN 23 und 24.

36) So OGH 7. 5. 2003, 9 ObA 49/03a, sowie zB im – keinen Konzern betreffenden – Fall OGH 27. 8. 2003, 9 ObA 97/03k.

37) Vgl etwa das Vertragsmuster bei *Runggaldier/Schima*, Managerdienstverträge³ (2006) 277 ff.

38) Zur Übernahme von Organfunktionen bei Töchtern als Dienstpflicht siehe *Runggaldier/Schima*, Managerdienstverträge³ 55 ff, zur Zulässigkeit der

diese Bezeichnung im Zusammenhang mit einer Führungskraft gewöhnungsbedürftig ist – dem hier unter „Arbeitskräfteüberlassung“ geschilderten, weil dabei die Führungskraft durchaus, anders als in den unter 3.5. geschilderten Fällen, zu einem Teil der Betriebsorganisation des Tochterunternehmens wird (selbst wenn es diese leiten sollte).³⁹⁾

Drittanstellung *dieselben*, aaO 14 ff. Derartige Sachverhalte liegen zB OGH 22. 2. 2006, 9 ObA 49/05d Arb 12.597 = ARD 5706/4 und OLG Wien, 26. 2. 1990 ARD 4172/13/90 zugrunde; ähnlich auch OGH 28. 9. 2007, 9 ObA 28/07v ZAS 2009/45 (Anm *Jabornegg*) = ASoK 2008, 77. Bereits ZRS Wien, 3. 4. 1967, 44 Cg 38/67, weist darauf hin, dass diese Form der Entsendung nicht „automatisch“ ein Arbeitsverhältnis mit dem Tochterunternehmen begründet, anders VwGH 27. 10. 1987, 85/14/0010, wbl 1988, 49 f aus steuerrechtlicher sowie VwGH 1. 4. 2009, 2006/08/0113 ZAS 2009/52 (Anm *Pacic*) = RdW 2009/683 = ARD 5976/7/2009 aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht.

39) Vgl bereits ASG Wien 5. 9. 1991, 23 Cga 44/90, ARD 4350/5/92, das in so einem Fall von einem „verliehenen“ AN spricht. Insofern anderer Sachverhalt bei OGH 26. 6. 1997, 8 ObA 170/97a ecolex 1998, 239 (Anm *Fantur*)

7. Resümee

Die Entsendung von AN und Führungskräften innerhalb eines Konzerns kann aus rechtlicher Sicht ganz unterschiedlich gestaltet werden. Dementsprechend ergeben sich daraus unterschiedliche arbeits- und sozialrechtliche Konsequenzen sowohl für die entsendeten AN als auch für die beteiligten Konzerngesellschaften. Die Klärung, welche Konstruktion im konkreten Einzelfall vorliegt, ist oft nur im Wege der Vertragsinterpretation möglich. Um die dabei entstehenden Unsicherheiten zu vermeiden, ist es ratsam, nicht nur eine Entsendungsform zu wählen, die die gewünschten Rechtsfolgen nach sich zieht, sondern vor allem auch eine entsprechend klare vertragliche Vereinbarung abzuschließen.

Zehetner) = ARD 4890/5/97, wo ein AG-Wechsel (und somit keine Überlassung) stattfand (mit Konsequenzen für die AN-Eigenschaft iSv § 36 ArbVG).



Die Autorin:

Mag. Dr. Linda Kreil ist – nach mehrjähriger Tätigkeit in namhaften Wiener Rechtsanwaltskanzleien mit Schwerpunkt Arbeits- und Wirtschaftsrecht – derzeit Universitätsassistentin am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der WU Wien sowie Lehrbeauftragte an der FH Wiener Neustadt.

Publikationen der Autorin (Auswahl):

Konzernrecht, in: *Majoros/Marchl/Walzell/Dietrich* (Hrsg), Handbuch für Führungskräfte (2007) 187 ff; Zum Haftungs- und Zurechnungsdurchgriff bei Arbeitnehmeransprüchen im Konzern, RdW 2002, 415 ff; Arbeitsverhältnisse im Konzern (1996); Mitbestimmung im Konzern (1993).

Der Autor:

Dr. Remo Sacherer, LL.M., ist Rechtsanwalt in Wien und Partner von MOSATI Rechtsanwälten (www.mosati.at), Universitätsassistent am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der WU Wien, Lektor für Arbeits- und Sozialrecht an der FH Wiener Neustadt sowie Trainer für Arbeitsrecht am WIFI Wien.

Publikationen des Autors (Auswahl):

Basiswissen Arbeits- und Sozialrecht⁵ (2010) (gemeinsam mit *Eichinger* und *Kreil*); Kommentar zum AÜG (2006) (gemeinsam mit *B. Schwarz*); Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001); Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz, ZESAR 2005, 363-374 (gemeinsam mit *Runggaldier*).



Judikatur

Allgemeines Arbeitsrecht

■ RdW 2010/173, 160

Privatisierung: Anwendung der Betriebsverfassung des ArbVG

1. Für Gemeindebedienstete, die in Betrieben tätig sind, ist gem Art 21 B-VG weiterhin das Land gesetzgebungsbefugt. Die bundesrechtlichen Vorschriften über die betriebliche Interessenvertretung gelangen nur dann zur Anwendung, wenn das jeweilige Land von dieser Kompetenz keinen Gebrauch macht.
2. Nimmt daher der Landesgesetzgeber – wie hier – seine Kompetenz zur Regelung des Personalvertretungsrechts für Gemeindebedienstete in Anspruch, die an ausgegliederte Betriebe zugewiesen sind (hier: Wiener Linien GmbH & Co KG), bleibt hinsichtlich dieser Beschäftigten für die Fortwirkung der Betriebsverfassung des ArbVG kein Raum.

ArbVG: §§ 33, 101
W-PVG: § 4 Abs 7
OGH 26. 8. 2009, 9 ObA 151/08h

Erste Rsp zur Frage, ob dem BR in einem ausgegliederten Betrieb der früheren Wiener Stadtwerke in Bezug auf dienstzugewiesene Vertragsbedienstete der Gemeinde Wien ein Mitwirkungsrecht gemäß § 101 ArbVG zukommt