

Arbeitsrechtliche Fragen bei Public Private Partnership

Georg Schima / Birgit Vogt-Majarek

- I. Einleitung
- II. Probleme des Betriebs(teil)überganges
 - A. Umsetzung der Richtlinie und Anwendungsbereich des AVRAG im Bereich des öffentlichen Dienstes
 - 1. Europarechtliche Vorgaben
 - 2. Umsetzung im AVRAG
 - B. Vorliegen eines Betriebs(teil)überganges bei Ausgliederungen/„Outsourcing“
 - C. Wechsel des privaten Partners
- III. Arbeitskräfteüberlassung bei Beteiligung von Gebietskörperschaften
 - A. Das Problem mit der „Diensthoheit“
 - 1. Begriff der „Diensthoheit“
 - 2. Verfassungsrechtlich zulässige Varianten der Überlassung von öffentlich Bediensteten an Private
 - 3. Faktische Probleme bei der Überlassung von öffentlich Bediensteten an Private
 - 4. Übertragung der Diensthoheit an andere Behörden
 - B. Vereinbarte Arbeitskräfteüberlassung bei Betriebs(teil)übergang
 - C. Arbeitskräfteüberlassung als Umgehungsinstrument?
 - D. Beamte und (Nicht-)Anwendung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes
 - E. Gesetzliche Anordnung einer Arbeitskräfteüberlassung bei Betriebs(teil)übergängen
- IV. Leistungsgewährung ohne gesetzliche Grundlage bei Ausgliederung
- V. Betriebsverfassungsrechtliche Fragen bei Ausgliederung

I. Einleitung

Eine auch nur einigermaßen taugliche Definition oder scharfe Begriffsabgrenzung von „*Public Private Partnership*“ gibt es nicht.

Von den Anfängen der Entwicklung des PPP-Gedankens in der von Umweltproblemen geplagten Region Pittsburgh in den Vierzigerjahren des 20. Jahrhunderts und den als Reaktion auf die bestehenden Probleme dort ergriffenen Maß-

nahmen¹ bis zu heutigen Contracting-Modellen im Energiebereich² ist es in der Tat ein weiter Weg.

In der Literatur wird nicht von ungefähr eine „Begriffsaufweichung“ beim Terminus „Public Private Partnership“ konstatiert³ und auf einen interessanten Aspekt hingewiesen: So schreiben Budäus/Grüning⁴, dass unter dem Begriff „Public Private Partnership“ zunehmend Formen der Privatisierung verstanden würden. Privatisierung sei in der aktuellen Situation aber ein ideologisch besetztes Reizwort. Insofern könne – so die Autoren weiter – „ein großer Teil der Begriffserweiterung von PPP als Versuch von Privatisierern gewertet werden, die damit verbundene ideologische und emotionale Debatte zu umgehen.“ Denn der Begriff Partnerschaft sei weit positiver besetzt als Privatisierung und könne daher „der Verschleierung dienen“.⁵

Man kann diesem Befund uE auch dann etwas abgewinnen, wenn man keineswegs „ideologisch“ oder aus anderen Gründen gegen Privatisierungen eingestellt ist. Denn es lässt sich nicht leugnen, dass die Durchsetzung gesellschaftspolitisch relevanter Anliegen – und dazu gehört nun einmal auch die Auslagerung bislang von der öffentlichen Hand besorgter, insbesondere kommunaler Aufgaben an Private – durch die Verwendung gut verkaufbarer Etikettierungen erleichtert wird.

Insofern kann der Begriff „Public Private Partnership“ als Marketinginstrument verstanden werden, um der Devise „Mehr Privat, weniger Staat“ stärker zum Durchbruch zu verhelfen.

Die Vielschichtigkeit des Begriffs PPP lässt eine systematisierte Aufbereitung selbst der „bloß“ arbeitsrechtlichen Fragestellungen nur schwer zu.

Annähern kann man sich dem Problem freilich auch dadurch, dass man zunächst jene Fallgestaltungen ausscheidet, die keine spezifisch arbeitsrechtlichen Probleme mit sich bringen.

Eine wesentliche Aussage lässt sich dahin gehend treffen, dass bei PPP-Modellen, die nicht von einem Betriebs(teil)übergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG begleitet sind, zahlreiche potentielle Arbeitsrechtsfragen wegfallen.

¹ Vgl Budäus/Grüning, Public Private Partnership – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice-Theorie, in: Budäus/Eichhorn (Hrsg), Public Private Partnership (1997) 42.

² Einen recht instruktiven Überblick über die verschiedenen PPP-Modelltypen bietet die (unveröffentlichte) Diplomarbeit an der WU Wien von Gottfried Weis, Finanzierung kommunaler Investition über Public-Private-Partnership (1999) 25 ff.

³ Budäus/Grüning (FN 1) 46 f.

⁴ Budäus/Grüning (FN 1) 47.

⁵ Budäus/Grüning (FN 1) 47.

Überall dort, wo in privatrechtlicher Rechtsform, insbesondere in der Form einer Kapitalgesellschaft (idR GmbH) organisierte wirtschaftliche Einheiten als „greenfield investment“ neu etabliert werden – also zB die Neuerrichtung einer Müllverbrennungsanlage durch eine GmbH, an der die Gemeinde als Minderheits- oder auch Mehrheitsgesellschafterin beteiligt ist – und kein Personal der öffentlichen Hand für die Abwicklung herangezogen wird, kann das schwierige Problemfeld Betriebs(teil)übergang ausgeklammert bleiben. Allenfalls stellen sich dann die mit der Arbeitskräfteüberlassung von und an Gebietskörperschaften verbundenen – auch nicht immer einfachen – Probleme.⁶

II. Probleme des Betriebs(teil)überganges

Jene Gestaltungsformen von PPP, bei denen aus dem Bereich einer Gebietskörperschaft ein über einen organisatorischen Mindeststandard verfügendes betriebliches Substrat bzw eine „Verwaltungsaufgabe“ (also eine betriebliche Tätigkeit im weiteren Sinne) gemeinsam mit einer – wenn auch kleinen – Gruppe von Arbeitnehmern auf einen privaten Rechtsträger übertragen wird, müssen sich den Herausforderungen des in vorausschauender Umsetzung der EG-Betriebsübergangs-RL⁷ am 1. Juli 1993 in Kraft gesetzten Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes („AVRAG“) stellen.

Es geht dabei typischerweise um Konstellationen, für die heute der Begriff „Outsourcing“ gebräuchlich ist. In der vor allem betriebs- und volkswirtschaftlichen Literatur wird zwar teilweise kritisiert, dass unter „Public Private Partnership“ heute zunehmend auch alle Formen des Outsourcing verstanden werden, doch kann auf diese für Puristen vielleicht problematische Begriffserweiterung gerade im Zusammenhang mit der Erläuterung arbeitsrechtlicher Spezialprobleme nicht verzichtet werden.

A. Umsetzung der Richtlinie und Anwendungsbereich des AVRAG im Bereich des öffentlichen Dienstes

Am Beginn der Ausführungen betreffend die Richtlinienumsetzung durch den österreichischen Gesetzgeber in Bezug auf den öffentlichen Dienst soll das Ergebnis stehen: Weder der Bundesgesetzgeber noch alle Landesgesetzgeber haben die Betriebsübergangsrichtlinie diesbezüglich korrekt und vollständig umgesetzt.

1. Europarechtliche Vorgaben

Dass Ausgliederungen aus dem Bereich der öffentlichen Hand grundsätzlich unter die RL fallen, ist längstens seit der Entscheidung des EuGH vom 15. Okto-

⁶ Vgl dazu zB *Schima*, Arbeitskräfteüberlassung an und durch Gebietskörperschaften – Rechtliche Aspekte der Privatisierung durch Ausgliederung, RdW 1994, 209 ff.

⁷ RL 77/187 EWG idF RL 98/50.

ber 1996 in der Rechtssache *Henke*⁸ geklärt.⁹ Auf die Beschaffenheit und rechtliche „Konstruktion“ des Veräußerers oder Erwerbers kommt es für die Anwendung der RL ebenso wenig an wie darauf, ob Arbeitnehmer von Gebietskörperschaften oder Körperschaften öffentlichen Rechts von einem Übertragungsvorgang betroffen sind.

Ausgenommen von der RL-Anwendung sind nur jene Betriebs(teil)übergänge, die den gemeinschaftsrechtlichen Begriff des öffentlichen Dienstes betreffen, dh solche Bedienstete, die in Ausübung von Hoheitsgewalt tätig sind.¹⁰ Der gesamte Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung – und gerade dieser ist für Ausgliederungen naheliegenderweise besonders „empfindlich“ – unterliegt daher der Betriebsübergangs-RL.

So hat der EuGH im Zusammenhang mit Art 48 Abs 4 EGV festgehalten, dass die darin verwendete Formulierung „*öffentliche Verwaltung*“ nur diejenigen Stellen meint, die unmittelbar oder mittelbar an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben teilnehmen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind.¹¹

Es bedarf keiner näheren Erörterung, dass darunter weder die Abfall- oder Abwasserentsorgung, die Kanalisation noch die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen noch Anlagen der Energiegewinnung fallen.

Eine nicht unbeträchtliche Einschränkung der RL-Geltung für den Bereich des öffentlichen Dienstes, von der der österreichische Gesetzgeber auch Gebrauch gemacht hat, resultiert freilich daraus, dass für die Anwendung der Betriebsübergangs-RL kein gemeinschaftsrechtlicher, sondern der nationale Arbeitnehmerbegriff des betroffenen Mitgliedstaates zugrunde zu legen ist. Dies wurde schon vor der Modifizierung der Betriebsübergangs-RL durch die RL 98/50 vertreten.¹²

⁸ EuGH 15.10.1996, Rs C-298/94, Slg 1996, I-4989.

⁹ Vgl auch *Marhold*, Privatisierungsprobleme im Arbeitsrecht und Sozialrecht, in: Achatz/Isak/Marhold, Privatisierung im Europarecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht und Sozialrecht (1999) 64 f.

¹⁰ Vgl EuGH 15.10.1996, Rs C-298/94, Slg 1996, I-4989, wo die Anwendbarkeit der RL bei Ausgliederung von Gemeindeaufgaben in concreto verneint wurde.

¹¹ EuGH 17.12.1980 (*Kommission/Belgien*) 149/79, Slg 1980, 3881; vgl dazu *Runggaldier*, ZASB 2000, 99 ff; *Schmidt*, in: Blanpain/Schmidt/Schweibert, Europäisches Arbeitsrecht² (1996) 194 mit Beispielen für Beschäftigungen, die nicht der Ausnahme des Art 48 Abs 4 EGV unterliegen; *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EG (1993) 41; *Krimphove*, Europäisches Arbeitsrecht (1996) 131.

¹² Vgl EuGH 11.6.1985, Slg 1985, 2639 (*Mikkelsen/Danmols*); EuGH 15.6.1988, Slg 1988, 3057 (*Bork*); *Holzer/Reissner*, AVRAG (1996) 64; OGH 7.10.1998, ecolx 1999, 276; ebenso die Gesetzesmaterialien zum AVRAG ErlRV 1077 BlgNR XVIII. GP, 9; abl *Marhold* (FN 9) 66 f.

Der mit dieser Betrachtungsweise verbundene Vorteil der Rechtssicherheit auf nationaler Ebene wird durch die Möglichkeit konterkariert, dass die Mitgliedstaaten nach dem Konzept der RL schutzwürdige Personen aus deren Anwendungsbereich ausklammern.¹³

Österreich bietet dafür mit den im AVRAG verankerten Ausnahmen für den öffentlichen Dienst ein prägnantes Beispiel.

Während zB die Ausklammerung von Organmitgliedern juristischer Personen aus dem nationalen Arbeitnehmerbegriff (soweit er diese überhaupt umfasst) nicht beanstandenswert erscheint, verhält es sich bei der Herausnahme großer Gruppen von Arbeitnehmern bloß wegen besonderer Eigenschaften ihres Arbeitgebers – also zB weil dieser eine Gebietskörperschaft ist – ganz anders (dazu noch unten).

In der die Betriebsübergangs-RL abändernden RL 98/50 ist jedoch in Art 2 Abs 1 lit d normiert, dass „Arbeitnehmer“ iSd RL jede Person ist, „die in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgrund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts geschützt ist“.¹⁴ In Art 2 Abs 2, erster Satz RL idF RL 98/50 wird hervorgehoben, dass die RL „das einzelstaatliche Recht in Bezug auf die Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses unberührt“ lässt.

Diese Formulierungen bedürfen der Klärung. Denn auf den ersten Blick lassen sie sich sowohl so deuten, dass damit bloß die „Begriffsautonomie“ des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf den Arbeitnehmerbegriff *im Allgemeinen* gewahrt bleiben soll, als auch so, dass es den Mitgliedstaaten sogar gestattet ist, in jenen Rechtsvorschriften, die speziell der Umsetzung der Betriebsübergangs-RL dienen, ihren eigenen nationalen Arbeitnehmerbegriff weiter einzuengen, also zB vorzusehen, dass Arbeitnehmer, deren Jahresbezug einen bestimmten Betrag überschreitet oder die in einer bestimmten Branche (zB der vom Gesetzgeber bekanntlich so gefürchteten Medienbranche) tätig sind, nicht unter das nationale Umsetzungsgesetz fallen.

Hält man sich die beiden Alternativen plastisch vor Augen, liegt die Antwort auf der Hand: Letzteres kann dem nationalen Gesetzgeber durch die Betriebsübergangs-RL nicht gestattet sein, weil dies dem Schutzzweck der RL krass entgegenwirken würde.

Daraus ergibt sich auch, dass die Aufzählung in Art 2 Abs 2 Betriebsübergangs-RL idF RL 98/50 nicht als erschöpfende, sondern nur als demonstrative Anführung der dem nationalen Gesetzgeber erteilten Vorgaben für die Einbeziehung von Rechtsverhältnissen in den Arbeitnehmerbegriff von der RL-Umsetzung dienenden Gesetzen qualifiziert werden kann.

¹³ Vgl *Alvensleben*, Die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1992) 164 ff; *Marhold* (FN 9) 66 f.

¹⁴ Vgl *Birk*, in: MünchHB Arbeitsrecht I² (2000) § 19 Rz 218.

Dieser Aufzählung zufolge können die Mitgliedstaaten Arbeitsverhältnisse vom Anwendungsbereich der RL nicht allein deshalb ausschließen, weil

- nur eine bestimmte Anzahl von Arbeitsstunden geleistet wird oder zu leisten ist,
- es sich um Arbeitsverhältnisse aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrages im Sinne von Art 1 Nr 1 der RL 91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnissen handelt,
- es sich um Leiharbeitsverhältnisse im Sinne von Art 1 Nr 2 der RL 91/383/EWG und bei dem übertragenen Unternehmen oder dem übertragenen Betrieb oder Unternehmens- bzw Betriebsteil als Verleihunternehmen oder Teil eines Verleihunternehmens um den Arbeitgeber handelt.

Der Zweck dieser Aufzählung ist klar: Die Nichtberücksichtigung sogenannter atypischer Arbeitsverhältnisse soll verhindert werden.¹⁵

Die Mitgliedstaaten werden durch Art 2 Abs 2 RL daher uU dazu verhalten, ihren nationalen Arbeitnehmerbegriff für Zwecke der Umsetzung der Betriebsübergangs-RL *auszuweiten* (wenn zB ein Mitgliedstaat als Arbeitnehmer nur Personen betrachtet, die eine bestimmte Mindest-Wochenstundenanzahl arbeiten), dürfen aber keineswegs ihren allgemeinen (nationalen) Arbeitnehmerbegriff bei der RL-Umsetzung *einengen*, also zB Arbeitnehmer von Medienunternehmen oder leitende Angestellte vom Anwendungsbereich des nationalen Umsetzungsgesetzes ausklammern.¹⁶

Art 2 Abs 1 lit d RL idF RL 98/50 würde derartige Einschränkungen nicht decken, weil danach „Arbeitnehmer ... jede Person (ist), die in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgrund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts geschützt ist“.¹⁷

Es geht also um den *allgemeinen Arbeitnehmerbegriff des nationalen Rechts*. Eine Einengung speziell für Zwecke der RL-Umsetzung wäre gemeinschaftsrechtswidrig.¹⁸

2. Umsetzung im AVRAG

Gemäß § 1 Abs 1 AVRAG gilt dieses „für Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen“.

¹⁵ Birk (FN 14) § 19 Rz 218; vgl Weber, Betriebsübergangs-RL 98/50/EG – künftig mehr Transparenz und Rechtssicherheit im Betriebsübergangsrecht?, ASoK 1999, 5 ff, 8 f.

¹⁶ Schima, Arbeitsrechtliche Aspekte von Umgründungen, in: Helbich/Wiesner/Bruckner (Hrsg), Handbuch der Umgründungen⁶ (2002) Rz 9.

¹⁷ Vgl Birk (FN 14) § 19 Rz 218.

¹⁸ Schima (FN 16) Rz 9.

Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen, nicht auf Vertrag, sondern auf Bescheid gegründeten Dienstverhältnis stehen, also Beamte, unterliegen nicht dem AVRAG.¹⁹

Spätestens seit In-Kraft-Treten der RL 98/50 ist dies richtlinienkonform (vgl. Art 2 Abs 1 lit d und Art 2 Abs 2 RL), weil öffentlich-rechtliche Bedienstete nicht von dem in Österreich geltenden Arbeitnehmerbegriff erfasst sind.

Obwohl – wie schon erwähnt – sich der gemeinschaftsrechtliche Begriff des öffentlichen Dienstes keineswegs mit dem österreichischen Beamtenbegriff deckt, weil Ersterer nur in Ausübung von Hoheitsgewalt tätige Bedienstete erfasst, ist in Anbetracht der in der RL normierten Maßgeblichkeit des nationalen Arbeitnehmerbegriffs auch die Herausnahme von im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätigen Beamten aus der Geltung des AVRAG richtlinienkonform.²⁰

§ 1 Abs 2 Z 3 AVRAG nimmt weiters vom Anwendungsbereich des Gesetzes Arbeitsverhältnisse zum Bund aus, „auf die dienstrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, welche den Inhalt der Arbeitsverhältnisse zwingend regeln“.

Eine Auslegung dieser einfachgesetzlichen Norm ergibt, dass nicht nur solche Bundesbedienstete vom AVRAG ausgenommen sind, auf die das VBG anwendbar ist, sondern vielmehr auch die Geltung eines KollV iSd §§ 1 Abs 5 und 2 VBG ausreicht, weil es sich nicht um gesetzliche Dienstvorschriften handeln muss.²¹ Der entgegenstehende Hinweis in den Materialien ist uE als nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckt unbeachtlich.²²

Freilich ist die Ausnahme – soweit sie sich nicht bloß auf in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehende Beamte erstreckt – *gemeinschaftsrechtswidrig*, was generell eine einschränkende Auslegung nahe legt.

Ebenfalls vom Anwendungsbereich des AVRAG ausgenommen sind gemäß dessen § 1 Abs 2 Z 1 Arbeitsverhältnisse zu Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden.

Die Ausnahme hat kompetenzrechtliche Gründe²³, weil gemäß Art 21 B-VG das Dienstrecht der Bediensteten der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände in die ausschließliche Kompetenz der Länder fällt, soweit es sich nicht um das Personalvertretungsrecht und um das Arbeitnehmerschutzrecht von in Betrieben beschäftigten Arbeitnehmern handelt.

Zur Umsetzung verpflichtet ist demgemäß der Landesgesetzgeber. Wenn ein Land mit der Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung säumig wird, so ist der

¹⁹ Vgl. Holzer/Reissner (FN 12) 24; Gahleitner/Leitsmüller, Umstrukturierung und AVRAG (1996) 102; Krejci, Betriebsübergang (1996) 72.

²⁰ Schima (FN 16) Rz 11.

²¹ Schima (FN 16) Rz 14.

²² Vgl. ErlRV 1077 BlgNR XVIII. GP, 9; ebenso aber Holzer/Reissner (FN 12) 37.

²³ Vgl. OGH 15.4.1999, DRdA 2000, 134 ff mit Anm. Wachter; Holzer/Reissner (FN 12) 34 f.

Bund, wenn er in einem Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH wegen dieser Säumigkeit verurteilt wird, gemäß Art 23d Abs 5 B-VG berechtigt, die Regelungskompetenz in der jeweiligen Materie an sich zu ziehen.²⁴

Der OGH hatte vor vier Jahren schon Gelegenheit, sich mit einem solcherart säumigen Landesgesetzgeber zu befassen. Im Erk vom 15. April 1999²⁵ hielt er dem Land Tirol die unterbliebene Umsetzung der Betriebsübergangs-RL vor und entschied, dass sich die übernommenen Musiklehrer auf die sich aus der RL ergebenden Rechte unmittelbar berufen könnten.²⁶ Dies ist insofern bemerkenswert, als Richtlinien nach der Rsp des EuGH²⁷ keine unmittelbar horizontale Wirkung haben, also nicht unter Privaten unmittelbar anwendbar sind. Der OGH hat dabei offensichtlich die vom EuGH schon 1986 in der Rechtssache *Marshall* vorgetragene Meinung im Ergebnis aufgegriffen, dass es sich bei Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich nicht um einen Fall der horizontalen, sondern vielmehr der vertikalen Wirkung handle, weil die betroffenen Arbeitsverhältnisse solche zum Bund oder einer anderen Gebietskörperschaft seien, die ihren Dienstnehmern gegenüber hoheitlich auftreten.²⁸

Die gesetzliche Ausnahme für Landes- und Gemeindebedienstete gilt auch für rechtlich unselbständige Wirtschaftskörper von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden²⁹, jedoch nicht für rechtlich selbständige (dh zB in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft betriebene) Unternehmungen, an denen ein Land, eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband sämtliche Anteile hält.

Nach hA³⁰, der sich der OGH im erwähnten Tiroler Musikschulen-Erk³¹ anschloss, gilt die gesetzliche Ausnahme auch dann, wenn *Erwerber* ein Land, ein Gemeindeverband oder eine Gemeinde ist. Dies überzeugt nicht wirklich und kann uE mit verfassungsrechtlichen Erwägungen nicht ausreichend begründet werden. Wenngleich der Erwerb durch Gebietskörperschaften im Vergleich zur Veräußerung und Übertragung auf privatrechtlich organisierte Rechtsträger von geringer praktischer Bedeutung sein dürfte, spricht mehr dafür, auf die Arbeitnehmereigenschaft iSd § 1 AVRAG im Zeitpunkt der Übernahme (also beim Veräußerer) abzustellen.³²

²⁴ Vgl OGH 15.4.1999, DRdA 2000, 134.

²⁵ DRdA 2000, 134 ff mit Anm *Wachter*.

²⁶ Vgl auch *Holzer/Reissner* (FN 12) 35.

²⁷ Vgl insb EuGH 26.2.1986, Slg 1986, 723 (*Marshall*); *Schweitzer/Hummer*, Europarecht⁵ (1996) 106 f mwN.

²⁸ In diesem Sinne (erwägend) auch *Marhold* (FN 9) 66.

²⁹ Vgl *Krejci* (FN 19) 72; *Holzer/Reissner* (FN 12) 34.

³⁰ *Wagnest*, Die Haftung bei Übergang eines Unternehmens oder Betriebes (1997) 69 f; zust *Holzer/Reissner* (FN 12) 34 – beide ohne Begründung.

³¹ OGH 15.4.1999, DRdA 2000, 134 ff mit Anm *Wachter*.

³² *Schima* (FN 16) Rz 12.

B. Vorliegen eines Betriebs(teil)überganges bei Ausgliederungen/ „Outsourcing“

Das nicht nur die Arbeitsrechtslehre und höchstgerichtliche Judikatur, sondern auch die einschlägige Praxis am meisten beschäftigende Problem im Zusammenhang mit Betriebs(teil)übergängen ist die Bestimmung der „unteren Schranke“ der Anwendung der Betriebsübergangs-RL und ihrer nationalen Umsetzungsgesetze. Wie viel an betrieblichem Substrat muss übertragen werden, damit man zumindest noch von einem Betriebsteil sprechen kann?

Hier war es vor allem die berühmt-berüchtigte „*Christel-Schmidt*-Entscheidung“ des EuGH³³ aus dem Jahre 1994, die insb in Deutschland zu nationaler Erregung führte und bundesdeutsche Fachkommentatoren zu geradezu poetischen Formulierungen wie „*Schaufel und Besen als Betriebsteil*“ oder „*Outsourcing out?*“³⁴ veranlasste.

Der Sachverhalt darf schon als selbst außerhalb der juristischen Fachwelt fast bekannt vorausgesetzt werden: Eine Spar- und Darlehenskasse in Schleswig-Holstein gliederte ihre nur aus einer Mitarbeiterin bestehende „Reinigungsabteilung“ an ein Reinigungsunternehmen aus, das die darin beschäftigte einzige Arbeitnehmerin auch faktisch, jedoch zu schlechteren Konditionen, übernahm.

Die vehemente Kritik in mehreren Mitgliedstaaten blieb freilich auch in Luxemburg nicht ungehört. Schon in einem Erkenntnis vom 7. März 1996³⁵, wo es um die Auflösung eines Vertragshändlervertrages und den Neuabschluss mit einem anderen Vertragshändler ging, deutete sich der Sinneswechsel an und wurde im mittlerweile ebenfalls berühmt gewordenen „*Ayse-Sützen*-Erkenntnis“ vom 11. März 1997³⁶ manifest. Dem Fall lag ein Reinigungsauftrag zugrunde, den ein Schulinstitut mit einer GmbH abgeschlossen, danach aufgelöst und auf eine andere private Gesellschaft übertragen hatte.

Der EuGH führte aus, dass die RL nicht auf einen Sachverhalt angewendet werden könne, „*in welchem ein Auftraggeber, der die Reinigung seiner Räumlichkeiten an ein Unternehmen übertragen hatte, diesen Vertrag auflöst und zum Zweck der Durchführung ähnlicher Arbeiten einen neuen Vertrag mit einem anderen Unternehmer abschließt, wenn bei diesem Vorgang weder bedeutende körperliche oder unkörperliche Güter übertragen werden, noch der neue Unternehmer einen in bezug auf Zahl und Kompetenz wesentlichen Teil des Personals*

³³ EuGH 14.4.1994, Slg 1994, I-1311 (*Christel Schmidt*) = DRdA 1994, 348 ff mit Anm Kirschbaum = RdW 1994, 286 = ZASB 1994, 17 = ZER 1995, 92.

³⁴ Bauer, Outsourcing Out?, BB 1994, 1433 ff.

³⁵ EuGH 7.3.1996, Slg 1996, I-1253 (*Merckx/Neuhuys*) = EuZW 1996, 212 ff mit Anm Waas = wbl 1996, 204 f = RdW 1996, 214 ff mit Anm Tinhofer in RdW 1996, 211 ff = ARD 4755/24/96 = infas 1996, E 13.

³⁶ EuGH 11.3.1997, Slg 1997, I-1259 (*Ayse Sützen*) = AnwBl 1997, 314 = ASoK 1997, 118 ff = RdW 1997, 216 f = ARD 4831/29/97 = ZAS 1997, 32 = wbl 1997, 162 ff = infas 1997, E 7 = DRdA 1997, 305 ff mit Anm Kirschbaum = ZER 1997, 123 f = ecolex 1997, 379 f.

wieder aufnimmt, das der Vorgänger für die Erfüllung seiner Aufgabe eingesetzt hatte“.

Dass die Übernahme der „Kernbelegschaft“ vom EuGH seit dem Erkenntnis vom 11. März 1997 nicht als bloße Rechtsfolge, sondern auch als Tatbestandsmerkmal des Betriebs(teil)überganges gesehen wird, verwirrt bloß auf den ersten Blick. Denn wirkliche Bedeutung hat diese Judikatur (nur) für Dienstleistungsunternehmen, bei denen ein wesentlicher Teil der betrieblichen „assets“ in dem von der Belegschaft verkörperten Know-how besteht. Bei Produktionsbetrieben kommt dem Merkmal als Korrektiv deshalb geringe Bedeutung zu, weil bei Übertragung des typischerweise im Vordergrund stehenden sachlichen Substrats (Maschinen, Geräte etc) das Vorliegen eines Betriebs(teil)überganges idR nicht von der faktischen Übernahme von Arbeitnehmern abhängt, sondern diese als Rechtsfolge der Übertragung eintritt.

Der österreichische OGH verwendet zwar seit der „Ayse-Süzen-Entscheidung“ die Übernahme der Kernbelegschaft als eigenes Merkmal in seinem sechsteiligen Fallprüfungsschema³⁷, fährt im Übrigen aber einen bemerkenswerten Zickzackkurs. So hat sich unser Höchstgericht von der Entscheidung *Christel Schmidt* schon knapp ein Jahr vor der „Ayse-Süzen-Entscheidung“ des EuGH, nämlich im „Hauszustellungs-Erkenntnis“ vom 23. Mai 1996³⁸, distanziert, dabei aber verkannt, dass im Hauszustellungs-Fall die vom OGH betonte „organisatorische Klammer“ noch viel stärker fehlte als im Fall *Christel Schmidt*. Denn Frau *Christel Schmidt* war vom Reinigungsunternehmen wenigstens tatsächlich übernommen worden, wohingegen das in der „Hauszustellungs-Entscheidung“ betroffene Zeitungsunternehmen die Ausgliederung des Abonnentenvertriebs bloß dadurch zum Ausdruck brachte, dass dem Vertriebspartner die Abonnentenliste übermittelt wurde. Weder Sachmittel noch ein einziger Arbeitnehmer wechselten hinüber. Für die verunglückte Formulierung, ein Betriebsteil sei vom Zeitungsunternehmen deshalb übertragen worden, weil auch beim Vertragspartner eine „betriebliche Organisation erforderlich“ sei, wurde der OGH zu Recht heftig kritisiert.³⁹

Sollte man geglaubt haben, dass der OGH nach dem „Ayse-Süzen-Erkenntnis“ des EuGH sich auch von der Betrachtungsweise im „Hauszustellungs-Erkenntnis“ distanzieren würde (weil dieses noch überzeugender als die „Christel-Schmidt-Entscheidung“ des EuGH war)⁴⁰, so wurde man in einer jüngeren Entscheidung des

³⁷ OGH 10.6.1998, RdW 1999, 222; OGH 7.10.1998, DRdA 1999, 269 ff mit Anm *Wachter*; OGH 21.10.1999, DRdA 2000, 177 = ASoK 2000, 216 f = wbl 2000, 180 = DRdA 2000, 506 ff mit Anm *Reissner*; OGH 17.11.1999, ZAS 2001, 19 ff mit Anm *Grießer*.

³⁸ OGH 23.5.1996, RdW 1996, 431 ff = RdW 1996, 426 ff mit Anm *Tinhofer*.

³⁹ Vgl *Krejci* (FN 19) 46; ebenso Anm *Resch*, DRdA 1997, 298 zu OGH 23.5.1996; *Tinhofer*, RdW 1996, 426 f; *Schima* (FN 16) Fn 28; aM ohne Begründung *Holzer/Reissner* (FN 12) 90.

⁴⁰ Um es an einem Vergleich zu verdeutlichen: Bejaht man das Ergebnis des OGH, das dieser in der „Hauszustellungs-Entscheidung“ gewonnen hat, müsste man einen Betriebsteilübergang auch annehmen, wenn ein Unternehmen seine Rechtsabteilung auflöst und sämtliche bearbeitete Akten ohne Sachmittel und ohne Mitarbeiter an ein Rechtsanwaltsunternehmen zur weiteren Betreuung übergibt. Derartiges wäre absurd.

OGH⁴¹ eines Besseren belehrt. Denn das Höchstgericht beharrte in einem (gar nicht nötigen) obiter dictum⁴² darauf, dass die Sichtweise in der „Hauszustellungs-Entscheidung“ richtig gewesen sei.

Die geschilderten Widersprüchlichkeiten in der Judikatur des OGH stehen stellvertretend für ein bei Höchstgerichten nicht selten beobachtetes, aber die Praxis sehr verunsicherndes Phänomen: Höchstgerichte suggerieren gerne auch dann Kontinuität ihrer Judikatur, wenn diese ganz klar nicht gegeben ist und ein Judikaturschwenk im Interesse der Rechtssicherheit auch deutlich als solcher bezeichnet werden sollte.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass nach dem derzeitigen und natürlich primär durch die Judikatur des EuGH geprägten Stand der Erkenntnis die bloße Übertragung einer betrieblichen Funktion ohne ins Gewicht fallende materielle und immaterielle Betriebsmittel und ohne Übernahme von – es sei denn verschwindend geringen (wohl 10 % nicht übersteigenden) – Teilen der Belegschaft kein Betriebs(teil)übergang ist.

Die Übertragung einer unternehmerischen Aufgabe bzw Funktion ist somit kein ausreichendes, wohl aber ein notwendiges Kriterium für die Anwendung der RL sowie des AVRAG, weil die bloße Übertragung von Betriebsmitteln und/oder Personal den Tatbestand zumindest dann nicht zu erfüllen vermag, wenn der Erwerber die Betriebsmittel/Arbeitnehmer zu völlig anderen Zwecken als sein Vertragspartner einsetzt.⁴³

Die dargestellten Grundsätze lassen sich ohne weiteres auf die Ausgliederung von Verwaltungsaufgaben der öffentlichen Hand an private Betreiber übertragen. Freilich besteht wegen des bei Gebietskörperschaften nicht selten zu beobachtenden Personalüberhangs oft das Bestreben, den privaten Betreiber zumindest zur teilweisen Übernahme der Belegschaft zu veranlassen.

C. Wechsel des privaten Partners

Klassische Public-Private-Partnership-Modelle sind meist auf lange Zeit angelegt, weil es sich oft um beträchtliche Investitionen (zB im Abfall- oder Abwasserentsorgungsbereich) handelt, deren Amortisation eine gewisse Vertragsdauer voraussetzt.

⁴¹ OGH 21.10.1999, DRdA 2000, 177 = ASoK 2000, 216 f = wbl 2000, 180 = DRdA 2000, 506 ff mit Anm *Reissner* – Übertragung der Akquisition von Werbeeintragungen für die amtlichen Telefonbücher.

⁴² Der Anlassfall wurde zu Recht als Betriebs(teil)übergang beurteilt. Die obiter geäußerte Meinung des OGH, die bloße Übergabe einer Abonnentenliste erfülle die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 AVRAG auch ohne Übernahme eines einzigen Mitarbeiters und ohne Übertragung sonstiger Betriebsmittel, steht aber in klarem Widerspruch zur jüngeren EuGH-Rsp (*Schima* [FN 16] Rz 28).

⁴³ Zutr *Tinhofer*, Outsourcing und Auftragsnachfolge aus der Sicht des Arbeitsrechts, RdW 1997, 345 Fn 38.

Insbesondere beim Dienstleistungs-Outsourcing existieren solche Bindungsprobleme jedoch idR nicht und kommt es daher schon vor, dass ein privater Betreiber, der nicht ausreichend wettbewerbsfähig arbeitet, seinen Vertrag verliert und durch einen Konkurrenten ersetzt wird. Derartige „Dreiecksverhältnisse“, in denen ein „Vertragsgeber“ (zB Verpächter, outsourcende Körperschaft) einem alten Vertragsinhaber (Altpächter, erster Outsourcing-Partner) und einem neuen Vertragsinhaber (Neupächter, zweiter Outsourcing-Partner) gegenübersteht, beschäftigen die Judikatur erstaunlich häufig.⁴⁴

Auf die E des EuGH im Fall *Merckx/Neuhuys*,⁴⁵ in der ein Vertragshändlervertrag von einem Ford-Konzernunternehmen aufgelöst und an einen nicht konzernangehörigen Partner neu vergeben wurde, wurde bereits hingewiesen. In diesen Fällen der „Vertragsnachfolge“ oder „Auftragsnachfolge“ kommt dem vom EuGH in der gerade zitierten E entwickelten und im „Ayse-Süzen-Erkenntnis“ verfeinerten Kriterium der tatsächlichen Übernahme der Kernbelegschaft besondere Bedeutung zu. Denn der Mitbewerber, der infolge mangelnder Kompetitivität des bisherigen Outsourcing-Partners einer Gebietskörperschaft nun zum Zug kommt, ist typischerweise nicht an den Arbeitnehmern des ausgebooteten Outsourcing-Partners interessiert und oft nicht einmal an dessen „Kernbelegschaft“. Würde man ihn aber schon aufgrund der Übernahme des Vertrages, also der Besorgung derselben oder einer gleichartigen Aufgabe, zur Übernahme der Belegschaft seines Konkurrenten verpflichten, hätte dies auch wettbewerbspolitisch ungünstige Auswirkungen. Diese Überlegungen dürften für den EuGH mit ausschlaggebend dafür gewesen sein, bei bloßer „Funktionsnachfolge“ die Anwendung der Betriebsübergangs-RL zu verneinen.

Vor einigen Jahren wurde im Zusammenhang mit der Neuvergabe der Speisewagenbewirtschaftung durch die Österreichischen Bundesbahnen die Frage virulent, ob bei derartigen „Dreiecksverhältnissen“ ein zweistufiger Betriebs(teil)-übergang mit dem Vertragsgeber als „Zwischenstation“ angenommen werden kann. Dass ein solcher Zwischenerwerb innerhalb einer „logischen Sekunde“ ausnahmslos abzulehnen ist, kann heute als weitgehend geklärt gelten und entspricht der in Österreich einhelligen (veröffentlichten) Meinung.⁴⁶ Der EuGH hat

⁴⁴ Vgl EuGH 17.12.1987, Slg 1987, 5465 (*Ny Molle Kro*); EuGH 5.5.1988, Slg 1988, 2559 (*Berg/Besselsen*); EuGH 15.6.1988, Slg 1988, 3057 (*Bork*); EuGH 10.2.1988, Slg 1988, 739 (*Daddy's Dance Hall*); EuGH 19.5.1992, Slg 1992, I-3189 (*Redmond Stichting*) = ZER 1993, 151 = EuZW 1994, 149 ff; EuGH 14.4.1994, Slg 1994, I-1311 (*Christel Schmidt*) = DRdA 1994, 348 ff mit Anm *Kirschbaum* = RdW 1994, 286 = ZASB 1994, 17 = ZER 1995, 92.

⁴⁵ EuGH 7.3.1996, Slg 1996, I-1253 (*Merckx/Neuhuys*) = EuZW 1996, 212 ff mit Anm *Waas* = wbl 1996, 204 f = RdW 1996, 214 ff mit Anm *Tinhofer* in RdW 1996, 211 ff = ARD 4755/24/96 = infas 1996, E 13.

⁴⁶ Vgl *Krejci* (FN 19) 67; *Holzer/Reissner* (FN 12) 73; *Schima*, Betriebsübergang durch „Vertragsnachfolge“, RdW 1996, 323; Anm *Grießer*, ZAS 2001, 22 zu OGH 17.11.1999, der von einem abzulehnenden „Inhalationsprinzip“ spricht; ebenso zumindest implizit OGH 7.10.1998, ecolex 1999, 276 ff = DRdA 2000, 200 (das BerGer [OLG Linz] lehnte den zwei-

dies ohnehin nie in Frage gestellt⁴⁷; das deutsche BAG hatte bloß in einer vereinzelt gebliebenen E⁴⁸ mit dem zweistufigen Erwerb argumentiert, sich inzwischen aber von dieser Sichtweise wiederum distanziert.⁴⁹

Richtigerweise hat sich auch der Haftungsausgleich und Haftungsregress zwischen Veräußerer und Erwerber gemäß § 6 AVRAG daran zu orientieren, dass dem „Vertragsgeber“ (Gebietskörperschaft) keine der beiden Rollen zukommt. Dass zwischen altem und neuem Outsourcing-Partner keine vertragliche Beziehung besteht, hindert einerseits die Anwendung des AVRAG nicht – worauf schon die Materialien⁵⁰ hinweisen – und nötigt andererseits keineswegs dazu, Haftungsansprüche über den Vertragsgeber abzuwickeln, mit dem sowohl alter als auch neuer Partner in Vertragsbeziehung stehen.

Apropos Vertragsbeziehung: die bei der „Auftragsnachfolge“ praktisch auftretenden Abwicklungsprobleme sollten bewirken, dass bei jeder Form der Auslagerung betrieblicher Aufgaben bzw von Verwaltungsaufgaben durch die öffentliche Hand, bei der ein späterer Vertragspartnerwechsel möglich erscheint, die Vertragspartner die durch einen solchen Wechsel entstehende Situation näher regeln und zB den Outsourcing-Partner zur umfassenden Information des Nachfolgers verpflichten. Auch das AVRAG-Risiko sollte im Vertrag angesprochen und verteilt werden.

III. Arbeitskräfteüberlassung bei Beteiligung von Gebietskörperschaften

Die Alternative zum Arbeitsvertragsübergang bei der Ausgliederung betrieblicher Aufgaben oder von Verwaltungsaufgaben ist die Zurverfügungstellung der Arbeitskräfte vom ausgliedernden Unternehmen/Gebietskörperschaft an den privaten Betreiber. Gerade bei Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich kommt dieser Konstruktion besondere Bedeutung zu. Sie kommt sowohl auf vertraglicher als auch auf gesetzlicher Basis vor. Bei Beamten-Dienstverhältnissen ist die (gesetzliche) Zuweisung an den Erwerber zur Dienstleistung sogar die einzige (verfassungsrechtlich) akzeptable Möglichkeit, denn private Gesellschaften können keine Beamten als eigene Bedienstete haben.

stufigen Erwerb ausdrücklich ab); deutlich auch ASG Wien 20.12.2000, 33 Cga 31/98i (rk – Neuvergabe der Speisewagenbewirtschaftung); nicht ganz klar *Binder*, AVRAG (2001) § 6 Rz 47 f, der in solchen Fällen den Haftungsregress „im Dreieck“, also über den Verpächter, befürwortet. Dies ist klar abzulehnen.

⁴⁷ Vgl EuGH 10.2.1988, Slg 1988, 739 (*Daddy's Dance Hall*); EuGH 7.3.1996, Slg 1996, I-1253 (*Merckx/Neuhuys*) = EuZW 1996, 212 ff mit Anm *Waas* = wbl 1996, 204 f = RdW 1996, 214 ff mit Anm *Tinhofer* in RdW 1996, 211 ff = ARD 4755/24/96 = infas 1996, E 13.

⁴⁸ BAG 27.4.1995, BB 1995, 1800 f = AP Nr 128 zu § 613a BGB.

⁴⁹ Vgl BAG 18.3.1999, 8 AZR 196/98, 8 AZR 159/98; dazu *Müller/Glöge*, Bestandsschutz beim Betriebsübergang nach § 613a BGB, NZA 1999, 449, 453f.

⁵⁰ ErlRV 1077 BlgNR XVIII. GP, 110; OGH 23.12.1998, ARD 5006/9/98; *Holzer/Reissner* (FN 12) 67; *G. Schima* (FN 46) 323; *Binder* (FN 46) § 3 Rz 14, 19.

Der Gesetzgeber hat sich in zahlreichen Sondergesetzen – erwähnt sei insbesondere das Poststrukturgesetz (PTSG)⁵¹ – dieser Konstruktion bedient. Sie führt allerdings zu gewissen Kuriositäten, wie zB dazu, dass in der Post und Telekom Austria Aktiengesellschaft ein eigenes „Personalamt“ eingerichtet wurde (das für die zugewiesenen Beamten die Funktion einer obersten Dienstbehörde wahrnimmt) und der Vorstandsvorsitzende einer AG (als Leiter des Personalamtes) seither Bescheide erlassen kann (vgl dazu unten III.A.3.)

A. Das Problem mit der „Diensthoheit“

Bei Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich wird idR durch spezielle Gesetze festgelegt, dass die bisher der ausgegliederten Einheit dienstzugeordneten Beamten dem neuen (privaten) Rechtsträger zur Dienstleistung zugewiesen werden. Die Vertragsbediensteten werden meist Dienstnehmer des neuen Unternehmens; manche Ausgliederungsgesetze sehen allerdings vor, dass (auch) die Vertragsbediensteten Bundesbedienstete bleiben und – so wie die Beamten – dem neuen Unternehmen zugewiesen, also rechtlich gesehen überlassen werden. Da die ausgegliederte Einheit aus verfassungsrechtlichen Gründen (vgl dazu unten) nicht die volle dienstrechtliche „Befehlsgewalt“ („Diensthoheit“) über die ihr zugewiesenen Mitarbeiter hat, ergeben sich in der Praxis – kaum vernachlässigbare – Probleme bei der Wahrnehmung von Personalagenden durch die Leiter der jeweiligen Einheit.

1. Begriff der „Diensthoheit“

Der im Dienstrecht immer wieder auftauchende Begriff der „Diensthoheit“ wird im B-VG nicht näher definiert, sondern vorausgesetzt⁵². Das B-VG weist nur die durch diesen Begriff undeutlich umschriebenen Aufgaben bestimmten Rechtsträgern bzw konkreten Organen zu oder regelt die Zuständigkeit zu einer solchen Kompetenzzuweisung.⁵³

So ist nach Art 21 Abs 3 B-VG die „Diensthoheit“ gegenüber den Bediensteten des Bundes grundsätzlich von den obersten Organen des Bundes, jene gegenüber den Bediensteten der Länder von den obersten Organen der Länder auszuüben.

⁵¹ Bundesgesetz über die Einrichtung und Aufgaben der Post und Telekom Austria Aktiengesellschaft (BGBl 1996/201 idgF); vgl zB auch das Bundesgesetz über die Austro Control Gesellschaft mit beschränkter Haftung, mit dem das Luftfahrtgesetz und das Bundesgesetz über den zwischenstaatlichen Luftverkehr geändert werden (BGBl 1993/898 idF BGBl I 1997/45).

⁵² So zB in Art 14 Abs 4 B-VG, wonach die Behördenzuständigkeit zur Ausübung der Diensthoheit über die Lehrer für öffentliche Pflichtschulen (auf Grund der gemäß Abs 2 ergehenden Gesetze) in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache ist.

⁵³ Thienel, Öffentlicher Dienst und Kompetenzverteilung (1990) 292.

Gegenüber Gemeindebediensteten ist die Diensthoheit gemäß Art 118 Abs 3 B-VG von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich wahrzunehmen. Sie ist aber durch die Zuständigkeit überörtlicher Disziplinar-, Qualifikations- und Prüfungskommissionen eingeschränkt.

Ausnahmen von dieser allgemeinen Kompetenzzuweisung enthält zB Art 125 Abs 3 B-VG für Bedienstete des Rechnungshofes, denen gegenüber der Rechnungshofpräsident die Diensthoheit ausübt. Ähnliches gilt nach Art 148h Abs 2 B-VG für den Vorsitzenden der Volksanwaltschaft gegenüber den Bediensteten der Volksanwaltschaft. Art 30 Abs 4 B-VG weist schließlich alle Befugnisse in Personalangelegenheiten hinsichtlich der Bediensteten der Parlamentsdirektion (einschließlich der Ernennung) ausdrücklich dem Nationalratspräsidenten zu. Den genannten (Hilfs-)Organen wird dadurch in bestimmtem Umfang die Stellung von (obersten) Verwaltungsbehörden eingeräumt.⁵⁴

Mit der B-VG-Novelle 1999⁵⁵ wurde Art 21 B-VG durchgreifend geändert⁵⁶ und auch die Ausübung der Diensthoheit für die Länder neu geregelt. Die Landesverfassung kann nun bestimmen, dass die Diensthoheit gegenüber Bediensteten des Landes von anderen Organen ausgeübt wird, soweit das B-VG gleichartige Ausnahmen hinsichtlich der Bediensteten des Bundes vorsieht.⁵⁷

Mangels Definition im B-VG kann der Inhalt des Begriffs „Diensthoheit“ nur annäherungsweise durch (systematischen) Vergleich der zitierten verfassungsrechtlichen Bestimmungen erarbeitet werden. So wird er zB in Art 14 Abs 4 lit a B-VG in einem umfassenden Sinn verwendet, der jedenfalls Ernennungen, Besetzungen von Dienstposten, Angelegenheiten der Leistungsfeststellung und des Disziplinarwesens beinhaltet. Auch Art 30 Abs 4 B-VG weist dem NR-Präsidenten umfangreiche Aufgaben zu.⁵⁸

Dementsprechend ist es nahe liegend, dass unter „Diensthoheit“ die Ausübung aller Dienstgeberbefugnisse gegenüber den Bediensteten zu verstehen ist und nicht bloß die Erteilung von Weisungen und die Wahrnehmung der Dienstauf-

⁵⁴ Dazu ausführlich *Thienel* (FN 53) 292 Fn 4.

⁵⁵ BGBl I 1999/8.

⁵⁶ Bedeutsamste Änderung war der Wegfall des „Homogenitätsprinzips“ im Dienstrecht, nach dem Gesetze und Verordnungen der Länder in den Angelegenheiten des Dienstrechts von jenen des Bundes nicht in einem Ausmaß abweichen durften, dass dadurch der Wechsel des Dienstes iSd Art 21 Abs 4 B-VG wesentlich behindert wurde (vgl *Bußjäger*, Bemerkungen zur Neuregelung der Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Dienstrechtes der öffentlich Bediensteten, JBl 1999, 773).

⁵⁷ *Bußjäger* (FN 56) 773, 779; vgl auch *Chojnacka*, Die Anwendbarkeit des Art 6 MRK auf dienstrechtliche Streitigkeiten öffentlich Bediensteter, ÖJZ 2002, 201 ff, 211. So sieht zB Art 51 Abs 4 Niederösterreichische Landesverfassung 1979 vor, dass die Personal- und Diensthoheit über die Bediensteten des Landesrechnungshofes dem Landesrechnungshofdirektor zukommt.

⁵⁸ *Thienel* (FN 53) 297.

sicht. Zum selben Ergebnis führt auch ein Rückgriff auf das historische Begriffsverständnis, das bis heute im Wesentlichen keine Veränderungen erfuhr.⁵⁹

Inhaltlich werden insbesondere Ernennung, Beförderung, Aus- und Fortbildung, Versetzung, Dienstzuteilung, Verwendungsänderung, Regelung der Dienstzeit und die Dienstaufsicht zur „Diensthoheit“ gezählt.⁶⁰

Nicht unter die „Diensthoheit“ fallen dagegen zB die Vollziehung des Arbeitnehmerschutz- oder des Personalvertretungsrechts.⁶¹

*Thienel*⁶² leitet aus der Verwendung des Begriffs „*Bedienstete*“ in Art 21 Abs 3 B-VG zutreffend ab, dass die Diensthoheit sowohl öffentlich-rechtliche als auch Vertragsbedienstete umfasst, wobei sie gegenüber Ersteren die (hoheitliche) Vollziehung der Personalangelegenheiten, gegenüber Letzteren die Wahrnehmung der den Gebietskörperschaften als Privatrechtsträgern zustehenden Dienstgeberbefugnisse beinhaltet.

2. Verfassungsrechtlich zulässige Varianten der Überlassung von öffentlich Bediensteten an Private

Der umfassende Inhalt der „Diensthoheit“ führt in der Praxis vor allem bei Überlassung öffentlich Bediensteter an Private (insbes an ausgegliederte öffentliche Unternehmen) zu Problemen.

Aufgrund der den Gebietskörperschaften laut Art 21 Abs 3 und Art 118 Abs 3 Z 2 B-VG ungeteilt zustehenden Diensthoheit ist deren Aufteilung durch Delegation von Dienstgeber-, insbesondere Leitungsbefugnissen, an das ausgegliederte Unternehmen grundsätzlich ausgeschlossen. Eine „Überlassung“ an Private ist laut *Thienel* daher zunächst nur derart möglich, dass der Bedienstete ein zweites Dienstverhältnis mit dem privaten Beschäftiger begründet.⁶³

Die §§ 17 f Privatschulgesetz⁶⁴ und §§ 3 f Land- und forstwirtschaftliches Privatschulgesetz⁶⁵ sehen eine spezielle Form der Überlassung von öffentlich Bediensteten an Private vor, indem den Privatschulen von den Gebietskörperschaften angestellte Lehrer (also öffentlich Bedienstete) als „*lebende Subventionen*“ zugewiesen werden. Dabei wird kein zusätzliches Dienstverhältnis mit dem Er-

⁵⁹ *Thienel* (FN 53) 307.

⁶⁰ Vgl *Hengstschläger*, Rechnungshof (1982) 132 ff.

⁶¹ *Thienel* (FN 53) 328.

⁶² *Thienel* (FN 53) 297.

⁶³ Vgl VfSlg 11.693/1988, wo der VfGH ausführte, dass der Beschwerdeführer von 1952 bis 1987 als Beamter in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund gestanden sei. 1967 sei zwischen dem Beschwerdeführer und der ÖIAG ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründet worden, das „*neben dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund*“ bestanden habe; *Thienel* (FN 53) 245.

⁶⁴ BGBl 1962/244 idF BGBl I 2001/75.

⁶⁵ Bundesgesetz v 29.4.1975 betreffend die land- und forstwirtschaftlichen Privatschulen (BGBl 1975/318).

halter der Privatschule eingegangen; vielmehr hat der Bedienstete seine aus dem öffentlichen Dienstverhältnis erfließenden Pflichten im Rahmen seiner Tätigkeit für die Privatschule zu erbringen.

Diese Zuweisungen werden konsequenterweise als spezifische Formen einer Arbeitskräfteüberlassung qualifiziert⁶⁶, wobei laut Auffassung von Teilen der Lehre auch dienstliche Weisungsrechte des Dienstgebers auf den Privatschulhalter übertragen werden.⁶⁷ Verfassungsrechtliche Grundlage für die Zuweisung von Lehrern an konfessionelle Privatschulen sind Art VI B-VG-Novelle 1962 und Art V B-VG-Novelle 1975. Gegenüber anderen Privatschulen ist die Zulässigkeit der Zuweisungen allerdings fraglich. *Thienel* äußert in diesem Zusammenhang Bedenken, weil der Verfassungsgesetzgeber die aus der Dienstzuweisung resultierende Teilung der Diensthoheit als solche (offenbar) nicht erkannt habe, sodass sein Schweigen zur Zuweisung öffentlich bediensteter Lehrer an nicht konfessionelle Privatschulen nicht automatisch als Zustimmung verstanden werden könne.⁶⁸

Als verfassungsrechtlich unbedenklich sind jene Konstruktionen zu qualifizieren, bei denen die Diensthoheit der Gebietskörperschaft durch die Überlassung unberührt bleibt.

Wie *Bernhard Schwarz* zutreffend ausführt, ist die Beibehaltung des Beamtenstatus nur denkbar, wenn der öffentliche Rechtsträger Dienstgeber bleibt. Im Regelfall kommt es daher bei Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich zur unveränderten Weitergeltung der bisherigen Rechtsbeziehung zum bisherigen Dienstgeber, ergänzt durch eine Dienstzuteilung an die ausgegliederte Einheit und ein Optionsrecht, zu günstigeren finanziellen Bedingungen aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis auszuschcheiden und ein Vertragsverhältnis zur neuen Einheit zu beginnen.⁶⁹

⁶⁶ Vgl VwGH 24.10.1996, 95/12/0265, im Zusammenhang mit einem nach der Ausgliederung der Innsbrucker Stadtwerke in Form einer Aktiengesellschaft der AG zugewiesenen Beamten.

⁶⁷ *Israiloff*, Die Subventionierung von Privatschulen, RdS 1983, 71 f. Das aus der Teilung der Diensthoheit resultierende verfassungsrechtliche Problem wird von *Israiloff* allerdings nicht weiter behandelt.

⁶⁸ *Thienel* (FN 53) 246.

⁶⁹ Vgl *B. Schwarz*, Rechtsprobleme der Ausgliederungen unter besonderer Betonung des öffentlichen Bereichs, DRdA 2002, 351, 357. Die verschiedenen Ausgliederungsgesetze folgen zT der „Richtlinie (des BKA) für die Ausgliederung staatlicher Aufgaben und die Gestaltung von Bundesgesetzen betreffend die Ausgliederung“ v 5.11.1992 (GZ 601, 467/14-V/2/92); vgl dazu *Holzer*, Arbeitsrechtliche Probleme der „Privatisierung“, DRdA 1994, 376. Diese RL enthält ua Regelungen betreffend die Zuweisung der Beamten, die Ausübung der Diensthoheit über die Beamten durch ein eigenes, bisweilen neu gegründetes Amt, die Zuweisung der Vertragsbediensteten nach dem Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge bei Betriebsübergang und den Ersatz des Aufwands für die Beschäftigten durch den neuen Rechtsträger an den Bund.

Wesentlich ist, dass die Diensthoheit der Gebietskörperschaft (auch nach der Ausgliederung) ungeschmälert erhalten bleibt, dh, dass die Erteilung dienstlicher Weisungen, durch die die Dienstpflichten konkretisiert und der Arbeitsablauf gestaltet werden (zB Festlegung der Dienstzeit), und die Dienstaufsicht weiterhin allein der Gebietskörperschaft zukommt.

Die organisatorische Eingliederung der überlassenen Mitarbeiter in den Betrieb des Beschäftigers (und unter dessen dienstliche Anordnungen) scheidet damit aber de facto aus⁷⁰.

Von der Lehre⁷¹ wurde aufgrund der fehlenden persönlichen Abhängigkeit des überlassenen Dienstnehmers zum Beschäftiger ein Vergleich zum Verhältnis zwischen Werkunternehmer und Auftraggeber gezogen. Sachbezogene Weisungen werden vom VwGH als mit der persönlichen Unabhängigkeit des Werkunternehmers durchaus vereinbar angesehen; der Auftraggeber darf nur keine Weisungsbefugnisse in Bezug auf die Gestaltung des Arbeitsablaufes haben.⁷² Das gilt auch im Dienstrecht, weil die Diensthoheit nur die Zuständigkeit zur Erteilung dienstrechtlicher Weisungen umfasst, sodass fachliche Weisungen durch den Beschäftiger keinen Eingriff in die Diensthoheit des Überlassers bedeuten. Die genaue Abgrenzung des Weisungsinhalts gestaltet sich in der Praxis allerdings schwierig.⁷³

Ein Beispiel für eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Gestaltung einer Überlassung, von der die Diensthoheit im Wesentlichen unberührt bleibt, ist das Dorotheum. Die am 1. Jänner 1979 in einem aktiven Dienstverhältnis zum Dorotheum stehenden (Vertrags-)Bediensteten wurden „ex lege“⁷⁴ zu Bediensteten der Dorotheum Auktions-, Versatz und Bank Gesellschaft mbH.⁷⁵ Die im Ruhestand befindlichen öffentlich-rechtlich Bediensteten wurden in den Personalstand des Bundesrechenamtes übernommen, das (auch) als Dienstbehörde fungierte.⁷⁶

Eine ähnliche Konstruktion findet sich auch bei der Österreichischen Salinen Aktiengesellschaft, wo der Vorstandsvorsitzende der AG zwar gegenüber den anlässlich der Ausgliederung der AG zugewiesenen Beamten die Obliegenheiten

⁷⁰ Thienel (FN 53) Öffentlicher Dienst 247.

⁷¹ Vgl Thienel (FN 53) 248.

⁷² VwGH 22.10.1996, 94/08/0052.

⁷³ Vgl Traxler, Zur Abgrenzung von fachlichen und innerdienstlichen Weisungen, dargestellt am Beispiel der Bundesgendarmerie, ÖJZ 1973, 542 ff.

⁷⁴ Bundesgesetz v 8.11.1978, mit dem die Rechtsstellung des Dorotheums geregelt und die Gewerbeordnung 1973 geändert wird (Dorotheumsgesetz) – BGBl 1979/66 idF BGBl I 1999/127.

⁷⁵ Die seit Mai 2000 als „Dorotheum GmbH“ firmierende Gesellschaft wurde im September 2001 in die „Dorotheum GmbH & Co KG“ umgewandelt.

⁷⁶ Vgl Trost, Überblick über arbeitsrechtliche Regelungen im bisherigen Ausgliederungsrecht, in: Kropf/Leitsmüller/Rossmann, Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich (2001) 63 ff, 69. Die zunächst vom Bundesrechenamt wahrgenommenen Aufgaben hat 1997 das Bundespensionsamt übernommen.

des Leiters der Dienstbehörde erster Instanz hat, in diesen Angelegenheiten aber an die Weisungen des Bundesministers für Finanzen gebunden ist.⁷⁷

Auch in aktuelleren Ausgliederungsgesetzen, wie zB dem Bundesmuseen-Gesetz 2002⁷⁸, werden die zu einem bestimmten Stichtag dem Personalstand angehörenden Beamten dem ausgegliederten Rechtsträger (in concreto einem der Bundesmuseen, dh einer wissenschaftlichen Anstalt öffentlichen Rechts) zur dauernden Dienstleistung zugewiesen;⁷⁹ die für Personalangelegenheiten zuständigen Geschäftsführer der Bundesmuseen sind allerdings gegenüber dem Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Kultur weisungsgebunden.

Für die Überleitung der Beamten im Zusammenhang mit der Errichtung der Austria Wirtschaftsservice Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde ein „Amt“ als Dienststelle eingerichtet, dessen Leitung dem – gegenüber dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit weisungsgebundenen – Geschäftsführer der Gesellschaft übertragen wurde. In Dienstrechtsangelegenheiten der zugewiesenen Beamten ist der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit als oberste Dienstbehörde in erster Instanz zuständig.⁸⁰

Im Regelfall entsteht durch die Ausgliederungen somit ein „gespaltenes Dienstverhältnis“. Formeller Dienstgeber der (zugewiesenen) Beamten ist der Bund, Empfänger der Dienstleistung sind jedoch die ausgegliederten – meist privatrechtlich organisierten – Einrichtungen.⁸¹

Mit der Zweckmäßigkeit derartiger Konstruktionen hat sich der Gesetzgeber – ebenso wie die Lehre – bislang leider nur am Rande beschäftigt.

3. Faktische Probleme bei der Überlassung von öffentlich Bediensteten an Private

Wie bereits ausgeführt, ist die mit einer Arbeitskräfteüberlassung üblicherweise verbundene Abtretung von Dienstgeberbefugnissen seitens des Überlassers an den Beschäftiger mit der in Art 21 Abs 3 und Art 118 Abs 3 B-VG normierten Unteilbarkeit der Diensthoheit an sich kaum vereinbar.

Diese verfassungsrechtliche Konstellation führt in der Praxis dazu, dass die Konkretisierung der Dienstpflichten und die Gestaltung von Arbeitsabläufen bei Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich – wie anhand verschiedener Aus-

⁷⁷ § 8 Abs 2 Salzmonopolgesetz (BGBl 1978/124 idF BGBl I 1999/38).

⁷⁸ Bundesgesetz, mit dem das Bundesmuseen-Gesetz neu erlassen sowie das Forschungsorganisationsgesetz, das Bundesgesetz zur Errichtung einer Museumsquartier-Errichtungs- und Betriebsgesellschaft und das Bundesgesetz betreffend die Finanzierung des Erwerbs der „Sammlung Leopold“ geändert wird (BGBl I 2002/14).

⁷⁹ Die Vertragsbediensteten wurden Dienstnehmer eines der Bundesmuseen.

⁸⁰ Austria Wirtschaftsservice-Errichtungsgesetz (BGBl I 2002/130).

⁸¹ Vgl. Floretta/Wachter, Zur Rechtsstellung der bei der Telekom-Austria-Gruppe beschäftigten Beamten, in: Cerny-FS (2001) 580 f, 604.

gliederungsgesetze gezeigt – der Gebietskörperschaft vorbehalten bleibt, die im Regelfall aber nicht (oder zumindest nicht im Detail) über die personellen Bedürfnisse und Probleme des ausgegliederten Rechtsträgers informiert ist. So müsste die Gebietskörperschaft im Rahmen ihrer Diensthoheit zB die Dienstzeiten im Beschäftigterbetrieb festsetzen, ohne zu wissen, in welchen Abteilungen es wann welchen konkreten Bedarf gibt.

Um solche (und ähnliche) Probleme im Rahmen der Privatisierung der Post⁸² zu verhindern, wurde laut § 17 Abs 2 PTSG zunächst beim Vorstand der Österreichische Post Aktiengesellschaft, der Österreichische Postbus Aktiengesellschaft und der Telekom Austria Aktiengesellschaft jeweils ein „Personalamt“ eingerichtet, dem die Funktion einer obersten Dienst- und Pensionsbehörde für die zugewiesenen Beamten zukommt und das vom betroffenen Vorstandsvorsitzenden geleitet wird.⁸³ Zusätzlich wurde mittels Verfassungsbestimmung in § 17a Abs 2 PTSG geregelt, dass die Vorstandsvorsitzenden der Österreichischen Post Aktiengesellschaft, der Österreichischen Postbus Aktiengesellschaft und der Telekom Austria Aktiengesellschaft (gegenüber dem Bundesminister für Finanzen) in ihrer Funktion als Leiter der obersten Dienst- und Pensionsbehörde weisungsfrei sind.

Im Gegensatz zu den übrigen ausgegliederten Einrichtungen des Bundes (und auch der Länder bzw Gemeinden) unterliegen die zugewiesenen Beamten sohin der Diensthoheit des Vorstandsvorsitzenden des jeweiligen Unternehmens. Die zugewiesenen Beamten sind aus der Zuständigkeit der beim Bund existierenden Dienstbehörden herausgenommen und in die diensthoheitliche Kompetenz der genannten speziellen Dienstbehörden gemäß § 17 Abs 2 und Abs 3 PTSG überführt worden.⁸⁴

In den Gesetzesmaterialien⁸⁵ wird diese Sonderregelung wie folgt begründet:

„Die Unternehmen des Post- und Telekombereichs sind in höherem Maße dem freien Wettbewerb ausgesetzt als sonstige ausgegliederte Einrichtungen des Bundes. In diesem Umfeld erfordert ein erfolgreiches Agieren am Markt in hohem Maße die volle Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Unternehmen in der Personalführung. Der Entwurf sieht daher den Entfall jedweder Einflußnahme der staatlichen Verwaltung in Dienstrechtsangelegenheiten der zugewiesenen Beamten durch Abschneiden des Weisungs- und des Berufungszusammenhangs in Dienstrechts-

⁸² PTSG – Bundesgesetz über die Einrichtung und Aufgaben der Post und Telekom Austria Aktiengesellschaft (BGBl 1996/201 idgF).

⁸³ Nach der derzeit geltenden Fassung des PTSG stehen die zugewiesenen Beamten (weiterhin) in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Auf sie sind daher weiterhin die für Bundesbeamten geltenden Rechtsvorschriften, insbesondere die Dienstrechtsgesetze für den öffentlichen Dienst, anzuwenden.

⁸⁴ Floretta/Wachter (FN 81) 580 f, 603 f.

⁸⁵ AB 2025 BlgNR XX. GP, 3; vgl Floretta/Wachter (FN 81) 580 f, 603 Fn 5.

angelegenheiten zum Bundesminister für Finanzen vor. Aufgrund der Unvereinbarkeit mit den verfassungsmäßigen Grundsätzen der Staatsorganisation (Ministerverantwortlichkeit) und der neueren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg 14.473⁸⁶) bedarf die Regelung des Verfassungsrangs.“

Diese Begründung sagt alles über die in der Praxis – freilich nicht nur bei Unternehmen des Post- und Telekombereichs – auftretenden Probleme aufgrund der Aufteilung der Personalaufgaben zwischen rechtlichem und „faktischem“ Dienstgeber aus.

Die Leiter der ausgegliederten Einrichtungen stehen zumeist unter dem Druck bestimmter anlässlich der Ausgliederung aufgestellter (gesetzlicher) Vorgaben, wie insbes der Erzielung einer Kostensenkung bzw Steigerung der Effizienz, können die mit der Ausgliederung verfolgten Ziele aber ohne eigenständige und eigenverantwortliche Personalentscheidungen – wenn überhaupt – nur schwer verwirklichen.

Eine Sonderregelung, wie sie mit § 17a Abs 2 PTSG für die Post geschaffen wurde, wäre daher – entgegen den Ausführungen in den Materialien zum PTSG – auch für einige andere (wenn nicht für alle) ausgegliederte Einrichtungen erforderlich.

4. Übertragung der Diensthoheit an andere Behörden

In Art 21 Abs 3 B-VG wird die Diensthoheit „den obersten Organen“ des Bundes bzw der Länder übertragen. Die genannten Organkompetenzen können naturgemäß nicht (alle) von den jeweiligen Organwaltern persönlich wahrgenommen werden.

Die obersten Organe können daher zB Dienstvertragsangelegenheiten an ihnen unterstellte (nachgeordnete) Dienstorgane übertragen und von diesen vertretungsweise vollziehen lassen. So regelt § 2e VBG als „Dienstgeberzuständigkeit“ die Zuständigkeit der obersten Verwaltungsorgane des Bundes für die Dienstrechtsangelegenheiten der Vertragsbediensteten und bezeichnet diese Organe als Personalstellen.⁸⁷

Thienel lehnt die Unübertragbarkeit der Diensthoheit schon aus systematischen und historischen Gründen zutreffend ab. Art 14 Abs 4 lit a und Art 14a

⁸⁶ Vgl „Austro-Control-Erkenntnis“ (VfSlg 14.500/1996), dessen Gegenstand ua die Frage nach der weiteren Haftung des Bundes für Arbeitnehmeransprüche war. Laut Austro ControlG sollte die Haftung des Bundes auf solche Abfertigungsansprüche eingeschränkt sein, die dem Dienstnehmer aus seinem Arbeitsverhältnis zum Bund zugestanden wären, wenn es zum Zeitpunkt des Übergangs beendet worden wäre. Der VfGH erkannte, dass diese Einschränkung sachlich gerechtfertigt sei und dass in concreto außerdem keine Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Ausgliederung von Hoheitsaufgaben vorliegen würde.

⁸⁷ *Hartmann*, Der Bund als Vertragspartner bei Dienstverträgen, RdW 2000, 96 f, 99.

Abs 3 lit b B-VG enthielten die ausdrückliche Ermächtigung an den Landesgesetzgeber, die Zuständigkeit zur Ausübung der Diensthoheit über Landeslehrer zu regeln. Diese Gesetzgebungskompetenz zeige, dass der Verfassungsgesetzgeber von der Vorstellung ausgehe, die obersten Organe könnten die Wahrnehmung der Diensthoheit auch anderen (nachgeordneten) Behörden übertragen. Art 21 Abs 3 B-VG schließe daher nicht aus, dass mit der Ausübung der Diensthoheit auch untergeordnete Behörden betraut werden dürfen, die diese Funktionen unter Leitung der obersten Organe wahrzunehmen haben.⁸⁸

Bei der Ausübung der Diensthoheit durch nachgeordnete Behörden handelt es sich um „*Führung der Verwaltung*“ iSd Art 20 Abs 1 B-VG, sodass die ihnen von den übergeordneten Organen erteilten Anordnungen, wie sie diese Funktionen auszuüben haben, fachliche Weisungen sind.⁸⁹

Welche Behörden zur Ausübung der Diensthoheit gegenüber bestimmten Bediensteten zuständig sind, sowie ob und welche Befugnisse von nachgeordneten Behörden wahrzunehmen sind, ergibt sich idR aus einfachgesetzlichen Bestimmungen.⁹⁰

Dass die Übertragung der Diensthoheit tatsächlich aber nur in sehr engen Grenzen zulässig ist, zeigt gerade die jüngere Judikatur des VfGH:

So hob der VfGH mit Erkenntnis vom 30. September 2000⁹¹ § 27 Abs 2, 1. Satz des Kärntner Krankenanstalten-Betriebsgesetzes (KA-BG⁹²) betreffend die Diensthoheit des Vorstandes der Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft über die bei der Landesanstalt Dienst verrichtenden Landesbediensteten wegen verfassungswidriger Einschränkung der Diensthoheit der Landesregierung auf.

§ 27 KA-BG regelte, dass die Bediensteten, die bei der Landesanstalt ihren Dienst verrichten, dem Vorstand und ihren jeweiligen Dienstvorgesetzten unterstehen und an deren Weisungen gebunden sind (Abs 1). Der Vorstand sollte ferner gegenüber den Landesbediensteten (von bestimmten Ausnahmen abgesehen) mit der Wahrnehmung sämtlicher Angelegenheiten des Dienst- und Besoldungsrechts (Abs 2) sowie mit jenen Angelegenheiten betraut sein, die hinsichtlich der Aufnahme in den Landesdienst zur Dienstverrichtung bei der Landesanstalt nach dem 2. Abschnitt Kärntner Objektivierungsgesetz und hinsichtlich der Betrauung mit leitenden Funktionen in den Landeskrankenanstalten gemäß §§ 32 und 33 Kärntner Objektivierungsgesetz der Landesregierung obliegen (Abs 4).

Der VfGH hegte Bedenken, dass durch die in Prüfung gezogene Bestimmung (§ 27 Abs 2, 1. Satz KA-BG) die Zuständigkeit der Kärntner Landesregierung als

⁸⁸ Thienel (FN 53) 325 ff.

⁸⁹ Vgl Thienel (FN 53) 326.

⁹⁰ Thienel (FN 53) 327.

⁹¹ VfSlg 15.946/2000.

⁹² LGBl Kärnten 1993/44.

oberstes Organ des Landes zur Ausübung der Diensthoheit in einer im Widerspruch zu Art 21 Abs 3 B-VG stehenden Weise eingeschränkt werde. Die Übertragung der zur Diensthoheit zählenden Befugnisse an andere Organe sei nämlich nur zulässig, wenn dies in Unterordnung unter das von Verfassung wegen dazu berufene Organ geschehe und die Leitungsbefugnis (bzw Verantwortlichkeit) der obersten Organe nicht beseitigt werde. Diese Letztverantwortlichkeit bleibe nur dann gewahrt, wenn der Weisungszusammenhang nicht unterbrochen und die Möglichkeit der Anrufung des jeweils zuständigen obersten Organs im Instanzenzug nicht ausgeschlossen werde.

Die Kärntner Landesregierung hielt dem entgegen, dass der VfGH (schon) mit dem Austro-Control-Erkenntnis⁹³ von seiner bisherigen Judikatur abgewichen sei, wonach die Stellung der Landesregierung als oberstes Verwaltungsorgan ihr zwar das oberste Weisungsrecht einräume, was aber nicht bedeute, dass sie immer auch im Instanzenzug zuständig sein müsse.⁹⁴

Der VfGH vertrat dagegen die Auffassung, dass es angesichts der Betrauung der Landesanstalt mit der Ausübung der Diensthoheit über die dort Dienst verrichtenden Landesbediensteten einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedurft hätte, die die bundesverfassungsgesetzlich gebotene Einbindung dieses ausgegliederten Rechtsträgers in den Weisungszusammenhang mit der Landesregierung ebenso klarstellt wie deren Anrufbarkeit im administrativen Instanzenzug. In dieser Hinsicht unterscheide sich die in Prüfung gezogene und aufgehobene Bestimmung des § 27 Abs 2, 1. Satz KA-BG deutlich von § 3 Abs 2 Austro-Control-Gesetz, den der VfGH einige Jahre davor als verfassungsrechtlich unbedenklich qualifiziert hatte.

Für künftige Ausgliederungsgesetze bleibt daher in punkto Übertragung der Diensthoheit auf die ausgegliederten Einrichtungen auch weiterhin nur wenig Raum, wenn nicht – wie im PTSG – eine entsprechende Verfassungsbestimmung geschaffen wird.

B. Vereinbarte Arbeitskräfteüberlassung bei Betriebs(teil)übergang

In Ausgliederungsfällen kommt es immer wieder vor, dass die Arbeitsvertragspartner einvernehmlich den Eintritt der durch § 3 Abs 1 AVRAG angeordneten Rechtsfolge verhindern und den Weiterbestand der Arbeitsverhältnisse mit dem bisherigen Arbeitgeber erreichen wollen. Dies gilt vor allem dann, wenn der alte Arbeitgeber als „attraktiver“ (insbesondere bonitätsstärker) angesehen wird.

Daher wird in solchen Fällen vereinbart, dass die Arbeitnehmer wie bisher beim „Veräußerer“ beschäftigt bleiben und dem „Erwerber“ im Wege der Arbeitskräfteüberlassung zur Verfügung gestellt werden.

⁹³ VfSlg 14.500/1996; vgl auch VfSlg 14.473/1996.

⁹⁴ Vgl *Kucsko-Stadlmayer*, Art 21, in: Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (1999 ff) Rz 35.

Die Arbeitnehmer erwarten sich von solchen Vereinbarungen die unbeeinträchtigte Weiterführung ihrer Arbeitsverhältnisse mit dem bisherigen Arbeitgeber, während sie für den Fall des Übergangs des Arbeitsverhältnisses Verschlechterungen – so zB in Bezug auf den anwendbaren Kollektivvertrag – befürchten.

Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen richtet sich nach § 16 AVRAG. Danach können die Rechte, die dem Arbeitnehmer aufgrund der §§ 2 – 15a AVRAG zustehen, zwar durch Arbeitsvertrag oder Normen der kollektiven Rechtsgestaltung weder aufgehoben noch beschränkt werden; die somit relativ zwingenden Bestimmungen des AVRAG können aber sehr wohl durch günstigere oder richtigerweise auch durch gleich günstige⁹⁵ Vereinbarungen ersetzt werden.

Bei diesem Günstigkeitsvergleich sind sämtliche in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem Ex-lege-Übergang des Arbeitsverhältnisses bzw der Arbeitskräfteüberlassung stehende Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüber zu stellen (Gruppenvergleich). Bleibt das Arbeitsverhältnis im Zuge der Arbeitskräfteüberlassung unverändert zum bisherigen Arbeitgeber aufrecht, so kommt es in keiner Weise zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch den Betriebsübergang. Bei einem Ex-lege-Übergang des Arbeitsverhältnisses gemäß AVRAG könnten demgegenüber Rechte aus dem bisherigen Kollektivvertrag verloren gehen, weil zB der Kollektivvertrag des Erwerbers Angelegenheiten für die Arbeitnehmer „schlechter“ regelt als jener des Veräußerers oder auch betriebliche Pensionszusagen eingestellt werden, so dass die Arbeitskräfteüberlassung für die Arbeitnehmer sogar günstiger sein könnte. Freilich ist zu beachten, dass die Arbeitnehmer bei wesentlichen Verschlechterungen aufgrund des Kollektivvertragswechsels das Recht haben, ihre Arbeitsverhältnisse unter Wahrung aller Ansprüche wie bei Arbeitgeberkündigung aufzulösen.⁹⁶

Eine Rolle im Günstigkeitsvergleich kann ferner die Bonität des Arbeitgebers spielen, weil sich Arbeitnehmer häufig bei der Vereinbarung einer Arbeitskräfteüberlassung durch den Verbleib des Arbeitsverhältnisses bei einer Gebietskörperschaft eine größere finanzielle Sicherheit für die Erfüllung ihrer arbeitsrechtlichen Ansprüche versprechen.⁹⁷

Die Haftungsfolgen betreffend Arbeitnehmeransprüche beim Ex-lege-Übergang des Arbeitsverhältnisses und bei der Arbeitskräfteüberlassung unterscheiden sich voneinander folgendermaßen: Beim automatischen Übergang haften Erwerber und Veräußerer zwar zur ungeteilten Hand, jedoch nur für Ansprüche, die vor dem Betriebsübergang begründet wurden. Für Ansprüche, die nach dem Betriebsübergang entstehen, haftet der Veräußerer nicht. Bei Arbeitskräfteüberlassung

⁹⁵ Vgl eingehend zum Problem der „Gleich-Günstigkeit“ bei relativ zwingenden arbeitsrechtlichen Gesetzen *Schima*, Die einzelvertragliche Umstellung des Urlaubsjahres auf das Kalenderjahr, JBl 2000, 16 ff.

⁹⁶ Vgl *Gahleitner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, DRdA 1994, 380, 384 f.

⁹⁷ Dies gilt mutatis mutandis auch für Ausgliederungen im Konzern: vgl *Gahleitner* (FN 96) 385 f.

schuldet der Veräußerer weiterhin sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. Der Erwerber haftet nur gemäß § 1409 ABGB für Ansprüche, die vor dem Betriebsübergang entstanden sind.⁹⁸ Im Anwendungsbereich des AÜG haftet freilich der Beschäftiger gemäß § 14 Abs 1 AÜG als Bürge für die Entgeltansprüche samt Sozialversicherungsbeiträgen für die Dauer der Tätigkeit beim Beschäftiger.

Wegen des bei Arbeitnehmern von Gebietskörperschaften häufig gegebenen gesetzlichen Kündigungsschutzes spielt die Frage der Anwendung des § 2 Abs 3 AÜG bei Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich keine so große Rolle, so dass hier nur kurz darauf hingewiesen sei. Die zitierte Vorschrift bestimmt, dass durch den Einsatz überlassener Arbeitskräfte für die Arbeitnehmer im Beschäftigerbetrieb keine Beeinträchtigung der Lohn- und Arbeitsbedingungen und keine Gefährdung der Arbeitsplätze bewirkt werden darf. Wie *Gahleitner*⁹⁹ zutreffend ausgeführt hat, ist aber § 2 Abs 3 AÜG teleologisch auf jene Fälle zu reduzieren, in denen „Stammarbeitskräfte“ des Betriebs sukzessive durch Überlassung (billigerer) Arbeitskräfte ersetzt und dadurch Arbeitsbedingungen generell verschlechtert werden sollen. Die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung anlässlich eines Betriebs(teil)übergangs beschäftigten Arbeitnehmer sind aber selbst durch § 2 Abs 3 AÜG geschützte „Stammarbeitskräfte“, deren Arbeitsbedingungen gerade durch die Arbeitskräfteüberlassung aufrechterhalten werden.

C. Arbeitskräfteüberlassung als Umgehungsinstrument?

Wenn man die vom EuGH im „*Ayse-Süzen*-Erkenntnis“ vom 11. März 1997¹⁰⁰ entwickelten Gedanken aufgreift, dann könnte man versucht sein anzunehmen, die Rechtsfolgen der Anwendung der RL bzw des AVRAG dadurch vermeiden zu können, dass dem Betreiber die benötigte Belegschaft des ausgliedernden Unternehmens im Wege der Arbeitskräfteüberlassung zur Verfügung gestellt wird.

Weiters könnte der Umstand, dass der Übergang eines Entleiherbetriebes (Beschäftigerbetriebes) bei Arbeitskräfteüberlassung nicht unter § 3 Abs 1 AVRAG und nicht unter die Betriebsübergangs-RL fällt¹⁰¹, einen gewissen Anreiz schaffen, das AVRAG zB dadurch zu umgehen, dass jenes Unternehmen, welches eine bestimmte betriebliche Aufgabe eines anderen Unternehmens oder einer Gebietskörperschaft übernehmen will, die dort angestellten Arbeitnehmer dazu veranlasst, die Dienstverträge aufzulösen und in einer Tochtergesellschaft des Über-

⁹⁸ Vgl *Schima*, Automatischer Übergang von Arbeitsverträgen bei Betriebsinhaberwechsel, RdW 1993, 216 ff, 220.

⁹⁹ *Gahleitner* (FN 96) 384 f.

¹⁰⁰ EuGH 11.3.1997, Slg 1997, 1259 = AnwBl 1997, 314 = ASoK 1997, 118 ff = RdW 1997, 216 f = ARD 4831/29/97 = ZAS 1997, 32 = wbl 1997, 162 ff = infas 1997, E 7 = DRdA 1997, 305 ff mit Anm *Kirschbaum* = ZER 1997, 123 f = ecolex 1997, 379 f.

¹⁰¹ *Holzer/Reissner* (FN 12) 64; *Gahleitner/Leitsmüller* (FN 19) 252 f.; *Jöst*, Inhaber im Sinne des § 3 Abs 1 AVRAG und des Art 1 Abs 1 der Betriebsübergangsrichtlinie – Arbeitgeber oder Betriebsinhaber, ZAS 1999, 42; aM jedoch *Binder* (FN 46) § 3 Rz 40.

nehmers neu zu begründen, die die Arbeitnehmer sodann an den Übernehmer verleast. Die Auflösung des Bewirtschaftungsvertrages oder die Rückübertragung der Aufgabe an das ausgliedernde Unternehmen/die Gebietskörperschaft wäre dann, so die Argumentation, nicht von § 3 Abs 1 AVRAG erfasst, weil bloß ein Entleiherbetrieb überginge.

In solchen Fällen wird man jedoch davon auszugehen haben, dass der „Erwerber“ in Wahrheit die „Kernbelegschaft“¹⁰² des Veräußerers nützt und bloß nicht vertragsrechtlicher Arbeitgeber ist. Ein solcher Erwerber muss sich daher so behandeln lassen, als hätte er sowohl die betriebliche Funktion als auch die Belegschaft übernommen, was idR die Rechtsfolgen des § 3 Abs 1 AVRAG auslöst.¹⁰³

Daraus folgt, dass in derartigen Umgehungsfällen eine im Einvernehmen zwischen Veräußerer und drittem Unternehmen (im angeführten Beispiel: der Tochtergesellschaft des Outsourcing-Partners) mit den Arbeitnehmern vereinbarte Arbeitsvertragsübernahme rechtsunwirksam und in Wahrheit von einem Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Outsourcing-Partner auszugehen ist.

Die oben betonte grundsätzliche Zulässigkeit der Abdingung der Rechtsfolgen des § 3 Abs 1 AVRAG durch eine vereinbarte Arbeitskräfteüberlassung steht dazu nicht in Widerspruch, weil die Anstellung bei der Tochtergesellschaft in Beispielen wie dem angeführten für die Arbeitnehmer regelmäßig *nicht* günstiger sein wird, verliert die Tochtergesellschaft doch im Falle einer weiteren Auftragsneuvergabe ihre Aufgabe.¹⁰⁴

D. Beamte und (Nicht-)Anwendung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes

In einem Erk des OGH vom 16. September 1992¹⁰⁵ problematisierte das Höchstgericht die Frage der Anwendung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) auf öffentlich-rechtliche Bedienstete (Beamte) nicht, sondern ging offenbar davon aus, dass eine solche Anwendung unproblematisch sei. Es ging dabei um die Klage einer in der Rechtsform einer GmbH geführten Betriebsgesellschaft einer Stadtgemeinde gegen einen in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadtgemeinde stehenden Beamten, der vorher als Vertragsbediensteter der Gemeinde beschäftigt gewesen war. Der Beklagte wurde aufgrund einer Vereinbarung zwischen der klagenden GmbH und der Stadtgemeinde Ersterer zu 95 % des Vollbeschäftigungsausmaßes zur Verfügung gestellt. Der Dienstvertrag

¹⁰² EuGH 11.3.1997, Slg 1997, I-1259 (*Ayşe Süzen*) = AnwBl 1997, 314 = ASoK 1997, 118 ff = RdW 1997, 216 f = ARD 4831/29/97 = ZAS 1997, 32 = wbl 1997, 162 ff = infas 1997, E 7 = DRdA 1997, 305 ff mit Anm *Kirschbaum* = ZER 1997, 123 f = ecolex 1997, 379 f.

¹⁰³ *Schima* (FN 16) Rz 42.

¹⁰⁴ *Schima* (FN 16) Rz 43.

¹⁰⁵ OGH 16.9.1992, RdW 1993, 116.

der Stadtgemeinde blieb aufrecht. Der Beklagte erhielt seine Dienstbezüge weiterhin von der Stadtgemeinde, wobei die klagende GmbH jedoch verpflichtet war, der Stadtgemeinde diese Bezüge zu refundieren. Der Beklagte arbeitete bei der klagenden GmbH in der städtischen Bestattung.

Richtigerweise sind Beamte aber keine „Arbeitskräfte“ iSd § 3 Abs 4 AÜG.¹⁰⁶ § 3 Abs 2 AÜG bezeichnet als „Überlasser“ nur denjenigen, der „Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet“.¹⁰⁷

Dies ist aber nicht das einzige Argument. § 3 Abs 4 AÜG definiert als „Arbeitskräfte“ explizit „Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen“.

In Anbetracht der in der Arbeitsrechtsordnung verwendeten unterschiedlichen Arbeitnehmerbegriffe, die zumindest zum Teil – so der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG – sogar Beamte umfassen, lässt sich aus dieser Definition nicht allzu viel gewinnen. Das gesamte Modell des AÜG und konstruktive Bedenken sprechen aber gegen eine Anwendung auf Beamte. Auch § 2 Abs 2 AÜG, wonach die Arbeitskräfteüberlassung der Zustimmung der überlassenen Arbeitskraft bedarf, läuft bei Beamten leer, weil schon der Dienstvertrag auf Bescheid beruht.¹⁰⁸

E. Gesetzliche Anordnung einer Arbeitskräfteüberlassung bei Betriebs(teil)übergängen

Arbeitskräfteüberlassungen als Alternative zur Vertragseintrittsautomatik bei Betriebs(teil)übergängen können nicht nur auf privatautonomer Basis bewirkt werden, sondern auch durch spezielle Ausgliederungsgesetze. Praktische Beispiele (so zB die Ausgliederung der Innsbrucker Verkehrsbetriebe in eine Aktiengesellschaft oder die Ausgliederung der Museen der Stadt Wien in eine Anstalt öffentlichen Rechts) gibt es einige.

Vertragsbedienstete sind zweifellos „Arbeitskräfte“ iSd § 3 Abs 4 AÜG, so dass bei ihnen in Anbetracht des § 1 Abs 2 Z 1 AÜG auch § 2 Abs 2 AÜG grundsätzlich gilt und damit ihre Zustimmung zur Überlassung an Dritte erforderlich wäre. Eine gesetzlich angeordnete Überlassung hat es aber an sich, dass die Zustimmung der davon betroffenen Bediensteten nicht nötig ist.

Bei Landes-Ausgliederungsgesetzen könnte ein Konflikt mit § 2 Abs 2 AÜG eintreten, weil Landesgesetze Bundesgesetzen nicht einfach derogieren können. Wie Thienel¹⁰⁹ zutreffend hervorgehoben hat, ist der Bundesgesetzgeber aber in Bezug auf Arbeitskräfteüberlassungen, an denen andere Gebietskörperschaften, nämlich Länder und Gemeinden, beteiligt sind, zur Erlassung der Regelung des

¹⁰⁶ Vgl dazu ausführlich Schima (FN 6) 209 ff, 211.

¹⁰⁷ Auch Thienel ([FN 53] 252) leitet daraus vorsichtig ab, dass die Überlassung öffentlich-rechtlicher Bediensteter vom AÜG generell nicht erfasst zu sein scheint.

¹⁰⁸ Vgl Schima (FN 16) 211.

¹⁰⁹ Thienel (FN 53) 253.

§ 2 Abs 2 AÜG gar nicht kompetent. Denn mit dieser Norm wird das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitskraft geregelt¹¹⁰, damit bei öffentlich Bediensteten auch das öffentliche Dienstverhältnis, weil die Dienstpflichten konkretisiert werden. Gegenüber Landes-, Gemeinde- und Gemeindeverbandsbediensteten besitzt der Bund wegen Art 21 Abs 1 und 2 B-VG jedoch keine Regelungskompetenz, sondern greift vielmehr in verfassungswidriger Weise in die Gesetzgebungskompetenz des Landes als des in diesem Fall allein zuständigen Dienstrechtsgesetzgebers ein.¹¹¹ Das Land ist daher in seiner Gesetzgebungskompetenz durch § 2 Abs 2 AÜG nicht begrenzt und kann somit den zustimmungslosen Eintritt einer Arbeitskräfteüberlassung bei Ausgliederungen anordnen. Dass der Bundesgesetzgeber dies vermag und § 2 Abs 2 AÜG durch speziellere Regelungen im Einzelfall verdrängen kann, steht ohnehin außer Zweifel.

Grundrechtlichen Bedenken begegnet eine gesetzlich angeordnete Arbeitskräfteüberlassung gerade bei Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich kaum oder jedenfalls in viel geringerem Ausmaß als gesetzlich angeordnete Arbeitsvertragsübergänge. Denn bei Letzteren kommt es zu einem ohne Zutun der Betroffenen angeordneten Arbeitgeberwechsel und damit bei Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich typischerweise zum Ersatz einer – zumindest theoretisch – finanziell unbegrenzt leistungsfähigen Gebietskörperschaft durch einen (mehr oder weniger) bonitätsschwächeren, privatrechtlich organisierten Arbeitgeber.

Gesetzlich angeordnete Übergänge fallen – wie schon aus den Materialien zum AVRAG¹¹² hervorgeht – ebenfalls unter § 3 Abs 1 AVRAG, wobei Österreich reich an Beispielen gesetzlicher Ausgliederungen von Betrieben aus der Verwaltung durch Gebietskörperschaften in privatwirtschaftlich organisierte Kapitalgesellschaften ist.¹¹³

Wie der VfGH im „Bundesbahn-Erkenntnis“¹¹⁴ aussprach, ist jedoch die durch Gesetz verfügte Auswechslung eines Vertragspartners eine Eigentumsbeschränkung iSd Art 5 StGG, die nur unter bestimmten Voraussetzungen (öffentliches Interesse, Zweckdienlichkeit etc) gerechtfertigt ist.

Nicht überzeugend ist freilich die im erwähnten Erkenntnis vertretene Ansicht, das Bundesbahngesetz (BBG) sei insoweit verfassungswidrig, als es keine

¹¹⁰ Vgl Mazal, Arbeitskräfteüberlassung (1988) 36; Thienel (FN 53) 253.

¹¹¹ Thienel (FN 53) 253 mit anderen Bsp für Verfassungswidrigkeiten des AÜG.

¹¹² ErIRV 1077 BlgNR XVIII. GP, 110; so auch OGH 23.12.1998, ARD 5006/9/98; Holzer/Reissner (FN 12) 67; Schima (FN 46) 323; Binder (FN 46) § 3 Rz 14, 19.

¹¹³ Vgl dazu zB das SalzmonopolG, BGBl 1978/124; das DorotheumsG, BGBl 1979/66; das StaatsdruckereiG, BGBl 1981/340; das ScheidemünzenG, BGBl 1988/597; das Schönbrunner TiergartenG, BGBl 1991/40; das Schönbrunner SchloßG, BGBl 1992/208; das BundesbahnG, BGBl 1992/825; das Austro ControlG, BGBl 1993/898; das BundesforsteG, BGBl 1996/793; das Poststrukturgesetz, BGBl 1996/201; das Umweltkontrollgesetz, BGBl I 1998/152; das Bundesmuseen-Gesetz 2002, BGBl I 2002/14.

¹¹⁴ VfSlg 14.075/1995, JBl 1995, 579 ff = DRdA 1995, 425 = ARD 4691/15/95.

unbeschränkte Weiterhaftung des Bundes für die Aktivbezüge der von der Übertragung erfassten ÖBB-Bediensteten vorsehe. Diese Sichtweise kann keineswegs damit gerechtfertigt werden, dass es sich größtenteils um Arbeitnehmer mit vertraglichem Kündigungsschutz handelte (siehe unten).¹¹⁵ Der vom VfGH geforderte Haftungsstandard geht weit über § 6 AVRAG hinaus, und das Ergebnis des VfGH wäre nur dann richtig, wenn man die letztgenannte Bestimmung selbst als verfassungswidrig qualifizierte. Dies schien auch dem VfGH nicht vorzuschweben, wie sich anhand des knapp danach ergangenen *Austro-Control*-Erkenntnisses vom 12. Juni 1996¹¹⁶ zeigte, wo gerade unter Verweis auf § 6 AVRAG die „Enthaftung“ des Bundes bei der gesetzlichen Ausgliederung des Bundesamtes für Zivilluftfahrt in die Austro Control GmbH als verfassungskonform beurteilt wurde. Dort ging es zwar um frei kündbare Arbeitnehmer, doch ist gerade dieses Kriterium unerheblich, weil § 6 AVRAG auch bei unter vertraglichem Kündigungsschutz stehenden Arbeitnehmern den Veräußerer für nach dem Übergang begründete Ansprüche auf laufendes Entgelt niemals haften lässt.¹¹⁷

IV. Leistungsgewährung ohne gesetzliche Grundlage bei Ausgliederung

Wenngleich die allgemeinen Bestimmungen des Zivil- und Arbeitsrechts unstrittig auch auf Vertragsbedienstete des Bundes subsidiär anzuwenden sind (so weit die gesetzlichen Spezialvorschriften des Vertragsbedienstetengesetzes 1948 keine abweichenden Regelungen enthalten¹¹⁸), so ist doch in Lehre und Judikatur anerkannt, dass – abweichend von allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen,

¹¹⁵ Diesen Aspekt heben aber *Holzer/Reissner* (FN 12) 124 f und *Marhold* (FN 9) 70 hervor.

¹¹⁶ VfSlg 14.500/1996 = ARD 4789/30/96.

¹¹⁷ Vgl die Kritik am ÖBB-Erk des VfGH von *Schima* (FN 16) Rz 36; wohlwollend-kritische Untertöne auch bei *Müller*, Bundeshaftungen in Ausgliederungsgesetzen und EU-Recht, in: Kropf/Leitsmüller/Rossmann, Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich (2001) 91 ff, 101 f. Seine Ansicht, die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Weiterhaftung des Bundes sei vom VfGH im ÖBB-Erkenntnis nicht so gemeint gewesen, findet im Text des Erks freilich keine Deckung. *Müller* (102) betont auch, man hätte das „klarstellen“ sollen. Richtig ist indes, dass der Gesetzgeber aus dem *Austro-Control-Erk* (VfSlg 14.500/1996 = ARD 4789/30/96) nicht die richtigen Schlüsse zog und weiter völlig überschießende Bundeshaftungen in diversen Gesetzen verankerte (vgl näher *Müller* 102 f).

¹¹⁸ Dies gilt mangels Sonderregelung im VBG zB für die Anwendung der dreijährigen Verjährungsfrist des § 1486 Z 5 ABGB betreffend Entgeltansprüche (OGH 12.5.1959, SZ 32/60; OGH 28.2.1961, Arb 7338), für die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zugunsten der Vertragsbediensteten (OGH 11.5.1976, Arb 9469) sowie für die so genannte „Risikohaftung“ des Dienstgebers gemäß § 1014 ABGB, die kein Schadenersatz-, sondern ein Aufwandersatzanspruch ist (vgl OGH 24.2.1988, Arb 10.664). Da das VBG kein konstitutives Formgebot für den Abschluss von Dienstverträgen enthält, finden auch die zivilrechtlichen Vorschriften über das Zustandekommen von Willenserklärungen im Vertragsbedienstetenrecht Anwendung.

wonach betriebliche Übungen mittels § 863 ABGB Vertragsinhalt werden, wenn der Dienstgeber nicht eindeutig das Gegenteil erklärt¹¹⁹ – die bloße Tatsache der fortlaufenden Gewährung von Leistungen dann keinen (konkludenten) Anspruch der Vertragsbediensteten auf weitere Gewährung begründet, wenn sich diese Leistungen außerhalb des vom Vertragsbedienstetenrecht gezogenen Rahmens bewegen.¹²⁰

§ 36 Abs 1 VBG 1948 stellt klar, dass – im Unterschied zu den meisten arbeitsrechtlichen Gesetzen (wie insbes § 40 AngG) – das Prinzip der einseitig zugunsten der Arbeitnehmer zwingenden Wirkung der gesetzlichen Bestimmungen für das VBG nicht gilt. Vielmehr erlaubt § 36 Abs 1 VBG Abweichungen vom Gesetz durch den Abschluss von „Sonderverträgen“ sowohl zugunsten als auch zum Nachteil des Arbeitnehmers.¹²¹ Die gegenteilige Auffassung von *Tomandl*¹²², der § 36 VBG 1948 nur als „interne Verwaltungsvorschrift“ qualifizierte, die nicht zum Nachteil der Vertragsbediensteten angewendet werden könne, setzte sich zu Recht nicht durch.¹²³

Ähnliche Einschränkungen kennen viele Landesgesetze auch für die Bediensteten von Gemeinden.¹²⁴

Zweck der „Sondervertragsklausel“ des VBG ist es, eine weitgehend gleichförmige (und willkürliche Differenzierungen vermeidende) Behandlung der öffentlich Bediensteten zu gewährleisten und zudem ungerechtfertigte Differenzierungen zwischen Beamten und Vertragsbediensteten hintanzuhalten.

Eine analoge Anwendung von § 863 ABGB in punkto Vertrauensschutz auf Beamte kommt insofern nicht in Betracht, als die Rechtsbeziehungen zwischen dem Beamten und seinem Dienstgeber nicht der privatautonomen Gestaltung durch Vertrag unterliegen, sondern gesetzlich in jeder Richtung zwingend festgelegt sind. Das Legalitätsprinzip verhindert dabei auch, den Dienstgeber zB unter Berufung auf Treu und Glauben an eine langjährige Verwaltungsübung zu binden.¹²⁵

§ 36 Abs 1 VBG enthält einen „doppelten Schutzmechanismus“ gegen die vertragliche Verfestigung tatsächlich gewährter, aber gesetzlich nicht gedeckter Leistungen:

Einerseits begrenzt das Erfordernis der Genehmigung durch den Bundesminister für öffentliche Leistungen und Sport die Vertretungsmacht der nachge-

¹¹⁹ Vgl etwa OGH 24.7.1996, RdW 1997, 352; OGH 13.7.1994, wbl 1994, 372.

¹²⁰ Vgl dazu *Grillberger*, § 863 ABGB und öffentliches Dienstrecht, in: *Tomandl-FS* (1998) 91 f, 95 f.

¹²¹ Vgl *Grillberger* (FN 120) 95 ff.

¹²² Anm *Tomandl* ZAS 1968, 154 zu OGH 31.10.1967.

¹²³ Dagegen auch *Grillberger* (FN 120) 101.

¹²⁴ *Grillberger* (FN 120) 107.

¹²⁵ *Grillberger* (FN 120) 92 ff.

ordneten Bundesorgane¹²⁶; andererseits bedarf die Verankerung der von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden dienstvertraglichen Regelungen der Schriftform und der ausdrücklichen Bezeichnung als Sondervertrag.

Wie der OGH bereits vor langem im Zusammenhang mit der in § 36 Abs 1 VBG (damals noch) vorgesehenen Genehmigung des Bundeskanzlers und des Bundesministers für Finanzen aussprach, ersetzt die generelle Genehmigung bestimmter Sonderregelungen durch das Bundeskanzleramt nicht die Genehmigung des einzelnen Dienstvertrages, sondern führt zur Nichtigkeit der betroffenen Regelung.¹²⁷

Konsequenterweise verneinte der OGH in einem Erkenntnis vom 31. August 1994 den Anspruch von Vertragsbediensteten auf so genannte „Tax-Gebühren“¹²⁸, die ohne jede gesetzliche Grundlage jahrelang (nur) auf der Basis eines Erlasses des zuständigen Bundesministers gewährt worden waren,¹²⁹ mit der Begründung, dass mangels erforderlicher Genehmigung des Vertrages durch die Oberbehörde der Vertrauensschutz ausscheide und der Vertrag rechtsunwirksam sei.¹³⁰ Auch aus einer lang währenden betrieblichen Übung könnten Ansprüche der Dienstnehmer gegen den Bund nicht abgeleitet werden, wenn hierfür ein Sondervertrag erforderlich wäre, aber die nach § 36 Abs 1 VBG 1948 erforderliche Genehmigung fehle.

Die zitierte Entscheidung hebt sich von früheren OGH-Erkenntnissen ab, in denen zB eine Feiertagszulage¹³¹ bzw ein fünfzehnter Monatsbezug¹³², die in den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nicht vorgesehen waren, zugesprochen wurden.

Auch innerhalb des Vertragsbedienstetenrechts können jedoch Dienstverträge und zusätzliche Ansprüche auf der Basis mündlicher Zusagen oder sogar stillschweigend zustande kommen, soweit sie nicht vom Gesetz abweichen. So hat

¹²⁶ Die „Minister-Kompetenz“ zur Genehmigung der Sonderverträge wechselte in der Vergangenheit mehrfach. Laut VBG-Novelle 1994 (BGBl 1994/16) bedurfte der Abschluss von „Sonderverträgen“ zunächst der Genehmigung des Bundeskanzlers *und* des Bundesministers für Finanzen. Seit 1997 (BGBl I 1997/61) musste nur mehr der Bundesminister für Finanzen zustimmen. Mit der VBG-Novelle 2000 (BGBl I 2000/94) wurde die Zustimmungskompetenz auf den Bundesminister für öffentliche Leistung und Sport übertragen.

¹²⁷ OGH 8.10.1963, Arb 7813.

¹²⁸ Die lang währende Übung bestand im Anlassfall darin, dass die Bediensteten einer Lebensmitteluntersuchungsanstalt schon seit vielen Jahrzehnten zusätzlich zu ihrem normalen, gesetzlich geregelten Gehalt bestimmte Anteile an den von der Anstalt eingenommenen Taxen erhielten.

¹²⁹ Damals bedurfte ein Sondervertrag – wie gesagt – noch der Zustimmung von Bundeskanzler und Bundesminister für Finanzen.

¹³⁰ OGH 31.8.1994, SZ 67/141; idS auch Anm *Stifter*, ZAS 1978, 21 zu OGH 28.6.1977. In einem Erkenntnis v 11.4.2001 (9 Ob A 251/00 b) führte der OGH aus, dass die in der zitierten Entscheidung (SZ 67/141) aufgestellten Grundsätze auch auf Landessonderdienstverträge anwendbar seien.

¹³¹ OGH 10.5.1989, ZAS 1990, 161 mit Anm *Kozak/Schauer*.

¹³² OGH 15.7.1987, DRdA 1989, 33 mit Anm *W. Schwarz*.

Grillberger zutreffend darauf verwiesen, dass im Bereich der Einstufung in das Entlohnungsschema die Heranziehung zu tatsächlich verrichteten (höherwertigen) Diensten sehr wohl die stillschweigende Vereinbarung einer höheren Entlohnungsgruppe begründen könne, weil es keine gesetzliche Vorschrift darüber gebe, zu welcher Art von Arbeit der einzelne Bedienstete verpflichtet sein solle. Ähnliches gilt für eine länger dauernde andere Verwendung des Bediensteten in Abänderung der bisherigen Tätigkeit.¹³³

Die Feststellung, dass eine konkret auf faktischer Grundlage gewährte Leistung (wie die erwähnte Tax-Gebühr) nicht den gesetzlichen Bestimmungen des Vertragsbedienstetenrechts entspreche und nur über den Abschluss von Sonderverträgen hätte wirksam verankert werden können, sagt noch nichts darüber aus, ob im konkreten Fall der Abschluss eines Sondervertrages selbst dem Gesetz entsprochen hätte.

Wäre im oben zitierten Beispiel (Gewährung von Tax-Gebühren) zB mit einer Vielzahl von Mitarbeitern mit Zustimmung des zuständigen Ministers¹³⁴ in diversen „Sonderverträgen“ eine „Tax-Gebühr“ festgelegt worden, dann hätte der Bundesminister wohl seine gesetzlichen Pflichten verletzt, weil die Zulässigkeit der Regelung abweichender Vertragsbedingungen in Sonderverträgen voraussetzt, dass die Ausnahme vom Gesetz durch die konkreten Umstände des Falles begründet ist¹³⁵, sodass eine gleichsam „flächendeckende“ Zulagengewährung über Sonderverträge (selbst bei Einhaltung aller Formvorschriften) aus der Sicht der für den Dienstgeber handelnden obersten Organe pflichtwidrig wäre. Ob in diesem Fall die begünstigten Vertragsbediensteten einen Rechtsanspruch auf die Tax-Gebühr erworben hätten, würde sich danach bestimmen, ob der Missbrauch der Vertretungsmacht der Organe des Bundes den begünstigten Dienstnehmern bekannt oder nur aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt war, also der Fall der Kollusion vorlag.

Angesichts der neueren Rechtsprechung zu § 36 Abs 1 VBG¹³⁶ prima vista überraschend, bei Nähe besehen aber nicht ganz inkonsequent gelangte der OGH in einem Erkenntnis vom 15. März 2000¹³⁷ zum Ergebnis, dass die (generelle) Einschränkung, gesetzwidriges Verhalten von Organen könne keine Betriebsübung begründen, im Falle eines bei einer Ausgliederung erfolgenden Dienstgeberwechsels von der öffentlichen Hand zu einer privaten AG nicht (mehr) gelte. Der OGH bejahte daher trotz nur einmaliger vorbehaltloser Auszahlung einer

¹³³ So zutreffend *Grillberger* (FN 120) 100.

¹³⁴ Derzeit mit Zustimmung des Bundesministers für öffentliche Leistung und Sport.

¹³⁵ Eine solche Begründung vermisste der OGH zB bei einer Vertragsklausel mit einem teilzeitbeschäftigten Vertragsbediensteten, der zufolge bei Auflösung des Dienstverhältnisses kein Abfertigungsanspruch gebührt (OGH 28.6.1977, SZ 50/95 = Arb 9598 = ZAS 1978, 18 ff mit Anm *Stifter*). IdS auch *Rebhahn*, Vertrauensschutz in gesetzlich determinierten Dienstverhältnissen, DRdA 2002, 202, 204.

¹³⁶ Vgl zB OGH 31.8.1994, SZ 67/141.

¹³⁷ OGH RdW 2001, 45 f = ARD 5201/3/2001 = Arb 12.003.

„Weihnachtsbelohnung“ durch die Österreichische Bundesforste AG (nach der Ausgliederung) eine weiterführende Betriebsübung.

Die Angestellten der Generaldirektion des Wirtschaftskörpers Österreichische Bundesforste hatten zwischen 1980 und 1993 und zuletzt 1998 ohne spezifischen Vorbehalt oder konkreten Leistungsbezug eine „Weihnachtsbelohnung“ erhalten und wollten daraus einen Rechtsanspruch (auch für die Zukunft) ableiten.

Der OGH meinte zunächst, dass ein (schon aufgrund der gesetzlichen Schranken des § 70 Abs 1 BF-DO 1986 iVm § 19 Gehaltsgesetz) gesetzwidriges Verhalten im Zusammenhang mit der vorbehaltlosen Auszahlung von „Weihnachtsbelohnungen“ an Dienstnehmer der Österreichischen Bundesforste zwischen 1980 und 1993 (in Anlehnung an die oben zitierte Judikatur zur Sondervertragsklausel des § 36 Abs 1 VBG) keine Betriebsübung begründen könne. Beachtlich sei aber die Wiedergewährung der „Weihnachtsbelohnung“ im Jahr 1998 durch die ÖBf AG, die als privater Dienstgeber an die vorgenannten Beschränkungen nicht mehr gebunden gewesen sei.

Mit der Ausgliederung der Österreichischen Bundesforste in die Österreichische Bundesforste AG (ÖBf)¹³⁸ im Jahr 1996 war für die bis dahin beim Bund beschäftigten Vertragsbediensteten nämlich ein Dienstgeberwechsel zu einer privaten Aktiengesellschaft verbunden.

In der Regel führe eine (bloß) einmalige Zahlung – so der OGH – zwar nicht zu einer konkludenten Änderung des Einzelarbeitsvertrages zugunsten des Dienstnehmers.¹³⁹ Bei schlüssigen Erklärungen sei allerdings entscheidend, was der Partner bei sorgfältiger Würdigung dem Erklärungsverhalten des anderen entnehmen dürfe¹⁴⁰. Für die Dienstnehmer der ÖBf AG habe sich im konkreten Fall 1998 die „*Weitergewährung einer vom Dienstgeber seit Jahrzehnten gewährten Mehrentlohnung*“ (Weihnachtsbelohnung) ergeben. Diese Sichtweise ist nicht unproblematisch, weil die jahrelange Übung ja eine *gesetzwidrige* war, die als solche – auch nach Ansicht des OGH – gerade keinen Vertrauensschutz und Rechtsanspruch für die Zukunft schuf.

Die (zutreffende) Auffassung, wonach gesetzwidriges Handeln von Organen eine Betriebsübung nicht begründen kann, muss laut OGH auf jenen Fall reduziert werden, in dem der öffentliche Dienstgeber weiterbesteht, dem gegenüber die Berufung auf eine Betriebsübung erfolgt. Aufgrund des im konkreten Fall erfolgten Arbeitgeberwechsels hätten die Dienstnehmer – angesichts der keinen gesetzlichen Beschränkungen mehr unterliegenden Auszahlung des Dienstgebers – darauf vertrauen dürfen, dass dieser wie bisher, dh keineswegs einmalig, sondern

¹³⁸ Mittels Bundesforstegesetz (BGBl 1996/793).

¹³⁹ Eine zweimalige vorbehaltlose Auszahlung wurde dagegen schon als ausreichend anerkannt; vgl OGH 16.2.2000, RdW 2001, 47 f = ARD 5201/2/2001 = DRdA 2000, 532; *Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz*, AngG⁷ (1991) 181.

¹⁴⁰ Vgl OGH 9.7.1999, RdW 2000, 35.

entsprechend der bisherigen Übung und unter den gleichen Voraussetzungen auch für die Zukunft eine Abgeltung gewähren will.

Die Betriebsübung habe sohin durch den einseitigen Vorbehalt des Dienstgebers bei Auszahlung der Weihnachtsbelohnung im (darauf folgenden) Jahr 1999 ihre rechtliche Auswirkung auf die Einzelverträge nicht (mehr) verlieren können.

Ganz ähnlich erkannte der OGH am 16. Februar 2000¹⁴¹, dass an die ehemaligen Vertragsbediensteten der Post- und Telegraphenverwaltung, die inzwischen Dienstnehmer der Post und Telekom Austria Aktiengesellschaft geworden waren, für besonders verkehrsstarke Arbeitstage vor Weihnachten weiterhin besondere Vergütungssätze gezahlt werden müssten.

Den ehemaligen Bediensteten der Post- und Telegraphenverwaltung war zumindest seit 1976 bis zur Ausgliederung¹⁴² und danach auch 1996 jedes Jahr für die Mehrbelastung anlässlich des Weihnachts- und Neujahrsverkehrs neben den sonstigen Bezügen ein zusätzliches Entgelt bezahlt worden. Von Seiten der Post- und Telegraphenverwaltung wurde nie auf die Freiwilligkeit, Einmaligkeit oder jederzeitige Widerruflichkeit der Zahlungen hingewiesen.

Während selbst eine lang währende betriebliche Übung keine Ansprüche begründen kann, wenn sie – wie im vorliegenden Fall – mangels Genehmigung durch den Finanzminister und den Bundeskanzler auf gesetzwidrigem Handeln eines Organs des Bundes beruht (siehe oben)¹⁴³, war die Gewährung einer Mehrentlohnung durch die Post und Telekom Austria Aktiengesellschaft im Jahr 1996 laut OGH beachtlich, weil die AG an die genannten Beschränkungen als privater Dienstgeber nicht gebunden war. Für den durchschnittlichen Arbeitnehmer bot sich – so der OGH – daher das Bild einer vorbehaltlosen Weitergewährung einer seit Jahrzehnten vom früheren Dienstgeber gewährten Mehrentlohnung in der Vorweihnachtszeit.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass im Falle eines mit einer (gesetzlichen) Ausgliederung verbundenen Dienstgeberwechsels die ausgegliederte Einrichtung (Kapitalgesellschaft, Anstalt, Sonderrechtsträger) über den bisherigen gesetzlichen Rahmen (des VBG) hinaus an Arbeitnehmer erbrachte Leistungen *sofort bei Ausgliederung* einstellen muss oder zumindest die Leistungen beim ersten nach Wirksamwerden der Ausgliederung relevanten Leistungszeitpunkt *de facto* nicht mehr erbringen darf, wenn eine Bindung des ausgegliederten Rechtsträgers verhindert werden soll.

V. Betriebsverfassungsrechtliche Fragen bei Ausgliederung

Anders als bei der Betriebsübergangs-RL, im AVRAG oder AÜG ist der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG ein sehr weiter,

¹⁴¹ OGH RdW 2001, 47 f = ARD 5201/2/2001 = DRdA 2000, 532.

¹⁴² Mittels Poststrukturgesetz (PTSG), BGBl 1996/201.

¹⁴³ Vgl *Rebhahn* (FN 135) 201 f, 205.

der auch öffentlich-rechtliche Bedienstete (Beamte) umfassen kann, wenn sie für einen im Anwendungsbereich des ArbVG gelegenen Betrieb iSd § 34 ArbVG tätig sind.¹⁴⁴

Die Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder regeln – soweit überblickbar – das Problem eines sich plötzlich durch Ausgliederung ergebenden „Systemwandels“, dh eines Übertritts vom Anwendungsbereich eines Personalvertretungsgesetzes in das System des ArbVG, nicht.¹⁴⁵

Dies kann die Praxis vor nicht unbeträchtliche Probleme stellen.

Die zu regelnden Fragen sind durchaus jenen verwandt, die sich bei betrieblichen Umstrukturierungen innerhalb des Anwendungsbereiches des ArbVG dadurch ergeben, dass Betriebe aufgespalten (in andere eingebracht) oder Betriebe bzw Betriebsteile zu neuen Betrieben (iSd § 34 ArbVG) vereinigt werden.

In solchen Fällen sieht das ArbVG Übergangsregelungen, dh die vorübergehende Beibehaltung der Zuständigkeit des alten Betriebsrates oder sogar die Bildung eines besonderen Organs („einheitlicher Betriebsrat“) mit Ablaufdatum vor.

Die Betriebsräte (Betriebsausschüsse) der zusammengeschlossenen Betriebe bzw Betriebsteile bilden gemäß § 62c ArbVG bis zur Neuwahl eines Betriebsrates, längstens aber ein Jahr ab dem Zusammenschluss, ein Organ der Arbeitnehmerschaft („einheitlicher Betriebsrat“). Diese Regelung soll sicherstellen, dass im Zuge von Umstrukturierungen den betroffenen Belegschaften ein Vertretungsorgan zur Verfügung steht.¹⁴⁶

Das Gesetz ordnet eine unverzügliche Konstituierung des einheitlichen Betriebsrates an, weil die bisherigen Betriebsräte für die neu entstandene Organisationseinheit nicht zuständig sind.

Die Einjahresfrist ist an sich nicht verlängerbar. Die Einberufung des einheitlichen Betriebsrates hat durch den Vorsitzenden eines der Betriebsräte der zusammengeschlossenen Betriebe zu erfolgen.

Nach Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG ist das Personalvertretungsrecht der Bundesbediensteten in Gesetzgebung und Vollziehung Bundeskompetenz. In die ausschließliche Kompetenz des Bundes fällt ferner gemäß Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG das Arbeits- und Arbeitsverfassungsrecht.

Die Länder sind dagegen – von Ausnahmen abgesehen¹⁴⁷ – in Gesetzgebung und Vollziehung für das Personalvertretungsrecht der Landesbediensteten sowie

¹⁴⁴ Vgl Gahleitner, in: Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG II² (2000) § 36 Erl 1; Strasser/Jabornegg, ArbVG³ (1999) § 36 E 14; idS auch EA 7.12.1977, Arb 9641 = ZAS 1978, 81.

¹⁴⁵ Marhold (FN 9) 63.

¹⁴⁶ Vgl ErlRV 1078 BlgNR XVIII. GP, 12; Preiss, in: Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG II² (2000) § 62c Erl 1.

¹⁴⁷ Siehe Art 14 B-VG.

der Gemeinde- und Gemeindeverbandsbediensteten zuständig. Sind die Landesbediensteten in Betrieben tätig, ist der Bund für die Gesetzgebung zuständig. Für Gemeindebedienstete, die in Betrieben beschäftigt sind, ist hingegen der Landesgesetzgeber zuständig (Art 21 B-VG).

Wie beim Post-Betriebsverfassungsgesetz¹⁴⁸ und dem Bahn-Betriebsverfassungsgesetz¹⁴⁹ können im Bedarfsfall für ausgegliederte Unternehmen aber auch eigenständige gesetzliche Regelungen der innerbetrieblichen Interessenvertretung – gestützt auf den Kompetenztatbestand „Arbeitsrecht“ – geschaffen werden.¹⁵⁰

Im Landesbereich können Abweichungen vom ArbVG dagegen – aufgrund der beschriebenen Kompetenzbestimmungen – nur vom Bund geregelt werden, weil die Regelungsbefugnis des Landes für die innerbetriebliche Interessenvertretung durch die Ausgliederung beseitigt wird. Für die Gesetzgebungskompetenz des Landes bei Ausgliederungen von Gemeinden kommt es dagegen darauf an, ob die Beschäftigten dem ausgegliederten Betrieb nur zur Dienstleistung zugewiesen oder von einem neuen Rechtsträger als eigene Dienstnehmer aufgenommen werden. Im ersten Fall kann weiterhin der Landesgesetzgeber Regelungen über die innerbetriebliche Interessenvertretung schaffen; im zweiten Fall fällt die Zuständigkeit dem Bund zu.¹⁵¹

Wie bei der (herkömmlichen) Arbeitskräfteüberlassung, wo der überlassene Arbeitnehmer – betriebsverfassungsrechtlich – sowohl dem Überlasser- als auch dem Beschäftigterbetrieb angehört, kann auch für die verliehenen Beamten oder Vertragsbediensteten einer Gebietskörperschaft neben ihrer Zugehörigkeit zur betrieblichen Interessenvertretung des ausgegliederten Betriebes weiterhin eine personelle Zugehörigkeit zur Personalvertretung des Bundes, des Landes oder der Gemeinde vorgesehen sein.¹⁵²

Hat die ausgegliederte Einrichtung eigene Rechtspersönlichkeit, fällt sie gemäß § 33 Abs 1 ArbVG in den Geltungsbereich der Betriebsverfassung, sodass die entsprechenden Betriebsratskörperschaften zu bilden sind. Aufgrund des oben beschriebenen umfassenden Arbeitnehmerbegriffs des § 36 ArbVG kann sohin auch in einem Ausgliederungsbetrieb, der noch keine Neuanstellungen vorgenommen hat und dessen Personal sich ausschließlich aus zugewiesenen Bediensteten zusammensetzt, ein Betriebsrat für diese Beschäftigten tätig werden.

¹⁴⁸ Bundesgesetz über die Post-Betriebsverfassung (Post-Betriebsverfassungsgesetz – PBVG), BGBl 1996/326.

¹⁴⁹ Bundesgesetz über die Bahn-Betriebsverfassung (Bahn-Betriebsverfassungsgesetz – BBVG), BGBl I 1997/66.

¹⁵⁰ *Alvarado-Dupuy*, Betriebliche Interessenvertretung in ausgegliederten Einrichtungen, in: Kropf/Leitsmüller/Rossmann, Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich (2001) 129 f, 136.

¹⁵¹ *Alvarado-Dupuy* (FN 150) 136 f.

¹⁵² Vgl *Gahleitner* (FN 144) § 36 Erl 1.

In der Praxis kommt es daher zu einer zweifachen innerbetrieblichen Interessenvertretung der Bediensteten durch einen Betriebsrat und durch den Zentralausschuss (Fachausschuss) des verleihenden Ressortbereichs.¹⁵³

Bei einem Vergleich des Betriebsverfassungsrechts des ArbVG mit dem Bundes-Personalvertretungsgesetz (PVG)¹⁵⁴ fallen zB durchaus unterschiedliche Regelungen über den mit der Mitwirkung der Mitarbeiter verfolgten Zweck auf.

Während die Personalvertretung „den Bediensteten unter Bedachtnahme auf das öffentliche Wohl zu dienen“ hat (§ 2 Abs 2 PVG), verlangt das Betriebsverfassungsrecht die Herbeiführung eines Interessenausgleichs zwischen dem Wohl der Arbeitnehmer und jenem des Betriebes (§ 39 ArbVG).¹⁵⁵

Schwierigkeiten bei der Anwendung der arbeitsverfassungsrechtlichen Bestimmungen in Ausgliederungsbetrieben resultieren sohin (auch) daraus, dass das Organisationsrecht der Personalvertretung sich von jenem des ArbVG unterscheidet.

Gerade bei komplexen Ausgliederungen, wie etwa Bahn, Post oder Arbeitsmarktservice, passt ferner die dreigliedrige Territorialstruktur des Personalvertretungsrechts nicht mit der zweigliedrigen Struktur des Betriebsverfassungsrechts des ArbVG zusammen.¹⁵⁶

Zudem ergeben sich (praktische) Probleme dadurch, dass mangels Regelung besonderer Übergangsbestimmungen die Organe der Personalvertretung ihre Tätigkeit mit dem Ausgliederungszeitpunkt an sich einzustellen haben. Da die Wahl eines neuen Betriebsrates im Regelfall einige Zeit in Anspruch nimmt, sehen vor allem die jüngeren Ausgliederungsgesetze Übergangsbestimmungen vor, wonach die gewählten Personalvertretungsorgane der bisherigen Dienststellen ihre Tätigkeit für einen bestimmten Zeitraum mit den Befugnissen eines gemeinsamen Betriebsrates gegenüber dem neuen Arbeitgeber fortsetzen können.¹⁵⁷

In § 76 Post-Betriebsverfassungsgesetz (PBVG)¹⁵⁸ hat der Gesetzgeber den Wechsel zwischen den beiden gesetzlichen Betriebsverfassungssystemen wie folgt geregelt:

„Fallen durch eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse Unternehmen iSd § 3 Z 3 aus dem Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes heraus und in den Geltungsbereich des ArbVG, so bleiben die nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gebildeten Personalvertretungsorgane bis zur Bestellung von Organen nach dem ArbVG, längstens aber bis zum Ablauf

¹⁵³ Vgl Alvarado-Dupuy (FN 150) 137.

¹⁵⁴ Bundesgesetz über die Personalvertretung bei den Dienststellen des Bundes (Bundes-Personalvertretungsgesetz), BGBl 1967/133 idF BGBl I 2002/125.

¹⁵⁵ Alvarado-Dupuy (FN 150) 130.

¹⁵⁶ Alvarado-Dupuy (FN 150) 140.

¹⁵⁷ Vgl Alvarado-Dupuy (FN 150) 141.

¹⁵⁸ BGBl 1996/326 idGF.

eines Jahres, zur Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer zuständig. Ihre Rechte und Pflichten richten sich nach den Bestimmungen des ArbVG.“

In weiterer Folge wurden in einigen neueren Ausgliederungsgesetzen Sonderregelungen für die zweifache Vertretung der Bediensteten festgeschrieben.

So sieht § 12 Bundesmuseen-Gesetz 2002¹⁵⁹ zB vor, dass dem zum Zeitpunkt der Erlangung der Rechtspersönlichkeit am jeweiligen Bundesmuseum eingerichteten Dienststellenausschuss ab In-Kraft-Treten der jeweiligen Museumsordnung die „*Funktion des Betriebsrates des Bundesmuseums iSd ArbVG*“ zukommt. Der Dienststellenausschuss hat für die Ausschreibung von Betriebsratswahlen so zeitgerecht Sorge zu tragen, dass der neu gewählte Betriebsrat spätestens ein Jahr nach In-Kraft-Treten der Museumsordnung seine Tätigkeit aufnehmen kann. Die §§ 70 und 72 Abs 2 bis 4 Post-Betriebsverfassungsgesetz sind auf die Tätigkeit der Betriebsratskörperschaften und die Rechtsstellung der Mitglieder der Organe der Arbeitnehmerschaft sinngemäß anzuwenden.

Die dem jeweiligen Bundesmuseum zugewiesenen Beamten gehören *darüber hinaus* weiterhin dem Wirkungsbereich des zuständigen Zentralausschusses beim Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur an.

Eine ähnliche „Sonderregelung“ für die zugewiesenen Beamten findet sich in § 7 Abs 7 Austria Wirtschaftsservice-Gesetz¹⁶⁰, wonach der Dienststellenausschuss des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit und der einheitliche Betriebsrat der Gesellschaft („*gebildet gemäß § 62c Abs 1 ArbVG aus dem Betriebsrat der Finanzierungsgarantie-Gesellschaft mit beschränkter Haftung und dem der BÜRGES Förderungsbank Gesellschaft mit beschränkter Haftung*“) bis zur Neuwahl eines Betriebsrates iSd § 62c ArbVG jeweils die Funktion der Arbeitnehmervertretung ausüben.

Bis zur Neuwahl eines Betriebsrates ist das Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat der Gesellschaft gemäß § 110 ArbVG durch den einheitlichen Betriebsrat der Gesellschaft auszuüben (Abs 8). Festgehalten wird ferner, dass sämtliche Arbeitsstätten der Gesellschaft einen einheitlichen Betrieb iSd § 34 ArbVG bilden (Abs 9).

Die zitierten Regelungen des PB-VG bzw der danach ergangenen Ausgliederungsgesetze könnten de lege ferenda durchaus als Vorbilder für die Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder dienen und so dazu beitragen, Unklarheiten im arbeitsverfassungsrechtlichen Bereich bei Ausgliederungen künftig – zumindest weit gehend – zu beseitigen.

¹⁵⁹ BGBl I 2002/14.

¹⁶⁰ BGBl I 2002/130.