

unter zwei Einschränkungen: Arbeitnehmer desselben Arbeitgebers dürfen einander nicht ablösen, um die Höchstgrenze zu umgehen („Ablöseverbot“), und der Wechsel in das Recht des Aufnahmestaats erfolgt bereits zu jenem Zeitpunkt, zu dem feststeht, dass die 24-Monats-Frist überschritten werden wird. Eine neuerliche Entsendung (bis zu 24 Monaten) kann erst nach einer mindestens zweimonatigen Unterbrechung erfolgen.⁷²

In praktischer Hinsicht wird die Anwendbarkeit des SV-Rechts eines Mitgliedstaats durch das PD A1 nachgewiesen. Dieses gilt so lange, bis es vom ausstellenden Staat zurückgezogen wird, was zwar zu rechtspolitischer Kritik geführt hat, weil manche Mitgliedstaaten dabei eher zögerlich vorgehen. In rechtlicher Hinsicht kommt dem PD A1 aktuell aber eine Bindungswirkung zu.⁷³

2.8. Steuer- und beitragsrechtliche Behandlung der Bürgschaftsforderung

Der Bürge haftet grundsätzlich für den arbeitsrechtlichen Anspruch des Arbeitnehmers; das ist der Bruttobetrag. Damit stellen sich zwei Fragenkomplexe – nämlich erstens die Frage nach der steuer- und beitragsrechtlichen Behandlung der Bürgschaftsforderung und zweitens jene, wer Steuer- bzw Beitragsschuldner ist.

In steuerlicher Hinsicht handelt es sich beim Entgelt, das der Arbeitnehmer als Bürgschaftsforderung erhält, um steuerbare Einkünfte. Steuerschuldner ist in diesem Fall der Arbeitnehmer selbst. Der Auftraggeber haftet *nicht* für die Steuerschuld, weil keine Betriebsstätte besteht, in der der Arbeitnehmer tätig wurde (§ 47 Abs 1 EStG). Das gilt auch dann, wenn der Auftraggeber an sich über zumindest eine Betriebsstätte in Österreich verfügt, doch wurde der Arbeitnehmer auf Betriebsstätten des Auftragnehmers und nicht auf einer des Auftraggebers tätig.

Bei den SV-Beiträgen ist zu prüfen, ob der Auftragnehmer (als Bürge) auch für diese ausdrücklich haftet. Ist das der Fall, kann der Bürge die Dienstnehmeranteile der SV-Beiträge von der Bürgschaftsschuld abziehen und diese an den Krankenversicherungsträger leisten (namentlich etwa im Fall des § 14 AÜG). Komplexer ist die Frage, wenn der Auftragnehmer (als gesetzlicher Bürge) zwar für das Entgelt haftet, nicht aber für die SV-Beiträge. In diesem Fall besteht jedenfalls keine Haftung für die Dienstgeberanteile der SV-Beiträge.

3. Die zivilrechtlichen Haftungen im Einzelnen

3.1. Haftung für Arbeitnehmer aus Drittstaaten (§ 8 LSD-BG)

3.1.1. Das Wichtigste auf einen Blick

Haftungsvoraussetzungen – kurz gefasst

Wer kann haften?	Unternehmer
Weitere Haftungsvoraussetzung	Entsendung aus einem Drittstaat
Einschränkung auf Bauleistungen?	Nein
Art der Haftung	Bürge und Zahler
Haftung für	Mindestentgeltansprüche des Arbeitnehmers
Möglichkeit einer Haftungsbefreiung	Keine

Tab 5: Faktenbox Haftung nach § 8 LSD-BG

⁷² Spiegel, Internationale Entsendungen – Aktuelle Probleme im Sozialversicherungsrecht, in *Urnik/Pfeil*, Internationale Personalentsendungen. Chancen und Risiken aus Management- und Rechtsperspektive 121 (127).

⁷³ Spiegel, Internationale Entsendungen – Aktuelle Probleme im Sozialversicherungsrecht, in *Urnik/Pfeil*, Internationale Personalentsendungen. Chancen und Risiken aus Management- und Rechtsperspektive 121 (135–140).

Wortlaut der Haftungsbestimmung

§ 8 LSD-BG idF BGBl I 2016/44

Haftung für Entgeltansprüche gegen Arbeitgeber mit Sitz in einem Drittstaat

§ 8. (1) Der Auftraggeber als Unternehmer haftet für die sich nach § 3 ergebenden Entgeltansprüche von entsandten Arbeitnehmern eines Arbeitgebers mit Sitz in einem Drittstaat im Rahmen des Auftrags als Bürge und Zahler nach § 1357 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), JGS Nr. 946/1811.

(2) Für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung sind § 14 AÜG oder vergleichbare österreichische Rechtsvorschriften anzuwenden, soweit dies in diesem Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Literatur zu § 8 LSD-BG

Kozak, LSD-BG (2016) § 8; Schrank/Schrank/Lindmayr, LSD-BG (2017) § 8.

3.1.2. Grundlagen

3.1.2.1. Entwicklung der Bestimmung

Die Entwicklungsgeschichte des § 8 LSD-BG beginnt mit der Verankerung von Eingriffsnormen hinsichtlich des Entgeltanspruchs entsandter Arbeitnehmer im AVRAG, konkret mit dem **Antimissbrauchsgesetz** (BGBl 1995/895). Damals sah § 7 Abs 1 AVRAG vor, dass ein entsandter Arbeitnehmer zumindest Anspruch auf das österreichische Mindestentgelt hat (entspricht also dem heutigen § 3 LSD-BG), unterschied in dieser Fassung aber nicht zwischen Entsendungen aus dem EWR und Entsendungen aus Drittstaaten. Der Arbeitgeber und der Auftraggeber (zumindest sofern er Unternehmer war) hafteten nach § 7 Abs 2 AVRAG als Gesamtschuldner für diesen Anspruch. Die Begründung für diese Regelung lautete wie folgt:

„Neben dem ausländischen Arbeitgeber könnte auch der Auftraggeber des ausländischen Arbeitgebers aus der Unterentlohnung des Arbeitnehmers Nutzen ziehen. [...] Um derartige Praktiken von vornherein zu unterbinden, soll künftig auch der Auftraggeber als Nutznießer der Unterentlohnung neben dem Arbeitgeber für die aus § 7 resultierenden Ansprüche haften.“⁷⁴

Zur Umsetzung der erst danach erlassenen Entsende-RL wurde der zuvor in § 7 AVRAG geregelte Komplex mit der **Novelle BGBl I 1999/120** auf vier Paragraphen aufgeteilt, wobei ein neuer § 7a AVRAG Ansprüche gegen Arbeitgeber ohne Sitz in einem EWR-Staat regelte und § 7b AVRAG solche gegen Arbeitgeber mit einem Sitz in einem EWR-Staat. Die Solidarhaftung von Arbeitgeber und Auftraggeber wurde (nur) in den neuen § 7a Abs 2 AVRAG übernommen, der letztlich die direkte Vorgängerbestimmung des § 8 LSD-BG ist. Die Begründung in den Mat für diese Regelung fiel allerdings noch dünner aus:

„An der Solidarhaftung für Entgeltansprüche in der bisherigen Fassung nach § 7 Abs 2 zweiter Satz AVRAG wird für Arbeitnehmer aus dem Drittstaatsbereich festgehalten.“⁷⁵

⁷⁴ IA 437/A B1gNR 19. GP, 13 (zu Art III Z 1).

⁷⁵ IA 1103/A B1gNR 20. GP, 12 (zu Art 1 Z 2).

Mit der umfassenden Neuregelung des gesamten Regelungskomplexes zu Entsendungen wurde die Haftungsbestimmung in § 8 LSD-BG transferiert – allerdings mit einer wesentlichen Änderung. An die Stelle der Gesamtschuld tritt nunmehr eine Bürgenhaftung. Die Mat führen dazu aus:

„Die Haftungsregelung des § 8 LSD-BG orientiert sich an der Regelung des § 7a Abs 2 AVRAG. Die Solidarhaftung nach § 891 ABGB wird durch eine Haftung des Auftraggebers als Unternehmer durch eine Bürgenhaftung nach § 1357 ABGB ersetzt. Die Haftung des inländischen Unternehmer-Auftraggebers setzt voraus, dass der Auftrag für das Unternehmen des Auftraggebers durchgeführt wird.“⁷⁶

Obwohl nur mehr von rechtshistorischem Interesse, ist auf die unterschiedlichen Ansichten in der Lit zum Umfang des Regressrechts des Auftraggebers einzugehen. Während *Binder* unter analoger Anwendung des § 1358 ABGB ein solches auch für die Gesamtschuld iSd § 7a Abs 2 AVRAG bejahte,⁷⁷ verneinte *Kozak* dieses.⁷⁸ Folgt man der zivilrechtlichen Begriffsdogmatik, spricht einiges für die Auslegung von *Kozak*, doch ordnet § 896 ABGB eine Tragung der Schuld im Innenverhältnis zu gleichen Teilen nur für den Fall an, dass „*kein anderes besonderes Verhältnis unter ihnen*“ besteht, was wiederum für die Lösung von *Binder* (vom Ergebnis her, nicht von der Begründung) spricht. Folgt man nämlich der Ansicht von *Kozak*, hätte der Arbeitgeber konsequenterweise selbst dann, wenn er dem Arbeitnehmer das Entgelt zur Gänze bezahlt, einen Anspruch gegen den Auftragnehmer aus dem Titel der Gesamtschuld, was skurril wäre. Im Hinblick auf diese Problematik ist die nunmehr insofern klare Regelung in § 8 LSD-BG zu begrüßen. Demnach hat der Auftraggeber eine Regressmöglichkeit in voller Höhe.

3.1.2.2. Unionsrechtliche Grundlagen

Für § 8 LSD-BG gibt es mE keine unionsrechtliche Verpflichtung, eine solche Haftung vorzusehen. Die Regelung des Art 5 Entsende-RL ist – wie *Rebhahn* zutr anmerkt – „weniger als rudimentär“⁷⁹; Art 12 Durchsetzungs-RL ist in § 9 LSD-BG⁸⁰ umgesetzt und Art 8 Sanktionen-RL in § 29a AuslBG.

3.1.3. Haftung des Auftraggebers

3.1.3.1. Haftung dem Grunde nach

Haftung als Unternehmer

Der Auftraggeber haftet nur dann, wenn er Unternehmer ist (siehe dazu die Ausführungen unter 2.2.).

Haftung als Bürge und Zahler

Die Haftung ist eine Haftung als Bürge und Zahler (siehe dazu die Ausführungen oben unter 2.6.).

⁷⁶ ErläutRV 1111 B1gNR 25. GP, 8 (zu § 8 LSD-BG).

⁷⁷ *Binder*, AVRAG² (2010) § 7a Rz 15.

⁷⁸ *Kozak*, LSD-BG, § 8 Rz 5–9.

⁷⁹ *Rebhahn* in *Franzen/Gallner/Oetker*, EUArbR, Art 5 RL 96/71/EG Rz 2.

⁸⁰ Tw aA *V. Schrank* in *Schrank/Schrank/Lindmayr*, LSD-BG, § 8 Rz 4; sie sieht auch in § 8 LSD-BG eine Umsetzung der Durchsetzungs-RL.

3. Die zivilrechtlichen Haftungen im Einzelnen

Haftung nur für Auftragnehmer ohne Sitz in einem EWR-Staat

Wie sich aus der Überschrift zu § 8 LSD-BG ergibt, besteht die Haftung nur dann, wenn der Auftragnehmer aus einem Drittstaat stammt und die Arbeitnehmer aus diesem Drittstaat nach Österreich entsandt werden. Drittstaatsangehörige, die aus einem EWR-Staat nach Österreich entsandt werden, können sich demnach nicht auf § 8 LSD-BG berufen.

Die Haftung greift auch dann, wenn ein nach dem AuslBG vorgesehener Beschäftigungstitel vom AMS erteilt wurde und die Beschäftigung damit an sich legal war.

3.1.3.2. Haftung in der Kette

V. Schrank verneint eine Haftung in der Kette. Der Arbeitnehmer kann demnach nur den direkten Auftraggeber des eigenen Arbeitgebers in Anspruch nehmen, aber keine sich in der Subunternehmerkette darüber befindlichen Auftraggeber, auch nicht den ersten Auftraggeber, der Empfänger des gesamten Auftrags ist. Sie begründet dies im Wesentlichen mit der Tatsache, dass § 9 LSD-BG ein Verschulden des Erstauftraggebers verlangt, was in § 8 LSD-BG nicht der Fall ist. Ohne Verschulden und ohne vertragliche Beziehung sei eine Haftung in der Kette aber zu verneinen.⁸¹

Dem Ergebnis ist zuzustimmen, die Begründung ist mE unzutreffend, was schon va damit zusammenhängt, dass § 9 LSD-BG mE eine generelle Kettenhaftung des Erstauftraggebers eben nicht normiert. Vielmehr ergibt sich aus § 9 LSD-BG, dass der Gesetzgeber im LSD-BG eben grds nicht davon ausgeht, dass eine Haftung in der Kette besteht, und er die Ausnahmen davon eigens normiert. Mangels diesbezüglicher Anordnung in § 8 LSD-BG besteht eine Haftung in der Kette nicht.

3.1.3.3. Haftungsumfang

Die Haftung besteht „nur“ für Mindestentgeltansprüche (siehe dazu unter 2.3.3.).

3.1.4. Konkurrenz

Zu **§ 14 AÜG** sieht § 8 Abs 2 LSD-BG einen Anwendungsvorrang der Beschäftigter-Bürgschaft vor (siehe dazu näher unter 3.6.).

Die hM sieht **§ 9 LSD-BG** als Spezialnorm zur Haftung nach § 8 LSD-BG an, sodass ein Arbeitnehmer, der Bauleistungen erbracht hat, seine Ansprüche nur auf § 9 LSD-BG stützen kann.⁸² Das gilt somit auch für Entsendungen aus Drittstaaten.

Folgerichtig ist auch **§ 10 LSD-BG** Spezialnorm zu § 8 LSD-BG, und ein Arbeitnehmer, der seinen Anspruch auf § 10 LSD-BG stützen kann, kann nicht nach § 8 LSD-BG vorgehen.⁸³ Im Gegensatz zu § 9 LSD-BG handelt es sich hier aber um eine eher theoretische Frage, weil das Haftungssystem des § 9 LSD-BG ganz besondere Voraussetzungen und Verjährungsfristen hat, die § 10 LSD-BG nicht aufweist.

Der Arbeitnehmer kann seine Ansprüche auch auf **§ 29a AuslBG** stützen, sofern die Tatbestandselemente dieser Bestimmung erfüllt sind. Im Gegensatz zu § 8 LSD-BG muss nach § 29a AuslBG allerdings eine illegale Ausländerbeschäftigung vorliegen.

⁸¹ V. Schrank in Schrank/Schrank/Lindmayr, LSD-BG, § 8 Rz 24.

⁸² Kozak, LSD-BG, § 8 Rz 4; V. Schrank in Schrank/Schrank/Lindmayr, LSD-BG, § 8 Rz 31.

⁸³ V. Schrank in Schrank/Schrank/Lindmayr, LSD-BG, § 8 Rz 32.