

1. Arbeitsrechtlicher Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung

Bettina Pogliès-Schneiderbauer

1.1. Rechtsgrundlagen der Arbeitskräfteüberlassung

1.1.1. Arbeitskräfteüberlassungsgesetz; Leiharbeitsrichtlinie

1.1.1.1. Allgemeines; Zweck

Für die Arbeitskräfteüberlassung gelten primär die Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes.¹

Zweck des AÜG ist einerseits der Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, insb in arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten, und andererseits die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen.²

Das AÜG dient daher neben dem Schutz der überlassenen Arbeitskräfte auch dem Schutz der Arbeitnehmer des Beschäftigterbetriebes (Stammarbeitnehmer). Der Einsatz von überlassenen Arbeitskräften darf für die Stammarbeitnehmer zu keiner Beeinträchtigung der Lohn- und Arbeitsbedingungen führen und keine Gefährdung der Arbeitsplätze bewirken.³ Nach den Gesetzesmaterialien haben Überlasser bei Verletzung dieses Grundsatzes mit der Einleitung eines Konzessionsentziehungsverfahrens zu rechnen und Überlasser bzw Beschäftigter können mit Verwaltungsstrafen belegt werden, wenn sie versuchen, betriebliche Lohn- und Arbeitsbedingungen der Stammarbeitnehmer zu deren Nachteil zu verändern und überlassene Arbeitskräfte als billige Alternative einzusetzen.⁴

Das AÜG wurde bereits etliche Male novelliert. Die umfassendste Änderung erfolgte bislang im Jahr 2012 durch die Novelle BGBl I 2012/98, mit der die Kernelemente der Leiharbeitsrichtlinie⁵ in nationales Recht umgesetzt wurden. Schwerpunkte dieser Novelle waren die Gleichstellung und Gleichbehandlung der überlassenen Arbeitskräfte mit den Stammarbeitnehmern des Beschäftigterbetriebes hinsichtlich Entgelt, Arbeitszeit- und Urlaubsregelungen, Zugang zu betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen, die Verstärkung der Informationspflichten von Überlasser- und Beschäftigterbetrieben betreffend Arbeitnehmerschutz sowie die Schaf-

1 Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt wird (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG), BGBl 1988/196.

2 § 2 Abs 1 AÜG.

3 § 2 Abs 3 AÜG.

4 EBRV 450 BlgNR 17. GP 17.

5 RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit.

fung eines neuen Sozial- und Weiterbildungsfonds. Entsprechende Anpassungen wurden auch im Landarbeitsgesetz⁶ vorgenommen.⁷

Eine strukturelle Änderung erfuhr das AÜG auch mit der Novelle BGBl I 2016/44 im Zuge der Erlassung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes⁸ durch das Herauslösen der Regelungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping aus dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz⁹ und die Schaffung eines formal neuen Gesetzes.¹⁰ Im Rahmen dieser Novelle wurden die Regelungen für die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung aus dem AÜG in das LSD-BG übernommen.¹¹

1.1.1.2. Überblick über den Inhalt des AÜG

Das AÜG gliedert sich im Wesentlichen in fünf Abschnitte mit (teilweise) unterschiedlichen Geltungsbereichen:

Abschnitt I des AÜG enthält allgemeine Bestimmungen zum Geltungsbereich und Zweck des Gesetzes. Diese grundsätzlichen Zielsetzungen gelten ohne Ausnahme für jede Form der Arbeitskräfteüberlassung.¹² Für bestimmte Formen der Arbeitskräfteüberlassung (Überlassung von Arbeitskräften durch Gebietskörperschaften bzw von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitern) ist nur dieser Abschnitt anzuwenden.¹³

Der II. Abschnitt regelt unter dem Titel „Allgemeine Grundsätze“ insb die Verteilung der Arbeitgeberpflichten zwischen Überlasser und Beschäftigter, Arbeitnehmerschutzbestimmungen, Diskriminierungsverbote, Haftungsbeschränkungen, Umgehungsverbote, das Verbot der Überlassung bei Streik oder Aussperrung und enthält Regelungen zur Gleichbehandlung.¹⁴

In Abschnitt III finden sich die „Besonderen Bestimmungen“. Dazu zählen im Wesentlichen die Regelungen betreffend Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskraft, Gleichstellungsansprüche bei Arbeitszeit und Urlaub, zwingende Mindestinhalte der Vereinbarung zwischen Überlasser und Arbeitskraft, verbotene (Arbeits-) Vertragsklauseln, die Verpflichtung zur Ausstellung eines Dienstzettels, Mittei-

6 Bundesgesetz betreffend die Grundsätze für die Regelung des Arbeitsrechts in der Land- und Forstwirtschaft (Landarbeitsgesetz 1984), BGBl 1984/287, zwischenzeitlich novelliert und aufgehoben durch BGBl I 2021/78 – Landarbeitsgesetz 2021.

7 EBRV 1903 BlgNR 24. GP 1; vgl *Ercher-Lederer*, ZAS 2013/19, 107.

8 Bundesgesetz, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping erlassen wird (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG), BGBl I 2016/44.

9 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG, BGBl 1993/459.

10 EBRV 1111 BlgNR 25. GP 1.

11 EBRV 1111 BlgNR 25. GP 2, *Schrattbauer* in *Schrattbauer*, AÜG (2020) Rz 9.

12 *Schindler* in *ZellKomm*³ § 1 AÜG Rz 1.

13 § 1 Abs 2 AÜG; *Schindler* in *ZellKomm*³ § 1 AÜG Rz 6.

14 §§ 5 bis 9 AÜG.

lungs- und Informationspflichten von Überlasser bzw Beschäftiger, Aufzeichnungspflichten sowie die Regelungen zur Bürgschaftsverpflichtung des Beschäftigers.¹⁵ Dieser Abschnitt des AÜG gilt nur für die reglementierte Arbeitskräfteüberlassung¹⁶ und für gleichartige Überlassungen aus dem Ausland nach Österreich.

Abschnitt IV des AÜG beinhaltet insb administrative Bestimmungen, wie Melde- und Auskunftspflichten, sowie die Strafbestimmungen.¹⁷ Diese Bestimmungen gelten für alle Formen der Arbeitskräfteüberlassung.¹⁸

Abschnitt V regelt schließlich die mit der Novelle BGBl I 2012/98 eingeführte Einrichtung eines Sozial- und Weiterbildungsfonds zur Förderung überlassener Arbeitskräfte in überlassungsfreien Zeiten durch Unterstützungsleistungen und Fortbildungsmaßnahmen.¹⁹ Wie Abschnitt III gilt auch dieser Abschnitt nur für die reglementierte Arbeitskräfteüberlassung²⁰ sowie für gleichartige Überlassungen aus dem Ausland.²¹

1.1.2. Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz

Mit 1.1.2017 ist das LSD-BG in Kraft getreten, das für die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung relevante Regelungen enthält. Das LSD-BG hat die Bestimmungen zur Hintanhaltung von Unterentlohnungen (§§ 7 bis 7o AVRAG, §§ 10a und 17 Abs 2 bis 7 AÜG) in einem Gesetz zusammengefasst und ersetzt.²²

Trotz Einbeziehung der Arbeitskräfteüberlassung in das LSD-BG gilt das AÜG unverändert weiter. In das LSD-BG wurden lediglich jene Bestimmungen übernommen, die Regelungen für grenzüberschreitende Fälle vorsehen.²³

1.1.3. Entsenderichtlinie

Für die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung sind überdies die Entsenderichtlinie²⁴ sowie die Änderungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie (Entsenderichtlinie neu)²⁵ zu berücksichtigen. Diese Richtlinien erfassen neben der Arbeitskräfte-

15 §§ 10 bis 14 AÜG.

16 § 94 Z 27 GewO.

17 §§ 15 bis 22 AÜG.

18 *Tomanđl*, Arbeitskräfteüberlassung³ (2017) 3.

19 §§ 22a bis 22g AÜG; § 1 Abs 4a AÜG; EBRV 1903 BlgNR 24. GP 5 f.

20 § 94 Z 27 GewO.

21 § 1 Abs 4a AÜG; EBRV 1903 BlgNR 24. GP 6.

22 EBRV 1111 BlgNR 25. GP 2, *Wolfgruber-Ecker* in *ZellKomm*³ § 1 LSD-BG Rz 1; *Schindler* in *ZellKomm*³ § 1 AÜG Rz 5/1.

23 EBRV 1111 BlgNR 25. GP 2.

24 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 1997/18, 1.

25 Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 173/16.

überlassung (Entsendung von Arbeitnehmern durch Leiharbeitsunternehmen) auch die Entsendung von Arbeitnehmern zur Erfüllung eines Vertrages mit einem Dienstleistungsempfänger²⁶ sowie konzerninterne Entsendungen.²⁷

Die Entsenderichtlinie 96/71/EG gestattete den Mitgliedstaaten in den Fällen der Arbeitskräfteüberlassung, das gesamte für Überlassungen innerstaatlich geltende Recht anzuwenden und nicht nur die Regelungen über den Mindesturlaub und die Mindestentgelte.²⁸ Die Entsenderichtlinie neu verschärfte den Schutz für grenzüberschreitend eingesetzte Leiharbeitnehmer dahingehend, dass diese bloße Ermächtigung größtenteils zur Pflicht wurde. Die Empfangsstaaten haben daher dafür zu sorgen, dass für grenzüberschreitend eingesetzte Leiharbeitnehmer die in Art 5 Leiharbeits-RL festgelegten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wie für Arbeitskräfteüberlassungen innerhalb des Empfangsstaats gelten.²⁹

In Österreich wurde die Entsenderichtlinie 96/71/EG im Hinblick auf die Arbeitskräfteüberlassung durch die ausnahmslose Geltung des AÜG sowie in den §§ 3 bis 6 LSD-BG umgesetzt und die Einhaltung dieser Regelungen sowie jener der anwendbaren Kollektivverträge durch die in §§ 19 bis 35 LSD-BG und § 373a GewO 1994 vorgesehenen Maßnahmen gesichert.³⁰

Die Entsenderichtlinie neu wurde (verspätet) durch die am 1.9.2021 in Kraft getretene Novelle des LSD-BG, des AÜG sowie des AVRAG umgesetzt. Diese Novelle beinhaltet insb Regelungen zur umfassenden Anwendung des österreichischen Arbeitsrechts auf grenzüberschreitend nach Österreich entsandte oder überlassene Arbeitnehmer ab einer Dauer der Entsendung bzw Überlassung von zwölf bzw 18 Monaten³¹, zur Anwendung von gesetzlichen, durch Verordnung festgelegten oder kollektivvertraglichen Aufwändersatzregelungen für grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer³² sowie Informations- und Mitteilungsverpflichtungen des Beschäftigers im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassungen.³³

26 Diese Entsendung erfolgt idR im Rahmen von Dienst- und Werkleistungsverträgen; vgl *Shubshizky* (Hrsg), Praxisleitfaden zum internationalen Personaleinsatz (2003) 46.

27 Art 1 Abs 3 RL 96/71/EG; *Shubshizky* (Hrsg), Praxisleitfaden zum internationalen Personaleinsatz (2003) 46.

28 Art 3 Abs 9 RL 96/71/EG; RL (EU) 2018/957; *Schindler* in *ZellKomm*³ § 1 AÜG Rz 4.

29 Art 3 Abs 9 (EU) 2018/957, *Windisch-Graetz/Studer*, ZAS 2019/27 (149 f).

30 Vgl *Schindler* in *ZellKomm*³ § 1 AÜG Rz 4, *Niksova* in *Schrattbauer*, AÜG § 16, 16a Rz 67.

31 Mit Ausnahme der in der Richtlinie genannten Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Beendigung des Arbeitsvertrages (§ 2 Abs 3 LSD-BG); Erläuterungen zum Ministerialentwurf 112/ME XXVII. GP, 1.

32 In dem von der Entsenderichtlinie vorgegebenen Ausmaß (§ 3 Abs 7 LSD-BG); Erläuterungen zum Ministerialentwurf 112/ME XXVII. GP 1.

33 § 12a Abs 2 und 3 AÜG, Erläuterungen zum Ministerialentwurf 112/ME XXVII. GP 1.

1.1.4. Sicherheitsrichtlinie

Im Kontext der Arbeitskräfteüberlassung ist auch die Sicherheitsrichtlinie³⁴ zu beachten. Ziel dieser Richtlinie ist es, unter anderem für Leiharbeitnehmer³⁵ sicherzustellen, dass sie im Hinblick auf Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz das gleiche Schutzniveau wie die anderen Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens (Stammarbeitnehmer des Beschäftigterbetriebes) genießen.³⁶

Die Umsetzung der Sicherheitsrichtlinie ist in Österreich primär in § 9 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz³⁷ erfolgt.³⁸ Diese Bestimmung gilt für jede Überlassung, bei der Arbeitnehmer Dritten zur Verfügung gestellt werden, um für sie unter deren Kontrolle zu arbeiten, und ist daher nicht bei Überlassung von arbeitnehmerähnlichen Personen anzuwenden.³⁹ § 9 ASchG normiert vor allem Informationsverpflichtungen von Beschäftigter⁴⁰ und Überlasser⁴¹ und enthält Regelungen zur Zulässigkeit von Überlassungen zu Tätigkeiten, für die Eignungs- und Folgeuntersuchungen vorgeschrieben sind.⁴²

1.2. Definition der Arbeitskräfteüberlassung; Abgrenzung

1.2.1. Arbeitskräfteüberlassung

Das AÜG gilt grundsätzlich für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.⁴³ Im Sinne der Begriffsbestimmungen des AÜG ist Arbeitskräfteüberlassung die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.⁴⁴

Charakteristisch für die Arbeitskräfteüberlassung ist, dass die Arbeitskraft ihre Arbeitsleistung nicht im Betrieb ihres Arbeitgebers, sondern in Unterordnung unter dessen Weisungsbefugnis im Betrieb des Beschäftigters erbringt.⁴⁵

Arbeitskräfteüberlassung setzt daher ein dreipersonales Verhältnis voraus und liegt zusammengefasst dann vor, wenn ein Betriebsinhaber (der Beschäftigter) in seinem Betrieb für betriebseigene Aufgaben Arbeitnehmer oder arbeitnehmer-

34 Richtlinie 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 Leiharbeitsverhältnis (ABl L 206 vom 29.7.1991 S 0019–0021).

35 Art 1 Z 2 RL 91/383/EWG.

36 Art 2 Abs 1 RL 91/383/EWG.

37 Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz – ASchG), BGBl 1994/450.

38 Vgl Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung³ (2017) 9.

39 § 9 Abs 1 ASchG; Lechner-Thomann in Novak/Lechner-Thomann, ASchG, § 9 Rz 2.

40 Vgl dazu § 9 Abs 3 ASchG.

41 Vgl dazu § 9 Abs 4 ASchG.

42 Vgl dazu § 9 Abs 5 ASchG.

43 § 1 Abs 1 AÜG.

44 § 3 Abs 1 AÜG.

45 RIS-Justiz RS0050620.