

EXPERT 115

VERSION 01
2017 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser in Rechtsfragen

Neue Pflichten für Überlasser

KOMPAKT AUF EINEN BLICK

Aufgrund der Leiharbeitsrichtlinie musste das österreichische AÜG 2013 geändert werden. Es wurden insbesondere neue Regelungen zu den Ansprüchen der Arbeitskraft, neue Bestimmungen zur Gleichbehandlung sowie ein leicht geänderter Anwendungsbereich des AÜG eingeführt. Um folgenschwere Fehler zu vermeiden, ist es für Überlasser wichtig, über diese Regelungen Bescheid zu wissen. Es soll daher ein kompakter Überblick über die durch die Novelle eingeführten Rechte und Pflichten gegeben werden.

Auftraggeber: Berufsgruppe der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Wirtschaftskammer Oberösterreich
Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg BRUCKMÜLLER
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Lektor Donau-Universität Krems

Trotz sorgfältiger Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen.
Nur für Mitglieder der Berufsgruppe der Arbeitskräfteüberlasser zum internen Gebrauch bestimmt.
Jegliche andere Art der Verbreitung und Vervielfältigung nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Fachverbandes der Gewerblichen Dienstleister zulässig.
gewerbliche.dienstleister@wko.at; 05 90900 3260

EXPERT 115

VERSION 01
2017 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser in Rechtsfragen

? **1. Arbeitskräfteüberlasser X:**
Muss ich meine Arbeitskräfte aufgrund der Änderungen im AÜG anders **entlohnen**?

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
Vereinfacht gesagt lässt sich folgender Grundsatz der Entlohnung zusammenfassen: Sofern Überlasser und Beschäftigter kollektivvertraglichen oder gesetzlichen Entlohnungsregeln unterliegen, hat die überlassene Arbeitskraft einen Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt. Für die Dauer der Überlassung ist für die Angemessenheit auf das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen.

Neu hinzugekommen ist, dass auch auf die im Beschäftigterbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer mit vergleichbaren Tätigkeiten geltenden **sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art** über das Entgelt Bedacht zu nehmen ist. Als sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art zählen nach neuester Judikatur des OGH nicht nur echte Betriebsvereinbarungen, sondern auch freie Betriebsvereinbarung. Dies - wie gesagt - jedoch **NUR**, wenn der Überlasser keinem Kollektivvertrag unterworfen ist und im Beschäftigterbetrieb auch kein durch Kollektivvertrag, Verordnung oder Gesetz festgelegtes Entgelt gilt.

Das heißt etwa: Wenn für den Überlasser der KV AKÜ gilt und auch im Beschäftigterbetrieb ein KV gilt, ist auf Bestimmungen allgemeiner Art **betreffend das Entgelt** nicht Bedacht zu nehmen. Diese Fragen hat der Überlasser daher vor Festlegung des Entgelts zu beantworten.

? **2. Arbeitskräfteüberlasser X:**
Ein Teil meiner Arbeitskräfte wird an einen Beschäftigter überlassen, bei dem eine (echte) Betriebsvereinbarung gilt, wonach die Stammmitarbeiter pro Tag eine halbe Stunde **bezahlte Mittagspause** bekommen. Gilt dies jetzt auch für überlassene Arbeitskräfte?

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
§ 10 Abs 3 AÜG stellt klar, dass während der Überlassung die im Beschäftigterbetrieb für die Stammmitarbeiter gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigterbetrieb geltenden Regelungen

hinsichtlich der **Arbeitszeit und des Urlaubs** auch für überlassene Arbeitskräfte gelten. Dies bedeutet, dass künftig auch etwa Betriebsvereinbarungen über Mehrarbeit, Betriebsurlaub oder Sonderurlaube für überlassene Arbeitskräfte Anwendung finden. Auch die (echte) Betriebsvereinbarung über die bezahlte Mittagspause gilt für die überlassenen Arbeitskräfte.

? **3. Arbeitskräfteüberlasser X:**
Bei einem Beschäftigter bekommen Stammmitarbeiter nach 5 Jahren Dienstzeit einen Parkplatz. Meine überlassenen Arbeitskräfte wollen nun auch den Parkplatz nutzen. Zu Recht?

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
Der Beschäftigter hat der überlassenen Arbeitskraft **Zugang zu den Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen** in seinem Betrieb (zu den gleichen Bedingungen wie seinen eigenen Arbeitskräften) zu gewähren. Bekommen Stammmitarbeiter daher nach 5-jähriger Dienstzeit einen Parkplatz, gilt dies auch für überlassene Arbeitskräfte. Eine unterschiedliche Behandlung von überlassenen Arbeitskräften und Stammmitarbeitern in diesem Punkt ist nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

Eine Abgrenzung, ob Zuwendungen des Beschäftigters zum Entgelt gehören und daher nicht zu gewähren sind, ist im Einzelfall anhand der jeweiligen Leistung zu beurteilen.

? **4. Arbeitskräfteüberlasser X:**
Meine überlassenen Arbeitskräfte müssen öfters Nachtschwerarbeit und/oder Schwerarbeit leisten. Muss ich hier etwas beachten?

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
Der Beschäftigter ist verpflichtet, den Überlasser über Leistungen von Nachtschwerarbeit und Schwerarbeit zu informieren, damit der Überlasser die jeweiligen Meldepflichten gegenüber der Sozialversicherung erfüllen kann. Der Überlasser hat die überlassenen Arbeitskräfte über die erfolgte Meldung zu informieren.

EXPERT 115

VERSION 01
2017 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser in Rechtsfragen



5. Arbeitskräfteüberlasser X:

Ein Beschäftiger fordert immer bloß männliche und österreichische Arbeitskräfte an. Einen Grund dafür kann er nicht nennen. Ist eine solche Forderung in Ordnung? Außerdem wurde mir von einer überlassenen Arbeitskraft berichtet, dass sie aufgrund ihrer Hautfarbe von einem anderen Beschäftiger gemobbt wird. Muss ich hier etwas unternehmen?



Dr. BRUCKMÜLLER:

Der Beschäftiger gilt nun als Arbeitsgeber der überlassenen Arbeitskräfte im Sinne der Gleichbehandlungsvorschriften und Diskriminierungsverbote, die für vergleichbare (Stamm-)Arbeitnehmer des Beschäftigers gelten und er muss sämtliche Vorschriften betreffend Gleichbehandlung (z.B. Gleichbehandlungsgesetz, Behinderteneinstellungsgesetz, AZG, AuslBG etc.) auch gegenüber der überlassenen Arbeitskraft beachten. Dies gilt insbesondere für die Auswahl der überlassenen Arbeitskräfte, die sonstigen Arbeitsbedingungen und die Beendigung der Überlassung.

Ein Beschäftiger muss Arbeitskräfte (außer bei sachlicher Rechtfertigung) geschlechtsneutral anfordern. Die Auswahl der Arbeitskräfte darf auch sonst nicht diskriminierend sein (z.B. keine Diskriminierung wegen Hautfarbe, Rasse etc.). Auch bei der Zurückstellung einer Arbeitskraft muss auf das Gleichbehandlungsgesetz und Antidiskriminierungsvorschriften geachtet werden (z.B. Zurückstellung wegen Schwangerschaft).

Praxistipp: Es dürfen - ohne sachliche Rechtfertigung - z.B. nicht nur männliche und/oder österreichische Arbeitskräfte angefordert werden.

§ 6a AÜG verpflichtet den Überlasser, sobald dieser weiß oder wissen muss, dass der Beschäftiger die Vorschriften nicht einhält, für Abhilfe zu sorgen (z.B. Abmahnung des Beschäftigers, Beendigung der Überlassung etc.). Der Überlasser darf eine Diskriminierung der überlassenen Arbeitskraft, z.B. wegen der Hautfarbe, daher nicht einfach ignorieren.

Führt eine Diskriminierung zu einer Beendigung der Überlassung, folgt daraus, dass die Beendigung oder Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses angefochten und Schadenersatz gefordert werden kann. Hinsichtlich solcher Ansprüche hat der Überlasser nun gegen den Beschäftiger einen Anspruch auf Ersatz aller getätigten Aufwendungen (= Regressanspruch).

Praxistipp: Sensibel mit der Thematik Gleichbehandlung und Diskriminierungsverboten umgehen und sich bei den überlassenen Arbeitskräften erkundigen, ob dies auch im Beschäftigerbetrieb eingehalten wird!



6. Arbeitskräfteüberlasser X:

Was ist bei der grenzüberschreitenden Überlassung zu beachten?



Dr. BRUCKMÜLLER:

Die aus dem Ausland nach Österreich überlassenen Arbeitskräfte haben zwingend Anspruch auf:

- bezahlten Urlaub (§ 2 UrlG), sofern das Urlaubsausmaß im Heimatstaat geringer ist;
- Entgeltfortzahlung bei Krankheit oder Unfall, an Feiertagen und bei Dienstverhinderung aus sonstigen wichtigen persönlichen Gründen (z.B. notwendiger Arztbesuch) in der für vergleichbare AN gültigen Dauer und Höhe;
- Kündigungsfristen und Kündigungstermine sowie Normen über besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz, die für vergleichbare AN gelten;
- Kündigungsentschädigung.

Achtung: Dies alles jedoch nur, soweit Ansprüche nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates nicht günstiger sind. (Günstigkeitsvergleich!)

Wichtig: Die für gewerblich überlassene Arbeitskräfte in Österreich geltenden Kollektivverträge (KV AKÜ, Rahmen KV Handwerk, Dienstleistung, Gewerbe) sind anzuwenden!

Außerdem ist bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften aus dem Ausland nach Österreich die grenzüberschreitende Überlassung vor der Arbeitsaufnahme in Österreich der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Die einwöchige Frist zur Meldung gibt es seit 1.1.2017 nicht mehr. Die Zentrale Koordinationsstelle hat eine Abschrift dieser Meldung an die zuständige Krankenkasse, an die BUAK und an das BMASK zu übermitteln. Die Meldung hat nun auch den Namen und die Anschrift des Überlasser zu enthalten.

EXPERT 115

VERSION 01
2017 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser in Rechtsfragen

Für nicht in Österreich sozialversicherungspflichtig überlassene Arbeitskräfte hat der Beschäftiger die A1 Papiere und eine Abschrift der Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle bereitzustellen.



7. Arbeitskräfteüberlasser X:

Ich verwende für meine überlassenen Arbeitskräfte nach wie vor Muster-Arbeitsverträge, die bereits vor einigen Jahren erstellt wurden. Muss ich aufgrund der Änderung des AÜG neue Sachen beachten?



Dr. BRUCKMÜLLER:

Ja. Seit dem 1.1.2013 müssen in der (ausdrücklichen) Vereinbarung eine Reihe von Punkten enthalten sein, die ausdrücklich im § 11 AÜG geregelt sind. Bei einer Überlassung ins Ausland sind zusätzlich einige Informationen erforderlich.

Achtung: Ob ein bloßer Verweis auf die Gesetzesbestimmungen genügt (z.B. Urlaub laut Urlaubsgesetz) ist fraglich. Dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich die Zulässigkeit eines bloßen Verweises jedenfalls nicht entnehmen.

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf einen Dienstzettel, der alle im Gesetz genannten Angaben enthalten muss. Der Dienstzettel ist unverzüglich nach Beginn des Vertragsverhältnisses auszuhändigen. Bei Tätigkeit im Ausland ist der Dienstzettel vor der Aufnahme der Auslandstätigkeit auszuhändigen.

Praxistipp: Es empfiehlt sich, vor Beginn des Vertragsverhältnisses, einen Dienstvertrag, der alle diese Punkte enthält, auszustellen und vom Dienstnehmer unterschreiben zu lassen. Dann entfällt auch die Ausstellungspflicht des Dienstzettels!

Achtung: Wird kein Arbeitsvertrag geschlossen und auch kein Dienstzettel ausgehändigt, ist die Arbeitskraft nicht verpflichtet, der Überlassung Folge zu leisten!

Verboten sind nun auch Vereinbarungen, die

- die überlassene Arbeitskraft zur Zahlung eines Entgelts im Gegenzug zur Überlassung oder in dem Fall, dass eine überlassene Arbeitskraft nach Beendigung der Überlassung mit dem ehemaligen Beschäftiger ein Arbeitsverhältnis eingeht, verpflichtet;

- entgegen § 10 Abs. 6 den Zugang der überlassenen Arbeitskraft zu den Wohlfahrts-einrichtungen und -maßnahmen des Beschäftigerbetriebes beschränken.



8. Arbeitskräfteüberlasser X:

Muss auch bei der Überlassungsmitteilung etwas geändert werden?



Dr. BRUCKMÜLLER:

Die Inhalte einer korrekten Überlassungsmitteilung wurden geschärft und sind detailliert in § 12 AÜG geregelt.

Der Beschäftiger ist verpflichtet, grenzüberschreitend überlassene Arbeitskräfte über die maßgeblichen Umstände der Beschäftigung nachweislich zu informieren. Das heißt, dass die Beschäftiger - neben dem ausländischen Überlasser - eine weitere Überlassungsmitteilung erstellen müssen.



9. Arbeitskräfteüberlasser X:

Ich habe gehört, dass es einen Sozial- und Weiterbildungsfonds geben soll. Stimmt das und was ist das genau?



Dr. BRUCKMÜLLER:

Ja, der Sozial- und Weiterbildungsfonds (kurz SWF) wurde neu geschaffen. Die Vorschriften betreffend SWF gelten sowohl für Arbeiter als auch für Angestellte, die an Dritte überlassen werde.

Der Fonds mit Sitz in Wien hat Rechtspersönlichkeit und folgende Aufgaben:

- Unterstützung der Arbeitnehmer von Überlassern während Stehzeiten oder Arbeitslosigkeit (§ 18 ALVG);
- Vermeidung von Arbeitslosigkeit während der überlassungsfreien Zeiten;

Die Leistungen können sein:

- Zuschüsse an (ehemalige) Arbeitnehmer;
- Leistungen zur Finanzierung von Weiterbildung;
- Leistungen an Überlasser zur Verlängerung der Beschäftigungsdauer beim Beschäftiger.

Wichtig: Auf die Leistungen besteht KEIN Rechtsanspruch!

EXPERT 115

VERSION 01
2017 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser in Rechtsfragen

Die Überlasser haben für die von ihnen zur Überlassung beschäftigten Arbeitnehmer (Angestellte und Arbeiter) einen Beitrag an den Fonds zu zahlen.

Wichtig: Die Beiträge sind auch von Überlassern ohne Sitz in Österreich für nach Österreich überlassene AN zu bezahlen.

Die Beitragspflicht ruht, wenn und soweit für die Entlohnung der überlassenen Arbeitskraft die im Beschäftigterbetrieb geltenden sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art (§ 10 Abs 1 letzter Satz AÜG) anzuwenden sind.

z.B. also wenn für den Überlasser kein Kollektivvertrag gilt; oder wenn im Beschäftigterbetrieb die Entlohnung nicht durch Kollektivvertrag, Gesetz oder Verordnung festgelegt ist.



10. Arbeitskräfteüberlasser X:

Es ist öfters so, dass eine Überlassung spontan beendet wird. Muss ich hier etwas beachten?



Dr. BRUCKMÜLLER:

Der Überlasser muss der überlassenen Arbeitskraft das Ende der Überlassung mindestens 14 Tage vor dem Ende mitteilen, wenn die Überlassung zumindest 3 Monate gedauert hat und das Ende der Überlassung objektiv nicht vorhersehbar war (Beweislast beim Überlasser!)

Praxistipp: Beschäftigter und Überlasser sollten daher im Überlassungsvertrag vereinbaren, dass der Beschäftigter den Überlasser rechtzeitig vor Ende der Überlassung zu informieren hat.



11. Arbeitskräfteüberlasser X:

Gibt es sonstige Neuerungen, die ich unbedingt kennen sollte?



Dr. Brucküller:

Für die Überlassung von **land- und forstwirtschaftlichen Arbeitnehmern** hat sich der **Anwendungsbereich des AÜG geändert**. Es ist eine strenge Trennung zwischen land- und forstwirtschaftlichen Arbeitern und Angestellten vorzunehmen. Für Arbeiter gelten die Abschnitte II bis V (=§§ 5 - 26) nicht, für sie gilt das LAG. Für Angestellte gilt § 6 (AN-Schutz) nicht; weiters gelten auch die Arbeitszeitregelungen des Beschäftigters nicht.

Wichtig zu wissen ist auch, dass der **Beschäftigter** bei Bauleistungen die Möglichkeit hat, seine **Haftung** (als Bürge für Entgeltansprüche, die Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung und für die Lohnzuschläge nach dem BUAG) zu reduzieren, sofern er gemäß § 67a Abs 3 ZZ ASVG die Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung an das Dienstleistungszentrum überwiesen hat (wenn also der Überlasser nicht in der HFU-Gesamtliste geführt wird). Die Haftung reduziert sich dann anteilig um die überwiesenen Beiträge, wenn der Beschäftigter die Tätigkeit der überlassenen Arbeitskraft im Rahmen des jeweiligen Auftrages und die Höhe der auf die überlassene Arbeitskraft während dieser Tätigkeit entfallenden Beitragsleistungen nachweist.

Weiters wurden auch die Verwaltungsstrafen erhöht. Die alten Strafrahmen von EUR 726,00 bis EUR 3.600,00 wurden auf EUR 1.000,00 bis EUR 5.000,00 erhöht. Die alten Strafrahmen im Wiederholungsfall von EUR 1.450,00 bis EUR 7.260,00 wurden auf EUR 2.000,00 bis EUR 10.000,00 erhöht.

Daneben gibt es auch Verpflichtungen, die sich nur an den Beschäftigter richten z.B. Informationspflichten des Beschäftigters gegenüber dem Überlasser). Auch diese haben oft indirekt Auswirkungen auf Überlasser. Ergänzend dazu sollte der daher auch die Verpflichtungen des Beschäftigters kennen. Die Pflichten des Beschäftigters behandeln wir ausführlich in unserem Merkblatt Nr. 92.