

Arbeitskräfteüberlassung nach Deutschland

1. Fragestellung

Deutsche Unternehmen fragen bei österreichischen Arbeitskräfteüberlassern wegen (österreichischen) Arbeitskräften zum Einsatz in Deutschland an. Für den österreichischen Überlasser stellen sich mit der Überlassung nach Deutschland folgende Fragen:

- Unter welchen Voraussetzungen kann der österreichische Überlasser Arbeitskräfte nach Deutschland überlassen?
- Kommt für den österreichischen Überlasser deutsches oder österreichisches Recht zur Anwendung?

2. Voraussetzungen für die Überlassungstätigkeit nach Deutschland

a) Grundsatz: Neben der österreichischen Gewerbeberechtigung für die Arbeitskräfteüberlassung benötigt der Überlasser bei Überlassungen nach Deutschland und in Deutschland eine Erlaubnis für Arbeitskräfteüberlassung nach dem deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (dtAÜG)¹. Diese ist bei der Bundesagentur für Arbeit, Regionaldirektion Bayern² zu beantragen.

b) Ausnahme: Ein österreichischer Überlasser benötigt hingegen keine Erlaubnis nach dtAÜG, wenn er österreichische Arbeitnehmer an einen österreichischen Beschäftiger überlässt, der diese dann in Deutschland einsetzt, weil in diesem Fall die Überlassung keinen ausreichenden Inlandsbezug zu Deutschland aufweist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftiger in Deutschland eine Niederlassung des österreichischen Stammbetriebes hat.³ Dies wird damit begründet, dass eine Erlaubnis nach deutschem Recht nicht erforderlich ist, wenn der Inlandsbezug allein durch die Arbeitsleistung des Leiharbeitnehmers in Deutschland erfolgt.

Beispiel: Bei der Überlassung eines pakistanischen Staatsbürgers durch eine Gesellschaft mit Sitz auf den Cayman-Inseln (Überlasser) an die deutsche Niederlassung einer luxemburgischen Gesellschaft (Beschäftiger) sind die Vorschriften des dtAÜG mangels Inlandsbezugs nicht anwendbar. Entscheidend für die Nichtanwendbarkeit des dtAÜG ist unseres Erachtens, dass sowohl Überlasser als auch Beschäftiger außerhalb von Deutschland ihren Sitz hatten und deshalb die Überlassung außerhalb von Deutschland erfolgte.⁴

Gilt diese Ausnahme neben überlassenen Österreichern auch für z.B. polnische Arbeitnehmer?

An einem ausreichenden Inlandsbezug zu Deutschland fehlt es auch, wenn ein österreichischer Überlasser einen polnischen Arbeitnehmer an einen österreichischen

¹ *Thüsing*, dtAÜG, 2005, Einführung Rz 45, § 3 Rz 118; die gewerberechtlichen Voraussetzungen sind in der Stellungnahme II/2005 „Checkliste für die gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung im Ausland (Tschechien, Deutschland, Italien)“ angeführt

² Regionaldirektion Bayern der Bundesagentur für Arbeit, Postfach 90328, 90478 Nürnberg, Telefon: 0049/911/179-0; Fax: 0049/0911/179-4202, E-Mail: Bayern@arbeitsagentur.de

³ herrschende Meinung: *Thüsing*, dtAÜG, 2005, Einführung Rz 47 gestützt auf das Urteil des LAG vom Frankfurt 28.3.1994; dies wurde uns auch von der zuständigen deutschen Bundesagentur für Arbeit bestätigt

⁴ LAG Frankfurt, Urteil vom 28.3.1994, ZIP 20/94, 1626ff

Beschäftiger zur Arbeit in der deutschen Niederlassung des Beschäftigers überlässt. Eine Erlaubnis nach dtAÜG ist hierfür nicht erforderlich.

Zu beachten ist aber, dass polnische Arbeitnehmer für den Übergangszeitraum von voraussichtlich 7 Jahren (2+3+2) ab EU-Beitritt wie Drittstaatsangehörige zu behandeln sind und daher eine Arbeitsgenehmigung benötigen: Nach dem Aufenthaltsgesetz (§ 40) und der ArbeitsgenehmigungsVO (§ 6) bekommen polnische Arbeitnehmer im Übergangszeitraum grundsätzlich keine Arbeitsgenehmigung für eine Tätigkeit als Leiharbeiter⁵.

Denkbar ist unseres Erachtens die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung für den polnischen Arbeitnehmer, die auf die Tätigkeit in der deutschen Niederlassung des Beschäftigers beschränkt ist. Dies deshalb, da die Überlassung außerhalb Deutschlands (zwischen zwei österreichischen Unternehmen) erfolgt ist und der polnische Arbeitnehmer in Deutschland keine Tätigkeit als Leiharbeiter erbringt, sondern ausschließlich in der deutschen Niederlassung tätig ist.

3. Was muss ein in Deutschland tätiges österreichisches Unternehmen beachten, wenn dieses überlassene österreichische Arbeitskräfte in Deutschland einsetzt?

a) Setzt ein österreichisches Unternehmen (Beschäftiger) überlassene Arbeitnehmer zur Erfüllung eines **Werkvertrages** bei einem Kunden in Deutschland ein, unterliegt dies nicht dem dtAÜG⁶, weil die Überlassung der Arbeitskräfte bereits in Österreich erfolgte. Es ist daher öAÜG zu beachten.

Bei der selbständigen Erfüllung eines Werkvertrags in Deutschland muss der österreichische Beschäftiger die Bestimmungen der deutschen Handwerksordnung beachten; diese unterscheidet zulassungspflichtige Handwerke und zulassungsfreie Handwerke:

Für die Ausübung von zulassungspflichtigen Handwerken nach Anlage A der deutschen Handwerksordnung (dtHwO) in Deutschland ist eine EWR-Bescheinigung der österreichischen Bezirkshauptmannschaft nach § 373f GewO erforderlich. Mit dieser Bescheinigung muss der österreichische Unternehmer in Deutschland eine Bescheinigung nach § 9 Abs. 2 dtHwO beantragen.

Die Ausübung von zulassungsfreien Handwerken nach Anlage B dtHwO, wie bspw. Fliesenleger, Gebäudereiniger durch österreichische Unternehmen in Deutschland ist ohne Bescheinigung oder Anzeige an deutsche Gewerbebehörden zulässig, sofern der österreichische Unternehmer in Deutschland keine Zweigniederlassung und auch keine unselbständige Zweigstelle unterhält (§ 14 dtGewO). Nach Mitteilung der österreichischen Außenhandelsstelle München können daher Werkverträge im Rahmen von zulassungsfreien Gewerben in Deutschland ohne Kontakt mit deutschen Gewerbebehörden erfüllt werden. Zum Beweis der tatsächlichen Gewerbeberechtigung muss der österreichische Unternehmer aber den österreichischen Gewerbebeschein mitführen. Wie zulassungsfreie Gewerbe zu behandeln sind solche Gewerbe, die ein österreichisch-deutscher Staatsvertrag⁷ als gleichwertig anerkennt.

Zu zulassungsfreien und zulassungspflichtigen Handwerken siehe folgenden Link:

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hwo/gesamt.pdf>

⁵ Thüsing, dtAÜG, 2005, § 3 Rz 23

⁶ Thüsing, dtAÜG, 2005, § 1 Rz 51

⁷ BGBl. 547/1992 idgF über die Anerkennung der Gleichwertigkeit von beruflichen Prüfungszeugnissen

b) Würde der österreichische Beschäftiger die Arbeitnehmer in Deutschland nicht zur Erfüllung eines Werkvertrages einsetzen, sondern an einen Dritten in Deutschland überlassen, benötigt er eine Erlaubnis für die Arbeitnehmerüberlassung nach dem dtAÜG⁸, da die Überlassung in Deutschland erfolgt, und nicht außerhalb wie unter 2.b). Der Überlasser muss daher die Bestimmungen des dtAÜG einhalten. Überlässt das österreichische Unternehmen Arbeitnehmer an einen deutschen Kunden weiter, liegt eine **Kettenüberlassung** vor, die in Deutschland unzulässig ist⁹. Dies kann dazu führen, dass die Erlaubnis für die Arbeitnehmerüberlassung entzogen wird (§ 3 dtAÜG).¹⁰ Wenn die Bundesagentur für Arbeit auf die Kettenüberlassung aufmerksam wird, kann sie auch österreichischen Unternehmen die Erlaubnis für die Arbeitnehmerüberlassung entziehen.

VORSICHT: Die Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag ist bei einem Einsatz in Deutschland noch wichtiger als bei einer Überlassung innerhalb von Österreich, da eine Kettenüberlassung nach Deutschland zur Entziehung der deutschen Überlassererlaubnis führen kann.

c) Das dtAÜG kommt nur dann nicht zur Anwendung, wenn sowohl Überlasser als auch Beschäftiger außerhalb von Deutschland ihren Sitz haben und der ausländische Arbeitnehmer in einer deutschen Niederlassung des ausländischen Beschäftigers eingesetzt wird (siehe unter 2.b).

4. Überlassung ins Baugewerbe

a. Grundsatz: Nach § 1b dtAÜG ist in Deutschland die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung von Arbeitern in Betriebe des Baugewerbes (Baubetriebe) unzulässig. Von diesem Verbot bestehen Ausnahmen für in Deutschland niedergelassene Unternehmen¹¹ und für Überlasser aus der EU¹². Diese Ausnahmetatbestände muss man sich im Einzelfall ansehen, insb. welchem Rahmen- und Sozialkassentarifvertrag die Tätigkeit des österreichischen Überlassers unterliegen kann.

b. Grenzen des Verbots: Aus dem Grundsatz ergeben sich folgende Verbots Grenzen:

➤ zulässig ist die Überlassung von einem Baubetrieb in einen Nicht-Baubetrieb
➤ zulässig ist der Fremdpersonaleinsatz aufgrund eines Werkvertrages in einem Baubetrieb
➤ zulässig ist die Überlassung in Betriebe des Baunebengewerbes (Baunebenbetrieb) ¹³
➤ zulässig ist die Überlassung von Arbeitern zu Angestellentätigkeiten in Baubetriebe

Die Abgrenzung zwischen Baubetrieb und Nicht-Baubetrieb/Baunebenbetrieb wird anhand der deutschen Baubetriebsverordnung (dtBBV) vorgenommen:

⁸ Thüsing, dtAÜG, 2005, § 3 Rz 118

⁹ Thüsing, dtAÜG, 2005, § 1 Rz 43

¹⁰ Als weitere Sanktion kommt eine Geldbuße von EUR 1.000,00 in Betracht: Bei einer Kettenüberlassung erfüllt der Zweitüberlasser (österreichisches Unternehmen) nicht die Arbeitgeberpflichten für den Leiharbeiter, da der Leiharbeiter auch beim Weiterverleih Arbeitnehmer des Erstüberlassers bleibt. Bei Nichtübernahme der Arbeitgeberpflichten wird vermutet, dass der Zweitüberlasser Arbeitsvermittlung betreibt (§ 1 Abs. 2 dtAÜG). Wenn der Zweitüberlasser keine Anzeige für Arbeitsvermittlung bei der deutschen Gewerbebehörde macht, begeht er eine Ordnungswidrigkeit, die mit bis zu EUR 1.000,00 bestraft werden kann.

¹¹ Gemäß § 1b lit. a und b dtAÜG ist die Überlassung ins Baugewerbe gestattet zwischen Betrieben des Baugewerbes und anderen Betrieben, wenn dies Tarifverträge, die diese Betriebe erfassen und für allgemeinverbindlich erklärt werden, bestimmen oder zwischen Betrieben des Baugewerbes, wenn der verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens drei Jahren von demselben Rahmen- und Sozialkassentarifvertrag oder von dessen Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird wie der Entleiher. Diese Ausnahmen haben für österreichische Überlasser nur dann Bedeutung, wenn sie eine Niederlassung in Deutschland haben, da eine Tarifbindung nur bei Gründung einer Niederlassung in Deutschland eintritt; Thüsing, dtAÜG, 2005, § 1b Rz 41

¹² Gemäß § 1b 3. Satz dtAÜG dürfen Baubetriebe mit Sitz in einem Mitgliedsstaat des EWR, die seit mindestens 3 Jahren überwiegend Tätigkeiten ausüben, die in den Geltungsbereich desselben Rahmen- und Sozialkassentarifvertrags fallen wie der Beschäftiger, Arbeiter auch ins Baugewerbe überlassen.

¹³ BGH vom 17.2.2000 III ZR 78/99

http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/baubetry_1980/gesamt.pdf

Baubetriebe sind nach § 1 dtBBV Baugewerbe wie Fassadenbauarbeiten, Hochbauarbeiten, Schalungsarbeiten, Tiefbauarbeiten, aber auch Gewerbe wie etwa Fliesenlegearbeiten. Baunebengewerbe sind nach § 2 dtBBV Gewerbe wie bspw. Fassadenreinigung, Fußbodenleger, Installateur, Elektroinstallateur, Maler, etc.

Bei einem Mischbetrieb, d.h. bei einem Betrieb, der sowohl Bauleistungen als auch andere Leistungen erbringt, müssen die Bauarbeiten im Vergleich zu den anderen Leistungen überwiegen: Die Gesamtarbeitszeit der mit der Verrichtung von Bauleistungen betrauten Arbeitnehmer muss mehr als die Gesamtarbeitszeit der mit anderen Leistungen betrauten Arbeitnehmer betragen, damit ein Baubetrieb vorliegt.

BEISPIEL: Wenn ein Unternehmen sowohl einen Fliesenhandel betreibt als auch Fliesenlegerarbeiten erbringt, handelt es sich um einen Mischbetrieb. Es kommt daher darauf an, ob die Gesamtarbeitszeit der Arbeitnehmer im Handel oder die Gesamtarbeitszeit der Arbeitnehmer beim Fliesenlegen überwiegt. Überwiegen die Handelsleistungen (bspw. 80% der Gesamtarbeitszeit), liegt kein Baubetrieb vor.

EMPFEHLUNG: Da für einen Überlasser kaum erkennbar ist, ob der jeweilige Beschäftigte sich hauptsächlich im Baugewerbe, im Baunebengewerbe oder im Nichtbaugewerbe betätigt, sollte der Beschäftigte in der Überlassungsvereinbarung verbindlich erklären, wofür er die überlassenen Arbeitnehmer einsetzt: Ist sein Betrieb ein Baubetrieb, ein Baunebenbetrieb, ein Mischbetrieb oder ein Nichtbaubetrieb. Zusätzlich sollte er sich verpflichten, den Überlasser im Fall von unrichtigen Erklärungen schad- und klaglos zu halten. Die Schadloshaltung ist im Hinblick auf drohende Geldbußen (siehe sogleich) unbedingt zu empfehlen.

c. Sanktion: Ein Verstoß gegen das Überlassungsverbot ins Baugewerbe kann einen Widerruf der Überlassungserlaubnis nach dtAÜG sowie gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1b eine Geldbuße bis zu **EUR 25.000** zur Folge haben.

Für die Bestrafung von Ordnungswidrigkeiten gilt neben dem dtAÜG das Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)¹⁴. Nach § 5 OWiG können Ordnungswidrigkeiten nur bestraft werden, wenn sie in Deutschland begangen werden (Territorialitätsgrundsatz)¹⁵. Wenn der österreichische Überlasser eine Arbeitskraft in einen Betrieb des Baugewerbes in Deutschland überlasst, begeht er eine Ordnungswidrigkeit auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, die nach dem OWiG bestraft und aufgrund des Vollstreckungsabkommens zwischen Österreich und Deutschland¹⁶ auch in Österreich vollstreckt werden kann.

5. equal-pay-Gebot

a. Gleichbehandlung: Das dtAÜG bestimmt, dass dem Leiharbeiter während der Überlassung die im Beschäftigterbetrieb für vergleichbare Stammarbeitskräfte des Beschäftigers geltenden Arbeitsbedingungen, einschließlich des Arbeitsentgelts gewährt werden müssen (§ 3 Abs. 1 Z 3 dtAÜG). Eine Ausnahme von diesem Gleichbehandlungsgebot¹⁷ besteht bei einer Arbeitskräfteüberlassung in Deutschland dann, wenn ein Tarifvertrag, der zwischen deutschem Überlasser und seinem Arbeitnehmer

¹⁴Thüsing, dtAÜG, 2005, § 16 Rz 4

¹⁵Siehe auch Brenner, Lexikon zum OWiG, Stichwort „räumlicher Geltungsbereich“ unter dem Link: http://www.rechtfind.de/lexikon_owig_a-z.htm

¹⁶Staatsvertrag zwischen Österreich und Deutschland über die Amts- und Rechtshilfe in Verwaltungssachen, BGBl. Nr. 526/1990

¹⁷Eine weitere Ausnahme betrifft die Beschäftigung von vormaligen Arbeitslosen (§ 3 Abs. 1 Z 3 dtAÜG)

anwendbar ist, etwas Besonderes festlegt: Ein derartiger Tarifvertrag kann auch schlechtere¹⁸ Arbeitsbedingungen als im Beschäftigterbetrieb vorsehen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass ein Unterschreiten des Lohnniveaus im Beschäftigterbetrieb nach dtAÜG erlaubt sein kann. Dies gilt auch für Überlasser aus der EU, wenn sie sich auf einen Kollektivvertrag ihres Heimatstaates berufen¹⁹. Im Fall eines österreichischen Überlassers kommt hierfür der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlasser (KV-AKÜ) in Frage.

Der KV-AKÜ gilt für österreichische Arbeitnehmer und Arbeitgeber unabhängig davon, wo der Arbeitnehmer eingesetzt wird, insb. auch bei Überlassungen ins Ausland²⁰. Nach dtAÜG kann der Überlasser das Entgelt nach KV-AKÜ weiterbezahlen, auch wenn das Arbeitsentgelt für vergleichbare Stammarbeitskräfte des deutschen Beschäftigten höher ist. D.h. der Arbeitnehmer hat keinen Differenzanspruch nach dtAÜG.

FRAGE: Auch wenn man nach dtAÜG vom Gleichbehandlungsgebot abweichen kann, stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer einen Differenzanspruch nach österreichischem Recht gemäß § 10 öAÜG hat, wenn das Entgelt im Beschäftigterbetrieb höher ist als nach KV-AKÜ?

Ein derartiger Differenzanspruch kommt unseres Erachtens nur dann in Frage, wenn im deutschen Beschäftigterbetrieb ein Tarifvertrag oder ein Gesetz ein höheres Mindestentgelt als nach KV-AKÜ vorsehen, nicht aber, wenn lediglich die Istlöhne im deutschen Beschäftigterbetrieb höher sind (§ 10 Abs. 1 3. Satz öAÜG)²¹.

b. Sonderfall dtAEntG: Für die Entsendung von Arbeitnehmern nach Deutschland gilt das deutsche Arbeitnehmerentsendegesetz (dtAEntG)²², wonach ein österreichischer Arbeitgeber seinem entsandten Arbeitnehmer das Mindestentgelt bezahlen muss, das ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag des Bauhaupt- oder des Baunebengewerbes festlegt, wenn der Betrieb des österreichischen Arbeitgebers überwiegend Bauleistungen erbringt. Da eine Arbeitskräfteüberlassung ins Bauhauptgewerbe - wie bereits dargelegt - grundsätzlich verboten ist, hat das dtAEntG im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung vor allem Bedeutung für das Baunebengewerbe. Allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge des Baunebengewerbes sind:

- Dritte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Maler- und Lackiererhandwerk:
 - o http://www.zoll.de/d0_zoll_im_einsatz/b0_finanzkontrolle/e0_aentg/a0_info_ag/h0_regelungen_tarifvertraege/o1_3_verordnung_maler_lackierer.pdf
- Zweite Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Abbruchgewerbe²³ (iVm dem Tarifvertrag des Abbruch- und Abwrackgewerbes):
 - o http://www.zoll.de/d0_zoll_im_einsatz/b0_finanzkontrolle/e0_aentg/a0_info_ag/h0_regelungen_tarifvertraege/p0_abbruchgewerbe.pdf
 - o http://www.gesetzeinternet.de/bundesrecht/tvmindestlohn_abbruch_2/gesamt.pdf

c. Sanktion: Die Verletzung der Mindestlohnbestimmung nach dem dtAEntG kann mit einer Geldbuße bis zu **EUR 500.000 (!)** bestraft werden (§ 5 Abs. 1 Z 1a, Abs. 3 dtAEntG). Nach

¹⁸Die tarifvertraglichen Regelungen dürfen die Arbeitsbedingungen aber nicht unbeschränkt verschlechtern, sondern müssen annähernd gleiche Arbeitsbedingungen vorsehen; *Thüsing*, dtAÜG, 2005, § 3 Rz 82

¹⁹*Thüsing*, dtAÜG, 2005, § 3 Rz 87

²⁰*Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV, 2003, 62

²¹zur Arbeitskräfteüberlassung in Österreich vgl. dazu OGH 8 ObA 332/99b mwN

²²Das dtAEntG kann hier nicht vollständig dargestellt werden. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass den Überlasser bei Überlassungen ins Baunebengewerbe bestimmte Pflichten nach dem dtAEntG treffen (bspw. Meldepflichten nach § 3 dtAEntG).

²³Beim Abbruchgewerbe handelt es sich gemäß § 1 Abs. 2 Z 27 dtBBV nur dann um ein Baunebengewerbe, wenn Abbruchbetriebe überwiegend Rohmaterialien gewinnen oder Abbruchmaterialien wiederaufbereiten; ansonsten liegt ein Bauhauptgewerbe vor und ist die Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich verboten.

dem dtAÜG kann dem Überlasser, der gegen das Gleichbehandlungsgebot verstößt, die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung entzogen werden kann. Überdies muss er dem Arbeitnehmer die Differenz auf den Mindestlohn ausbezahlen²⁴.

EMPFEHLUNG: Aufgrund der hohen Strafdrohung muss vor jeder Überlassung genau geprüft werden, ob für eine Überlassung das dtAEntG gilt und ob für das jeweilige Einsatzgebiet ein allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag besteht.

6. Fazit

Um bei grenzüberschreitender Überlassung Risiken auszuschließen, die sich aus der Anwendung verschiedener Rechtsordnungen ergeben, sollte man sich vor der Überlassung über den jeweiligen Vertragspartner informieren, insb. darüber, welchem Tarifvertrag er unterliegt, welche Tätigkeiten er erbringt und wozu er die Arbeitnehmer einsetzt. Diese Informationen sollten anschließend in einer ausführlichen Überlassungsvereinbarung festgeschrieben werden.

Verfasser: **Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller**
Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser
im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH
Kontakt: www.bzp.at

BRUCKMÜLLER • ZEITLER
RECHTSANWÄLTE

Stand: September 2006

Trotz sorgfältigster Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen. Nachdruck, Vervielfältigung und Verbreitung jeglicher Art nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Allgemeinen Fachgruppe OÖ des Gewerbes, Berufsgruppe Arbeitskräfteüberlasser, zulässig.

²⁴Thüsing, dtAÜG, 2005, § 9 Rz 48f