

Beschäftigtermerkblatt

1. Ausgangslage:

Die Allgemeine Fachgruppe OÖ des Gewerbes, Berufsgruppe Arbeitskräfteüberlasser hat Interesse, Beschäftiger über unseriöse Praktiken im Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung zu informieren. In der Praxis finden sich immer wieder (ausländische) Unternehmen, die Beschäftiger mit „(Dumping-)Lockangeboten“ zum Abschluss eines Arbeitskräfteüberlassungsvertrages zu bewegen versuchen oder ausländische „Scheinselbstständige“ als Arbeitskräfte anbieten. Dabei werden oft die Risiken eines Einsatzes illegal Beschäftigter oder unterkollektivvertraglich entlohnter Arbeitnehmer falsch oder ungenügend berücksichtigt. Die Wirtschaftskammer OÖ möchte daher über diese Problemkreise informieren. Auf die Verpflichtung des österreichischen Beschäftigers bei Abschluss eines Überlassungsvertrages mit einem ausländischen Überlasser 20 % vom Nettobetrag an das Betriebsstättenfinanzamt als Abzugssteuer abzuführen wird in diesem Beitrag nicht eingegangen.¹

2. Risiken bei der Beschäftigung von illegal beschäftigten Ausländern:

Als Beschäftigung im Sinne des AuslBG² gilt auch die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des AÜG³. Der Beschäftiger ist Arbeitgeber im Sinne des AuslBG⁴. Daher können auch Beschäftiger gemäß § 1 Abs. 2 lit. e AuslBG neben den Überlassern wegen der Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern ohne Vorliegen einer Beschäftigungsbewilligung/Arbeitserlaubnis oder eines Befreiungsscheines verwaltungsstrafrechtlich belangt werden.

Die illegale Beschäftigung von Ausländern ist mit empfindlichen Verwaltungsstrafen bedroht. Bis drei Ausländer beträgt die Verwaltungsstrafe mindestens EUR 1.000,00 höchstens EUR 5.000,00 pro illegal arbeitender Arbeitskraft, im Wiederholungsfall bis EUR 5.000,00. Werden mehr als drei Ausländer rechtswidrig beschäftigt, sind die

¹ Siehe hierzu die Information der WKO, Die Industrie, Folge 40, SF 35 vom 26.9.2005.

² § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG

³ Eine Gesetzeslücke besteht insofern als eine Arbeitskräfteüberlassung außerhalb des AÜG nicht vom AuslBG erfasst ist.

⁴ vgl. § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG

Verwaltungsstrafen im Erstbegehungsfall bis EUR 10.000,00, im Wiederholungsfall bis EUR 25.000,00.⁵

Für eine Verurteilung spielt keine Rolle, dass der Beschäftigte - mangels Arbeitsvertragsverhältnis - kein Arbeitgeber im Sinne des Individualarbeitsrechtes ist und dass der Beschäftigte keinen Einfluss auf das Erlangen der erforderlichen Bewilligungen und keinen gesetzlichen Rechtsanspruch auf Vorlage allfälliger Nachweise hat. Obwohl die Einflussmöglichkeiten des Beschäftigten gering sind, wird dieser in der Regel keinen Entlastungsbeweis im Sinne des Verwaltungsstrafrechtes erbringen können.

Durch die Installation der beim Finanzministerium angesiedelten Stelle zur Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung (KIAB) wurde eine Organisation geschaffen, die umfangreiche Kontrollbefugnisse (Betretungsrecht der Arbeitsstätten, etc.), Auskunfts- und Festnahmerechte hat.⁶ Diese kann aufgrund ihrer Kompetenzen feststellen, ob die Beschäftigung eines „selbständigen“ Ausländers nur zur Umgehung der Bestimmungen des AuslBG dient oder nicht. In einem solchen Fall ist auch mit einer Anzeige des Sachverhaltes an die zuständige Gebietskrankenkasse, an das Finanzamt sowie einer Ausweisung des illegal in Österreich Tätigen zu rechnen. Seit Inkrafttreten des Sozialbetrugsgesetzes⁷ (SBG) am 1.3.2005 können weitere gesetzliche Bestimmungen verletzt werden, die zu einer verwaltungs- oder strafrechtlichen Verurteilung führen.

Zu beachten ist auch, dass bei der Entsendung von Arbeitnehmern nach Österreich spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme eine Meldung des Arbeitgebers an die KIAB vorzunehmen ist.⁸

Empfehlung:

Jedem Beschäftigte ist bei der Überlassung von Arbeitskräften anzuraten, sich Arbeitserlaubnis, Befreiungsschein oder Beschäftigungsbewilligung bzw. Niederlassungsnachweis oder Entsendebewilligung vorlegen zu lassen. Im Hinblick darauf, dass für EU-Bürger aus den neuen EU-Ländern bei deren Beschäftigung wegen der Übergangsbestimmungen Vorsicht angebracht ist, sollte der Beschäftigte über die Voraussetzungen für die Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern in Österreich Bescheid wissen oder hierzu verlässliche Informationen einholen.⁹ Anhand dieser Dokumente kann überprüft werden, ob die Beschäftigung der überlassenen Arbeitskraft im Inland zulässig ist. Auf eine Auskunft des Überlassers, dass die diesbezüglichen

⁵ § 28 AuslBG.

⁶ § 26 AuslBG.

⁷ Siehe Stellungnahme III/2005

⁸ § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG

⁹ Auf die einzelnen Voraussetzungen für die Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften in Österreich (z.B. Freizügigkeitsbestätigung für neue EU-Bürger) kann nicht in diesem Rahmen eingegangen werden.

Bewilligungen vorliegen, sollte nur bei einer eingespielten Kundenbeziehung und einem Vertrauensverhältnis vertraut werden.

Die Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften als „Selbständige“ ist problematisch, da häufig Umgehungsversuche vorliegen, die neben Verwaltungsübertretungen nach dem AuslBG sozialversicherungsrechtlich nachteilige Folgen haben.

3. Bürgschaft nach § 14 AÜG:

Bekannt ist, dass Beschäftiger für die gesamten - einer überlassenen Arbeitskraft während der Beschäftigungsdauer zustehenden - Entgeltsansprüche samt den entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung als Bürge haftet¹⁰. Wenn der Beschäftiger dem Überlasser das vereinbarte Honorar bezahlt hat, wird aus dieser Bürgschaft eine Ausfallsbürgschaft¹¹.

Bei Insolvenz des Überlassers entfällt die Haftung des Beschäftigers als Bürge, soweit die überlassene Arbeitskraft Anspruch auf Insolvenzausfallgeld nach dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz hat und dadurch die Ansprüche der Arbeitskraft tatsächlich gewährleistet sind. Dies bedeutet, dass im Insolvenzfall die Bürgschaft in der Regel auf die Höhe der Sozialversicherungsabgaben beschränkt ist.

Da der Beschäftiger in der Regel nicht weiß, ob der Überlasser seine Sozialversicherungsabgaben abführt und die Löhne der überlassenen Mitarbeiter bezahlt, birgt die Bürgschaft ein Risiko für Beschäftiger. Dieses kann durch folgende Maßnahmen gemindert werden:

- a) Der Beschäftiger kann vom Überlasser eine von der zuständigen Gebietskrankenkasse und vom Finanzamt auszustellende Bestätigung, dass keinerlei Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge offen aushaften, verlangen. Dies wird in der Praxis häufig als Unbedenklichkeitsbescheinigung bezeichnet.
- b) Überlässt der Überlasser nicht Mitarbeiter seines eigenen Unternehmens, sondern eines Dritten (Kettenüberlassung) müssten Unbedenklichkeitsbescheinigungen von den tatsächlichen Arbeitgebern eingefordert werden. Der Beschäftiger kann mit dem Überlasser (als Vertragspartner) auch vereinbaren, dass der Überlasser ausschließlich eigene Mitarbeiter überlässt (Verbot der Kettenüberlassung) oder, dass der Überlasser eine Haftung nach § 14 vorrangig übernimmt.

¹⁰ § 14 Abs. 1 AÜG

¹¹ § 14 Abs. 2 AÜG iVm § 1356 ABGB

- c) Erlangt der Beschäftigte vor Bezahlung des Überlassungshonorars Kenntnis von den finanziellen Schwierigkeiten, etwa von Verbindlichkeiten gegenüber der Gebietskrankenkasse, kann der Überlasser eine Zahlungsanweisung an die Sozialversicherung verlangen¹². Beahlt daher der Beschäftigte seine Verbindlichkeiten gegenüber dem Überlasser direkt gegenüber der Gebietskrankenkasse, so vermindert er das Haftungsrisiko bei Insolvenz des Überlassers, weil er nach § 14 Abs. 3 AÜG in diesem Fall nur für die Sozialversicherungsbeiträge und nicht für die Löhne haftet. Bei Bezahlung des vereinbarten Überlassungsentgelts direkt an den Beschäftigten steht es dem Beschäftigten frei, das Überlassungshonorar zur Tilgung anderer Verbindlichkeiten im Rahmen seines Betriebes heranzuziehen. Problematisch ist allerdings, dass die Höhe der Verbindlichkeiten gegenüber der Sozialversicherung unklar oder strittig sein kann.
- d) Der Beschäftigte kann bei Abschluss des Arbeitskräfteüberlassungsvertrages vertraglich mit dem Überlasser vereinbaren, dass dieser ihm zur Absicherung eine Bankgarantie gibt, die für den Fall der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft nach § 14 AÜG gelten soll. Dass auch der Beschäftigte dem Überlasser für das Überlassungsentgelt eine Bankgarantie geben sollte, ist als Gegenleistung wünschenswert, da eine Insolvenz des Beschäftigten für den Überlasser existenzbedrohend sein kann.

4. Dumpingpreise?

Bietet ein Überlasser einem Beschäftigten Mitarbeiter zu Konditionen an, die niedriger sind als die Höhe des zu bezahlenden Mindestlohns während der Überlassungsdauer zuzüglich der zu bezahlenden Sozialversicherungsabgaben, ist davon auszugehen, dass der Überlasser entweder seine Leistungen unter den Selbstkosten anbietet oder verletzt der Beschäftigte die Mindestentlohnungsbestimmungen seinen Mitarbeitern gegenüber.

§ 10 Abs. 1 AÜG normiert, dass die Arbeitskraft Anspruch auf ein angemessenes ortsübliches Entgelt hat. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigtenbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche/gesetzliche Entgelt Bedacht zu nehmen.

Der Arbeiterkollektivvertrag legt einerseits einen Mindestlohn/Grundlohn abhängig von der jeweiligen Qualifikation fest¹³. Nur wenn der im Beschäftigtenbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern zu zahlende kollektivvertragliche Lohn höher ist als der Mindest-/Grundlohn lt. Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung (Arbeiter), ist der höhere Überlassungslohn maßgeblich. Ansonsten muss der höhere Mindestlohn lt. Punkt IX. des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung bezahlt werden.

¹² Hinzuweisen ist darauf, dass der Masseverwalter auch derartige Leistungen unter dem Gesichtspunkt der Anfechtbarkeit zu prüfen hat.

¹³ Die Lohngruppen und Einteilungen sind dem Kollektivvertrag zu entnehmen.

Diese Regelung gilt sowohl für inländische als auch für ausländische Arbeitskräfteüberlasser und für inländische und ausländische Arbeitskräfte.

Muss der Beschäftigte aufgrund des besonders niedrigen Überlassungshonorars wissen oder weiß er sogar, dass der Überlasser seine Arbeitskräfte unterkollektivvertraglich und somit gesetzwidrig entlohnt, so stellt sich die Frage, ob auch der Beschäftigte belangt werden kann.

a) Treffen Überlasser oder Beschäftigte gesetzwidrige Vereinbarungen im Sinne des § 8 und 11 Abs. 2 AÜG und verlangen sie deren Einhaltung, kann eine Verwaltungsstrafe von EUR 726,00 bis EUR 3.600,00, im Wiederholungsfall von EUR 1.450,00 bis EUR 7.260,00 verhängt werden¹⁴.

Wenn daher der Überlasser mit der Arbeitskraft ein geringeres als das gesetzlich bzw. kollektivvertraglich vorgesehene Entgelt vereinbart, verstößt er gegen § 11 Abs. 2 Zif 1 AÜG. An einem derartigen Delikt könnte sich auch der Beschäftigte beteiligen. Unseres Erachtens wird ein Verwaltungsdelikt praktisch nicht relevant sein, weil Voraussetzung ist, dass der Überlasser oder Beschäftigte die Einhaltung der gesetzwidrigen Vereinbarung verlangen muss.

b) Neben dieser verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit ist zu überlegen, ob nicht die Gesetzesverletzung des Überlassers, die sittenwidrig iSv § 1 UWG sein kann, zu einer Mitverantwortlichkeit des Beschäftigten führt, weil durch die Verletzung der Mindestentlohnungsbestimmungen ein Wettbewerbsvorteil entsteht.

Das bloße Unterbieten der Preise von Mitbewerbern ist grundsätzlich erlaubt, nur Unterbieten mit Schädigungsabsicht („Vernichtungsunterbietung“) kann verboten sein. Auch der Verkauf von Waren oder Dienstleistungen unter den Selbstkosten ist grundsätzlich zulässig¹⁵.

UWG-widrig ist ein Verhalten aber dann, wenn schuldhaft gegen ein Gesetz oder gegen einen Kollektivvertrag¹⁶ verstoßen wird, um im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuem Mitbewerbern zu erlangen. Wettbewerbswidrig handelt damit auch der (ausländische) Überlasser, der seinen Arbeitskräften weniger als den Lohn zahlt, den der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung iVm § 10 AÜG iVm § 7 AVRAG vorsieht.

¹⁴ § 22 Abs. 1 Zif 1 lit. a AÜG;

¹⁵ vgl. *Wiltschek*, UWG⁷, 439 E 2033

¹⁶ vgl. ÖBL 1991, 67: Nichteinhaltung eines kollektivvertraglich vorgesehenen Feiertages

Ansprüche nach dem UWG richten sich dabei nicht nur gegen den unmittelbaren Wettbewerbsverletzer, d.h. den Überlasser, sondern auch gegen den Mittäter oder Gehilfen des Überlassers, wenn er den Überlasser bewusst bei seinem Wettbewerbsverstoß fördert oder diesen ermöglicht.

Eine Geschäftsbeziehung zwischen Beschäftiger und Überlasser fördert den Wettbewerb des Überlassers. Der Beschäftiger beabsichtigt durch den Einsatz von Arbeitskräften des Überlassers nicht primär, das Geschäft und damit den Wettbewerb des Überlassers zu fördern. Primär geht es dem Beschäftiger um die Verfolgung des eigenen wirtschaftlichen Interesses, d.h. Arbeitskräfte für verschiedene Einsatzgebiete zu erhalten. Wenn gleichzeitig der Wettbewerb des Überlassers gefördert wird, ist dies oft nur eine unbeabsichtigte Nebenwirkung¹⁷.

Eine Haftung des Beschäftigers kann aber nach der Rechtsprechung trotzdem bestehen:

- a. wenn der Beschäftiger den wettbewerbswidrigen Sachverhalt, d.h. die Marktbeeinflussung durch die Dumping-Überlassung, kennt oder kennen muss¹⁸;
- b. wenn der Beschäftiger den Überlasser gegenüber dem Verletzten des Wettbewerbsverstoßes (bspw. ein anderer Überlasser) nicht nennt, damit der Verletzte direkt gegen den Überlasser vorgehen kann; und
- c. wenn der Beschäftiger den Einsatz von Arbeitskräften des beanstandeten Überlassers nicht unverzüglich nach Kenntnisnahme vom Wettbewerbsverstoß einstellt (dann besteht Wiederholungsgefahr).

Der Beschäftiger als selbständiger Geschäftspartner des Überlassers wird den wettbewerbswidrigen Sachverhalt, d.h. die Überlassung zu unzulässigen Dumping-Preisen, nur dann kennen müssen, wenn ihn eine Pflicht zur Überprüfung von Wettbewerbsverstößen des Überlassers trifft¹⁹, wenn er sonst aufgrund des besonders niedrigen Überlassungslohnes vermuten muss, dass der Überlasser seine Arbeitskräfte unterkollektivvertraglich und damit wettbewerbswidrig entlohnt oder wenn er vom Wettbewerbsverstoß in Kenntnis gesetzt wird (bspw. erzählt ihm eine Arbeitskraft, die beim wettbewerbsverletzenden Überlasser arbeitet, dass dieser seine Arbeitskräfte unterkollektivvertraglich entlohnt).

¹⁷ *Gamerith*, Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen Gehilfen, WBl 1991, 305

¹⁸ vgl. *Wiltschek*, UWG⁷, 947 E 978f; in OGH 4 Ob 309/98i hat für eine Unterlassungsklage gegen den Gehilfen bereits das Vorliegen von b. und c. genügt, da der OGH offenbar davon ausging, dass der Gehilfe ohnehin mit der Klagszustellung an ihn Kenntnis vom wettbewerbswidrigen Sachverhalt erlangt hat.

¹⁹ vgl. OGH 4 Ob 316/99w: Eine Zeitungsvertriebsgesellschaft haftet nicht für ein wettbewerbswidriges Preisunterbieten eines Zeitungsverlegers, da die Vertriebsgesellschaft keinen Einblick in die Kostenrechnung des Verlegers hatte, um feststellen zu können, ob der Verleger die Preise seiner Mitbewerber mit Schädigungsabsicht unterbot oder ob er sich durch diese Preise nur am Markt etablieren wollte.

Dass der Beschäftiger vom Wettbewerbsverstoß Kenntnis hatte oder haben musste, muss in einem Verfahren vom Verletzten bewiesen werden, d.h. vom Mitbewerber des Überlassers (Beweislast).

Empfehlung:

Um den Überlasser auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften hinzuweisen, empfehlen wir folgende Klausel. Eine derartige Klausel stellt nur einen Hinweis dar, dass der Beschäftiger nichts vom Wettbewerbsverstoß wusste, sie hilft aber dann nicht, wenn der Beschäftiger tatsächlich Kenntnis hatte (Die Beweislast liegt aber beim Kläger):

„Die Überlassung von Arbeitskräften erfolgt ausschließlich auf Grundlage des österreichischen Rechts (insb. AÜG), der (ausländische) Überlasser ist verpflichtet, seinen Arbeitskräften das kollektivvertragliche bzw. gesetzliche Entgelt zu bezahlen. Eine Überlassung, die im Widerspruch zum AÜG und den einschlägigen österreichischen Vorschriften steht, wird vom Beschäftiger sofort beendet. Für Verstöße gegen diese Vereinbarung hält der (ausländische) Überlasser den Beschäftiger gegenüber jedermann, der durch eine rechtswidrige Überlassung verletzt wurde, vollkommen schad- und klaglos.

5. Zusammenfassung:

Es zeigt sich, dass durch Überprüfung von Unterlagen betreffend zulässiger Beschäftigung von Ausländern, Absicherungsmaßnahmen betreffend die Bürgenhaftung und durch kritische Einschätzung von Blockangeboten das Risiko eines Beschäftigers bei der Arbeitskräfteüberlassung eingeschränkt werden kann.

BRUCKMÜLLER • ZEITLER
RECHTSANWÄLTE

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller

Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser

im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH

Kontakt: www.bzp.at

Stand: November 2005

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.