

# EXPERT 104

VERSION 01  
2015 - November

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

## Arbeitskräfte- überlassung und Betriebsratszugehörigkeit

### KOMPAKT AUF EINEN BLICK

*Ist im Beschäftigterbetrieb ein Betriebsrat (in der Folge "BR") errichtet, stellt sich die Frage, wofür und ob der BR des Beschäftigers auch für überlassene Arbeitnehmer (in der Folge "AN") zuständig ist. Sind überlassene AN arbeitsverfassungsrechtlich dem Betrieb des Beschäftigers zuzuordnen, stellt sich die Frage, welche Rechte dem BR des Beschäftigers zukommen und welche Pflichten den Überlasser gegenüber dem BR des Beschäftigers treffen. Der folgende Beitrag soll einen kurzen Überblick über die wichtigsten Bestimmungen bieten.*

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](mailto:gewerbliche.dienstleister@wko.at); 05 90900 3260.

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

**?** **1. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Ist es richtig, dass der BR eines Beschäftigers auch für überlassene AN zuständig ist? Wo ist das geregelt?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Grundsätzlich ist es richtig, dass der BR des Beschäftigers auch für die im Beschäftigerbetrieb tätigen überlassenen AN zuständig sein kann. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (in der Folge "AÜG") enthält jedoch **keine** betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen für überlassene AN. Die sogenannte betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der überlassenen AN bestimmt sich daher allein nach den allgemeinen Regelungen des Arbeitsverfassungsgesetzes (in der Folge "ArbVG").

Nach § 36 Abs 1 ArbVG sind "AN eines Betriebes" (betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung besteht) alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen. Das ArbVG stellt bei der Zuordnung eines AN zu einem Betrieb nicht auf die arbeitsvertragliche Beziehung, sondern lediglich auf die faktische Beschäftigung im Betrieb ab.

Nach der herrschenden Meinung und Rechtsprechung sind überlassene AN dann AN iSd § 36 ArbVG, wenn die Überlassung **länger andauert** oder **längerfristig beabsichtigt** ist.

Daneben sind überlassene AN auch während der Beschäftigung im Beschäftigerbetrieb der Belegschaft des Überlassers zuzuordnen, sodass überlassene AN **sowohl zur Belegschaft des Beschäftigers als auch des Überlassers** gehören können.

**?** **2. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Was bedeutet "wenn eine Überlassung länger andauert oder längerfristig beabsichtigt ist"?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Die Rechtsprechung geht davon aus, dass bei einer mehr als ein halbes Jahr dauernden Überlassung und bei entsprechender Eingliederung in das Unternehmen des Beschäftigers überlassene AN, AN iSd § 36 ArbVG sind. Da § 36 ArbVG bei Festlegung des Arbeitnehmerbegriffes nicht auf eine gewisse Mindestdauer der tatsächlichen Be-

schäftigung abstellt, wird in der Literatur auch die Meinung vertreten, dass auch bei kurzfristiger Arbeitskräfteüberlassung - also weniger als 6 Monate - die überlassenen AN, AN des Beschäftigers iSd § 36 ArbVG sind. Eine Rechtsprechung hierzu besteht allerdings noch nicht.

*ACHTUNG: Wird ein AN länger als 6 Monate an einen Beschäftiger überlassen, ist grundsätzlich von einer Eingliederung im Beschäftigerbetrieb auszugehen, sofern nicht wesentliche Argumente gegen diese Eingliederung sprechen.*

**?** **3. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Was bedeutet "entsprechende Eingliederung" in einen Betrieb? Wann liegt eine solche vor?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Eine Eingliederung im Beschäftigerbetrieb liegt dann vor, wenn der Beschäftiger sogenannte Arbeitgeberfunktionen (Absprache hinsichtlich Urlaub oder Zeitausgleich, Eingliederung in die Arbeitszeitregelungen des Beschäftigers, Erteilung von Weisungen, Entgegennahme von Krankmeldungen) gegenüber den überlassenen Arbeitskräften übernimmt.

**?** **4. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Welche Kompetenzen hat der BR des Beschäftigers für die überlassenen AN?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Nachdem die Befugnisse des BR (Mitwirkungsrechte bei einvernehmlichen Auflösungen, Anfechtungsrechte von Kündigungen und Entlassungen, Mitwirkung bei Disziplinarmaßnahmen und Versetzungen) vielfältig sind, stellt die Rechtsprechung bei der Beurteilung der Frage, welche Rechte dem BR zustehen, darauf ab, ob der BR des Beschäftigers die Interessen der überlassenen AN vertreten kann.

Hierbei **unterscheidet** der OGH, ob es sich um **betriebsbezogene** Angelegenheiten oder **arbeitsvertragsbezogenen Themen** handelt:

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Bei **betriebsbezogenen Angelegenheiten** (z.B. Arbeitnehmerschutz, Arbeitszeitgesetz, etc.) wird eine Zuständigkeit des Beschäftiger-BR bejaht.

Bei Angelegenheiten, die die **arbeitsvertragliche Situation** betreffen (z.B. Kündigung, Entlassung, Versetzung, einvernehmliche Aufhebung) besteht keine Zuständigkeit des Beschäftiger-BR.

**?** **5. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Sind überlassene AN bei der BR-Wahl im Beschäftigerbetrieb aktiv und passiv wahlberechtigt?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Gemäß § 52 ArbVG sind alle AN wahlberechtigt, die am Tag der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes das 18. Lebensjahr vollendet haben und an diesem Tag und am Tag der Wahl im Rahmen des Betriebes beschäftigt sind.

Sofern überlassene AN mehr als ein halbes Jahr im Unternehmen des Beschäftigers tätig sind und eine entsprechende Eingliederung in diesen Betrieb erfolgt ist, sind überlassene AN jedenfalls aktiv wahlberechtigt (= das Recht bei der BR-Wahl eine Stimme abzugeben).

Ein passives Wahlrecht steht allen AN zu, die seit mindestens sechs Monaten im Rahmen des Betriebes oder des Unternehmens, dem der Betrieb angehört, beschäftigt sind (§ 53 Abs 1 ArbVG). Überlassene AN sind daher auch passiv wahlberechtigt (= die Berechtigung und Fähigkeit als Mitglied des BR gewählt zu werden), wenn sie beim Beschäftiger entsprechend eingegliedert sind.

**?** **6. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Habe ich die Bestimmungen des Kündigungs- und Entlassungsschutz iSd §§ 105ff ArbVG zu beachten, wenn beim Beschäftiger ein BR installiert ist, aber in meinem Betrieb kein BR besteht?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Die Frage der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

(Kündigung oder Entlassung eines AN) ist eine **arbeitsvertragsbezogene Angelegenheit**. Für diese Angelegenheiten besteht keine Zuständigkeit des Beschäftiger-BR. Sofern in Ihrem Unternehmen also kein BR installiert ist, haben Sie auch nicht die Bestimmungen iSd §§ 105 ff ArbVG zu beachten.

*ACHTUNG: Dies gilt allerdings dann nicht, wenn das Modell der Arbeitskräfteüberlassung nur zu dem Zweck errichtet wurde, zwingende Bestimmungen des ArbVG zu umgehen.*

**?** **7. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Besteht ein Mitwirkungsrecht des BR des Beschäftigers bei Versetzung von überlassenen AN iSd § 101 ArbVG?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Diese Frage wurde bisweilen bloß in der Lehre diskutiert, sodass hierzu keine Rechtsprechung vorliegt. Meines Erachtens steht dem BR des Beschäftigers kein - wie auch immer ausgestaltetes - Mitwirkungsrecht bei Versetzungen von überlassenen AN zu, da es sich um eine **arbeitsvertragsrechtliche Angelegenheit** handelt.

Wird der überlassene AN - meist über Wunsch des Beschäftigers - auf einen anderen Arbeitsplatz beim selben Beschäftiger eingesetzt, stellt sich lediglich die Frage, ob der neue Arbeitsplatz dem Arbeitsvertrag der überlassenen AN, sowie der konkretisierenden Überlassungsmittelteilung iSd § 12 AÜG entspricht. Diese Beurteilung erfolgt durch den Überlasser und nicht durch den BR des Beschäftigers.

Bei Abberufung der überlassenen AN von einem Beschäftiger und Überlassung in einen neuen Betrieb ist ebenso nicht der BR des Beschäftigers zu befragen. Lediglich einem allenfalls im Überlasserbetrieb installierten BR könnte hier ein Mitbestimmungsrecht zukommen.

**?** **8. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Der Beschäftiger teilte mir mit, dass die überlassenen AN eine im Beschäftigerbetrieb festgelegte Betriebsumlage zu bezahlen haben. Stimmt das?

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

Gemäß § 73 ArbVG kann auf Antrag des BR die Betriebsversammlung beschließen, dass eine Betriebsumlage an den Betriebsfonds eingehoben wird (= Beitrag der AN). Diese Betriebsumlage dient zur Deckung der Kosten der Geschäftsführung des BR und der Konzernvertretung, sowie zur Errichtung und Erhaltung von Wohlfahrtseinrichtungen und zur Durchführung von Wohlfahrtsmaßnahmen zugunsten der AN und der ehemaligen AN des Betriebes. Sie darf **höchstens 0,5 Prozent des Bruttoarbeitsentgelts betragen** (vgl. § 73 Abs 1 ArbVG).

Umlagepflichtig sind **alle AN** iSd § 36 ArbVG. Überlassene AN, welche also mehr als ein halbes Jahr im Beschäftigertätig sind, gelten grundsätzlich als "im Beschäftigertätigbetrieb eingegliedert" und haben daher auch die Betriebsumlage des Beschäftigertätig-BR zu bezahlen.

Sofern sowohl beim Beschäftigertätig als auch beim Überlasser ein BR besteht und eine Betriebsumlage zu bezahlen ist, wären die überlassenen AN verpflichtet eine Betriebsumlage an beide BRs (Beschäftigertätig und Überlasser) zu bezahlen. Dies kann aber nicht dazu führen, dass die Höchstgrenze für eine Betriebsumlage von 0,5 Prozent des Bruttoarbeitsentgelts überschritten wird.

Denkbar wäre daher, dass für überlassene AN eine niedrigere Betriebsratsumlage festgelegt wird, sofern diese keine unsachliche Differenzierung darstellt. Stimmen sich die Betriebsversammlungen des Beschäftigertätig- und Überlasserbetriebes hinsichtlich der Höhe der Betriebsumlage ab, ist es möglich, dass diese jeweils 0,25 Prozent des Bruttoarbeitsentgelts für überlassene AN als Betriebsratsumlage festlegen. In diesem Fall kommt es zu keiner Überschreitung der Höchstgrenze von 0,5 Prozent des Bruttoarbeitsentgelts.

*ACHTUNG: Die Tätigkeiten des Beschäftigertätig-BR kommen auch überlassenen AN zugute (Errichtung und Erhaltung von Wohlfahrtseinrichtungen etc.), sodass überlassene AN ebenso als "Umlageschuldner" der Betriebsumlage gelten. Eine Judikatur, in welcher überlassene AN zur Zahlung der Betriebsumlage des Beschäftigertätigbetriebes verpflichtet werden, gibt es jedoch noch nicht.*

### ? 9. Arbeitskräfteüberlasser X:

Wie ist eine Betriebsumlage, die an den BR des Beschäftigertätig zu bezahlen ist, abzuführen? Muss dies der AN oder ich als Arbeitgeber erledigen?

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

Aufgrund des Beschlusses durch die Betriebsversammlung ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Betriebsumlage vom Arbeitsentgelt des AN einzubehalten und diese an den Betriebsratsfonds abzuführen. Aufgrund dieser Einbehaltungspflicht des **Arbeitgebers, ist dieser der Schuldner des Betriebsratsfonds**, obwohl den Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG die Zahlungspflicht trifft.

Bei überlassenen AN ist der Überlasser als Arbeitgeber zur Abfuhr der Betriebsumlage an den Betriebsratsfonds des Beschäftigertätig verpflichtet. Weiters haftet der Überlasser dem Betriebsratsfonds für die korrekte Überweisung als Bürge gemäß § 14 AÜG, da die Betriebsumlage als Teil des Arbeitsentgelts anzusehen ist.

### ? 10. Arbeitskräfteüberlasser X:

Ich habe gehört, dass der BR des Beschäftigertätig das Recht hat, den abgeschlossenen Überlassungsvertrag mit dem Beschäftigertätig zu kontrollieren. Kommt dem Beschäftigertätig-BR tatsächlich ein solches Einsichtsrecht zu?

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

Nein, ein Kontrollrecht kommt dem BR des Beschäftigertätig nicht zu, allerdings ein Informations- und Beratungsrecht.

§ 99 Abs 5 ArbVG regelt die Rechte des BR des Beschäftigertätig hinsichtlich überlassenen AN. Nach dieser Bestimmung ist der BR des Beschäftigertätig **vor** der beabsichtigten Aufnahme der Beschäftigung von überlassenen AN zu informieren. Der Betriebsinhaber des Beschäftigertätig hat dem BR auf dessen Verlangen mitzuteilen, welche Vereinbarungen hinsichtlich des **zeitlichen Arbeitseinsatzes** der überlassenen AN und **hinsichtlich der Vergütung für die Überlassung mit dem Überlasser** getroffen wurden.

Das Informations- und Beratungsrecht des Beschäftigertätig-BR bezieht sich also lediglich auf die in § 99 Abs 5 ArbVG genannten Informationen und beinhaltet daher die Vereinba-

# EXPERT 104

VERSION 01  
2015 - November

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

zung über den **Stundensatz** den der **Beschäftiger** an den **Überlasser** für die überlassenen AN zu bezahlen hat (= **Vergütung der Überlassung**) und die **Vereinbarung** über den **voraussichtlichen Beginn/Ende** der Überlassung sowie der **Tagesarbeitszeit** der überlassenen AN (= **zeitlicher Arbeitseinsatz**).

Den Überlasser trifft weder eine Verpflichtung, den BR des Beschäftigers über die Höhe des Entgelts der überlassenen AN zu informieren, noch dem Beschäftiger-BR ein allgemeines und umfassendes Einsichtsrecht in den Überlassungsvertrag zu gewähren. Dies gilt gemäß § 99 (4) ArbVG nur für "eingestellte" Mitarbeiter.

Die in § 99 (4) ArbVG angeführten Umstände betreffen meines Erachtens arbeitsvertragliche Ansprüche, für welche nach der Judikatur der BR des Beschäftigers nicht zuständig ist.

Auftraggeber: Berufsgruppe der OÖ Arbeitskräfteüberlasser,  
Wirtschaftskammer Oberösterreich  
Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg BRUCKMÜLLER  
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Lektor  
Donau-Universität Krems  
Kontakt: +43 (0)732 77 55 44-0