

29.09.2011

## Beschäftigermerkblatt

X / 2011

### Worauf sollten Unternehmen bei Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften wirklich achten ?

Häufig wird die Anforderung von überlassenen Arbeitskräften der Einkaufsabteilung eines Unternehmens überlassen. Dies führt bisweilen dazu, dass bei der Arbeitskräfteüberlassung der „Preis“ für die überlassenen Arbeitskräfte zu sehr im Vordergrund steht, weshalb Risiken eines Beschäftigers bei der Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften im vernachlässigt werden.

Manchmal werden auch Forderungen an Überlassungsunternehmen gestellt, die diese in den wenigsten Fällen erfüllen können. Auch dies birgt ein Risiko für den Beschäftiger, weshalb im Folgenden kurz auf die wesentlichen Gefahren bei der Arbeitskräfteüberlassung für Beschäftiger eingegangen werden soll. Moderne Arbeitskräfteüberlasser verstehen sich vielmehr als langfristiger Partner eines Beschäftigers, dessen Aufgabe darin besteht, das Unternehmen in komplexen Personalangelegenheiten zu unterstützen und zu beraten.

#### I: Übersicht<sup>1</sup>

##### 1. Haftung bei illegaler Beschäftigung von Ausländern

2. Verletzung von Meldepflichten nach dem AuslBG
3. Bereithaltspflichten nach dem AuslBG
4. Haftung nach § 14 AÜG
5. Gefahren der Subüberlassung
6. Mithaftung bei unlauteren Geschäftspraktiken
7. ArbeitnehmerInnenschutzpflichten
8. Auftraggeberhaftung
9. Grenzen der zivilrechtlichen Ansprüche

## II: Die Themen im Einzelnen

### 1. Mithaftung bei illegaler Beschäftigung von Ausländern:

Als Beschäftigung im Sinne des AuslBG<sup>2</sup> gilt auch die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des AÜG<sup>3</sup>. Der Beschäftiger ist Arbeitgeber im Sinne des AuslBG<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>:

---

<sup>1</sup> Die behandelten Themen sind ausgewählte Schwerpunkte, sind aber nicht abschließend angeführt und ersetzen keine konkrete rechtliche Beratung.

<sup>2</sup> § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG

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

<sup>4</sup> vgl. § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG

<sup>5</sup> Auf die Darlegung der einzelnen Delikte wird aus Platzgründen Abstand genommen.

Bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 10 000 Euro<sup>6</sup>. im Falle der erstmaligen

und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis zu 20 000 Euro,

bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis zu 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen

und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis zu 50 000 Euro zu bestrafen.<sup>7</sup>

## 2. Mithaftung bei der Verletzung von Meldepflichten nach dem AuslBG:

Neben der illegalen Beschäftigung von Personen, die dem AuslBG unterliegen können Beschäftiger auch dann verwaltungsstrafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn der Überlasser die im AuslBG vorgesehenen Meldepflichten<sup>8</sup> nicht einhält.

Die Geldstrafen betragen zwischen 150 Euro und 5 000 Euro, im Fall der lit. c bis f mit Geldstrafe von 2 500 Euro bis 8 000 Euro.

## 3. Mithaftung für die Verletzung von Bereithaltungsverpflichtungen nach dem AuslBG:

Beschäftiger haften dafür, wenn der Überlasser entgegen § 3 Abs. 6 einen Ausländer beschäftigt, ohne den Bescheid über die für seine Beschäftigung erteilte Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder ohne die

---

<sup>6</sup> Die Höchststrafen wurden in einer Novelle 2005 auf das Doppelte angehoben.

<sup>7</sup> Weitere Verwaltungsstrafen ergeben sich auch aus § 28 Abs.1 Z 5 AuslBG.

<sup>8</sup> § 28 Abs. 1 Z 2 AuslBG.

Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 oder ohne die EU-Entsendebestätigung gemäß § 18 Abs. 12 am Arbeitsplatz zur Einsichtnahme bereitzuhalten

Es 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.

Daher folgender **TIPP 1 FÜR BESCHÄFTIGTE**:

„Lassen Sie sorgfältig prüfen, ob tatsächlich eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt oder ob nicht die Merkmale eines Werkvertrages überwiegen und vermeiden Sie vertragliche Konstruktionen, die nicht ganz klar sind. Die Beurteilung erfolgt nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt des Vertrages. Derartige Fälle beschäftigen seit Jahren den Verwaltungsgerichtshof.

„Scheinwerkverträge“ sind dann als Arbeitskräfteüberlassungsvertrag zu beurteilen sind. Das führt dann zu einer völlig überraschenden Verantwortlichkeit des vermeintlichen Auftraggeber nach dem AuslBG.<sup>9</sup>“

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

### **Empfehlung:**

Jedem Beschäftigten ist bei der Überlassung von Arbeitskräften anzuraten, sich Arbeitserlaubnis, Befreiungsschein oder Beschäftigungsbewilligung bzw.

---

<sup>9</sup> Das lässt sich in der Praxis meist nur anhand des Einzelfalles beurteilen.

Niederlassungsnachweis, Entsendebewilligung, Rot-Weiss-Rot-Karte plus vorlegen zu lassen. Der Beschäftiger sollte über die Voraussetzungen für die Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern in Österreich Bescheid wissen oder hierzu verlässliche Informationen einholen.<sup>10</sup> Anhand dieser Dokumente kann überprüft werden, ob die Beschäftigung der überlassenen Arbeitskraft im Inland zulässig ist. Auf eine Auskunft des Überlassers, dass die diesbezüglichen Bewilligungen vorliegen, sollte nicht vertraut werden.

#### 4. Bürgschaft nach § 14 AÜG:

Beschäftiger haften für die gesamten einer überlassenen Arbeitskraft während der Beschäftigungsdauer zustehenden Entgeltsansprüche samt den entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung als Bürge<sup>11</sup>. Seit kurzem<sup>12</sup> erstreckt sich diese Bürgschaft auch auf die Lohnzuschläge nach dem BUAG.

Wenn der Beschäftiger dem Überlasser das vereinbarte Honorar bezahlt hat, wird aus dieser Bürgschaft eine Ausfallsbürgschaft<sup>13</sup>.

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 und Lohnzuschläge nach dem BUAG beschränkt ist.

Da der Beschäftiger in der Regel nicht weiß, ob der Überlasser seine Sozialversicherungsabgaben, Beiträge zur BUAG abführt und die Löhne der überlassenen

---

<sup>10</sup> Auf die einzelnen Voraussetzungen für die Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften in Österreich kann nicht in diesem Rahmen nicht eingegangen werden.

<sup>11</sup> § 14 Abs. 1 AÜG

<sup>12</sup> BGBl-Novelle zum AÜG I 2009/70.

<sup>13</sup> § 14 Abs. 2 AÜG iVm § 1356 ABGB

Mitarbeiter zur Gänze bezahlt, birgt diese gesetzliche Bürgschaft ein Risiko für Beschäftiger. Dieses kann durch folgende Maßnahmen gemindert werden:

a) Der Beschäftiger kann vom Überlasser eine von der zuständigen Gebietskrankenkasse, der BUAK und vom Finanzamt auszustellende Bestätigung, dass keinerlei Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge bzw. Lohnzuschläge nach dem BUAG offen aushaften, verlangen. Dies wird in der Praxis häufig als Unbedenklichkeitsbescheinigung bezeichnet.

b) Erlangt der Beschäftiger vor Bezahlung des Überlassungshonorars Kenntnis von den finanziellen Schwierigkeiten, etwa von Verbindlichkeiten gegenüber der GKK, kann der Überlasser eine Zahlungsanweisung an die Sozialversicherung verlangen<sup>14</sup>. Beahlt daher der Beschäftiger seine Verbindlichkeiten gegenüber dem Überlasser direkt gegenüber der GKK, 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 Beschäftiger steht es dem Beschäftiger 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.

c) Der Beschäftiger 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 Beschäftiger dem Überlasser für das Überlassungsentgelt eine Bankgarantie geben sollte, ist im Gegenzug wünschenswert, da eine Insolvenz des Beschäftigers den Überlasser existenzbedrohend sein kann.

---

<sup>14</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass der Masseverwalter auch derartige Leistungen unter dem Gesichtspunkt der Anfechtbarkeit zu prüfen hat.

## 5. Gefahren bei der Subüberlassung:

Überlässt der Überlasser nicht Mitarbeiter seines eigenen Unternehmens, sondern eines Dritten (Kettenüberlassung) müssten Unbedenklichkeitsbescheinigungen von den tatsächlichen Arbeitgebern eingefordert werden.

## 6. Mithaftung für unlautere Geschäftspraktiken:

Bietet ein Überlasser 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 die Mindestlohnbestimmungen seinen Mitarbeitern gegenüber verletzt.

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

Der KV AKÜ legt einerseits einen Mindestlohn/Grundlohn abhängig von der jeweiligen Qualifikation fest<sup>15</sup>. Wenn der im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern zu zahlende kollektivvertragliche Lohn höher ist als der Mindest-/Grundlohn lt. KV AKÜ (Arbeiter), ist der höhere Lohn laut Beschäftiger-Kollektivvertrag als Überlassungslohn maßgeblich. Ansonsten muss der höhere Mindestlohn lt. Punkt IX. des KV AKÜ Kollektivvertrages bei Arbeitern bezahlt werden.

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

## Wann kann auch ein unlauteres Handeln des Beschäftigers vorliegen ?

a) Treffen Überlasser oder Beschäftiger 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 werden<sup>16</sup>. Wenn Beschäftiger und Überlasser durch stillschweigende Vereinbarung eine Vereinbarung zum Nachteil der Arbeitskräfte treffen, läge eine unmittelbar sanktionierbar Handlung vor.

b) Wenn der Überlasser mit der Arbeitskraft ein geringeres als das gesetzlich bzw. kollektivvertraglich vorgesehene Entgelt vereinbart, verstößt er gegen § 10 AÜG. Auch stellt dies ein Delikt im Sinne des § 7 e AVRAG, welcher mit dem Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz eingeführt wurde, dar. Die Verletzung von zwei Vorschriften bekräftigt, dass einen Rechtsbruch bei unterkollektivvertraglicher Entlohnung vorliegt. Weiß<sup>17</sup> der Beschäftiger, dass der Überlasser seine Arbeitskräfte unterkollektivvertraglich und somit gesetzwidrig entlohnt, so kann unter Umständen auch der Beschäftiger nach § 1 UWG belangt werden, wenn er nicht auf den Überlasser einwirkt das Verhalten abzustellen.

UWG-widrig ist ein Verhalten dann, wenn jemand schuldhaft gegen ein Gesetz oder gegen einen Kollektivvertrag<sup>18</sup> verstößt, um im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen. Wettbewerbswidrig handelt damit auch der (ausländische) Überlasser, der seinen Arbeitskräften weniger als das nach § 10 AÜG geschuldete Entgelt zahlt.

---

<sup>15</sup> Die Lohngruppen und Einteilungen sind dem Kollektivvertrag zu entnehmen.

<sup>16</sup> § 22 Abs. 1 Zif 1 lit. a AÜG;

<sup>17</sup> Eine OGH-Judikatur zu diesem Themenbereich gibt es noch nicht. Es ist daher insbesondere unklar, ob das Wissen müssen von der gesetzwidrigen Entlohnung des Beschäftigers und das gleichzeitige Tolerieren für eine Haftung ausreichend sein kann.



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 Beschäftigter und Überlasser fördert den Wettbewerb des Überlassers. Der Beschäftigter beabsichtigt durch den Einsatz von Arbeitskräften des Überlassers nicht primär, das Geschäft und damit den Wettbewerb des Überlassers zu fördern. Primär geht es dem Beschäftigter 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 Nebenwirkung<sup>19</sup>.

Eine Haftung des Beschäftigten kann nach der Rechtsprechung bestehen:

- a. wenn der Beschäftigte den wettbewerbswidrigen Sachverhalt, d.h. die Marktbeeinflussung durch die Dumping-Überlassung, kennt oder kennen muss<sup>20</sup>;
- b. wenn der Beschäftigte 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 Beschäftigte den Einsatz von Arbeitskräften des beanstandeten Überlassers nicht unverzüglich nach Kenntnisnahme vom Wettbewerbsverstoß einstellt (dann besteht Wiederholungsgefahr).

---

<sup>18</sup> vgl. ÖBl 1991, 67: Nichteinhaltung eines kollektivvertraglich vorgesehenen Feiertages

<sup>19</sup> *Gamerith*, Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen Gehilfen, WBl 1991, 305

<sup>20</sup> vgl. *Wiltschek*, UWG<sup>7</sup>, 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.

Der Beschäftiger als selbständiger Geschäftspartner des Überlassers wird den die unlautere Geschäftspraktik, d.h. die Überlassung unter Mitachtung der für die Arbeitskräfte geltenden Entgeltbestimmung nur dann kennen müssen, wenn ihn eine Pflicht zur Überprüfung von Wettbewerbsverstößen des Überlassers trifft<sup>21</sup>, wenn er sonst aufgrund des besonders niedrigen Überlassungslohnes vermuten muss, dass der Überlasser seine Arbeitskräfte unterkollektivvertraglich entlohnt oder wenn er vom dem Rechtsbruch in Kenntnis gesetzt wird<sup>22</sup>.

### **Empfehlung:**

Wir empfehlen Beschäftigern mit Überlassern zu vereinbaren, dass der Überlassungsvertrag ohne Einhaltung von Fristen und Terminen beendet werden kann, wenn gesetzliche Bestimmungen vom Überlasser, insbesondere § 10 AÜG verletzt werden.

### **7. ArbeitnehmerInnenschutzpflichten:**

Für die Dauer der Beschäftigung im Betrieb des Beschäftigers gilt der Beschäftiger als Arbeitgeber im Sinne der Arbeitnehmerschutzvorschriften. Dem Beschäftiger obliegen daher während dieser Dauer auch die Fürsorgepflicht gegenüber den überlassenen Arbeitskräften.

Beschäftiger haben in Hinkunft zu beachten, dass sie überlassenen Arbeitskräften den gleichen Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen (wie etwa Kinderbetreuungsplätzen, Kantine;..) zu gewähren haben. Weiters sind überlassene Arbeitskräfte auf geeignete Art von offenen Stellen im Beschäftigerbetrieb zu informieren.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> bspw. erzählt eine überlassene Arbeitskraft, dass sie unterkollektivvertraglich entlohnt wird.

<sup>23</sup> Diese Vorgaben macht die Leiharbeits-Richtlinie 2008/104/EG an die Mitgliedstaaten der EU, die bis 5.12.2011 diesbezüglich ihre nationalen Vorschriften anzupassen haben.

## 8. Auftraggeberhaftung<sup>24</sup>

Sofern Beschäftiger Arbeitskräfte für Bauleistungen einsetzen, können die Bestimmungen über die Auftraggeberhaftung anzuwenden sein. Seit 1.7.2011 müssen daher Beschäftiger 25 % des Überlassungsentgelts abführen, um einer Haftung für Sozialversicherungsbeiträge und lohnabhängige Abgaben zu verhindern, es sei denn der Überlasser ist in die HFU-Liste eingetragen.

Zur Vermeidung von Abgabenausfällen im Zusammenhang mit Bauleistungen wurde mit dem Betrugsbekämpfungsgesetz 2010 die Bestimmung des § 82a EStG 1988 – „Haftung bei Beauftragung zur Erbringung von Bauleistungen“ – neu eingeführt.

Mit 1.7.2011 wird die Haftung des Auftraggebers neben den Sozialversicherungsabgaben auch auf lohnabhängige Abgaben ausgedehnt.

## 9. Grenzen der zivilrechtlichen Ansprüche:

Beschäftiger übersehen oft, dass Überlasser nicht für fehlerhafte Ausführung einer Leistung, für zeitliche Verzögerungen oder für Schäden, die im Rahmen der Tätigkeit der überlassenen Arbeitskräfte haftbar gemacht werden können. Überlasser haften nur für die Zur Verfügung Stellung von Arbeitskräften und wenn deren mangelnde Qualifikation ursächlich zu einem Schaden geführt hat und ein Verschulden des Überlassers vorliegt.<sup>25</sup>

Die regelmäßig unbefristeten Überlassungsverträge können auch von den Beschäftigten nicht ohne Einhaltung einer angemessenen oder vertraglich vereinbarten Frist aufgelöst werden. Das unmittelbare Zurückstellen von Arbeitskräften stellt ohne Berücksichtigung derartiger Fristen oder Termine eine Vertragsverletzung des Beschäftigten dar.

---

<sup>24</sup> Siehe dazu das eigene Merkblatt IV/2009.

<sup>25</sup> Es gilt die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB.

Die Arbeitskraft eines überlassenen Mitarbeiters ist entsprechend den angeforderten Qualifikationen einzusetzen. Es kann zu Forderungen des Überlassers führen, wenn der Beschäftigte etwa einen „Helfer“ anfordert, diesen aber zu Tätigkeiten einsetzt, die einem Facharbeiter entsprechen.