

## Stellungnahme VII/2010

### Streik und Arbeitskräfteüberlassung?

#### I. Fragestellung:

§ 9 AÜG bestimmt, dass die Überlassung von Arbeitskräften in Betriebe, die von Streik oder Aussperrung betroffen sind, verboten ist. Unstrittig ist, dass eine Neuüberlassung von Arbeitskräften an Betriebe, die von Streik oder Aussperrung betroffen sind, verboten ist und mit Strafe belegt ist<sup>1</sup>.

Es stellt sich allerdings die Frage, welche Auswirkungen ein Streik oder eine Aussperrung auf eine bereits begonnene Arbeitskräfteüberlassung hat. Ist ein Überlasser verpflichtet, bereits überlassene Arbeitskräfte abzuziehen?

#### II. Meinungsstand:

Strittig ist, ob Arbeitskräfte, die ohne Zusammenhang mit einem Arbeitskampf überlassen wurden, mit Beginn eines Streiks bzw. einer Aussperrung abgezogen werden müssen. Die Gesetzesmaterialien zum AÜG<sup>2</sup> verweisen darauf, dass § 9 den analogen Regelungen im Arbeitsmarktförderungsgesetz<sup>3</sup> und im Ausländerbeschäftigungsgesetz § 10 AuslBG entspricht und den gleichen Zweck wie diese Bestimmungen verfolgt.

In diesen Bestimmungen kommt der Grundsatz der aktiven Neutralität des Staates im Arbeitskampf zum Ausdruck. Dies bedeutet, dass sich der Staat nicht in die Auseinandersetzung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern einmengt<sup>4</sup>.

#### a) weite Interpretation:

---

<sup>1</sup> § 22 Abs 1 Z 1 lit b AÜG. *Schindler* in Zeller Kommentar Rz 2 zu § 9 AÜG; *Sacherer/Schwarz* in Arbeitskräfteüberlassungsgesetz Seite 180; *Grillberger* in WBI 1988, 313; *Tomandl* in Arbeitskräfteüberlassung Wien 2010, Seite 65; *Karl* in ASok 2003, 282.

<sup>2</sup> EB zur RV 450 BGBl 17.GP19.

<sup>3</sup> § 11 Abs 1 AMFG. Nunmehr findet sich das Verbot in § 3 Z 10 AMFG (BGBl I. 2002/68).

Für einige<sup>5</sup> kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitskampf vor oder während einer Überlassung begonnen hat. Das Verbot des § 9 AÜG erstrecke sich demnach auch auf die laufende Beschäftigung von überlassenen Arbeitnehmern. Diese dürften daher auch nicht im bestreikten Unternehmen eingesetzt werden, auch wenn das Überlassungsverhältnis bereits begonnen habe.

*Schwarz*<sup>6</sup> verweist zutreffend darauf hin, dass auch danach zu differenzieren ist, ob es sich um eine Überlassung in einen vom Arbeitskampf betroffenen Bereich handelt oder um einen Bereich, der nicht betroffen ist. Dann, wenn in jenem Bereich, in dem schon vor Beginn des Arbeitskampfes überlassene Arbeitskräfte tätig waren, der Betrieb großteils ungestört weitergeführt wird, hat eine weitere Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte keinen Einfluss auf den Ausgang des Arbeitskampfes, sodass die Überlassung fortgesetzt werden darf<sup>7</sup>.

#### b) restriktive Interpretation:

Es mehren sich die Meinungen<sup>8</sup>, die § 9 AÜG einschränkend interpretieren. § 9 AÜG verletze die staatliche Neutralität zum Arbeitskampf. Zur Vermeidung von Umgehungen genüge es, die Geltung der in § 9 AÜG, § 3 Z 10 AFMG und § 10 AuslBG normierte Verbote auf jene Überlassungen, Vermittlungen und Erteilungen von Beschäftigungsbewilligungen einzuschränken, die in einem ursächlichen Zusammenhang mit einem Streik oder einer Aussperrung erfolgt sind<sup>9</sup>. Grundsätzlich gilt daher das in § 9 AÜG normierte Verbot, somit nicht für die laufende Beschäftigung von überlassenen Arbeitnehmern.

Zur Vermeidung von Umgehungen erstreckt sich das Einsatzverbot des § 9 AÜG auf jene Fälle, in denen überlassene Arbeitskräfte gerade zum Zweck der Überbrückung des arbeitskampfbedingten Arbeitsausfalls herangezogen werden. Unzulässig ist es auch, überlassene Arbeitskräfte bei Arbeitskämpfen, die nur die Interessen der

---

<sup>4</sup> *Tomandl* Arbeitskräfteüberlassung Seite 65.

<sup>5</sup> *Leutner-Schwarz-Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989) Rz 1 zu § 9; *Geppert*, Rz 1 zu § 9 und *Schindler* in *Neumayr/Reissner* (Herausgeber Zeller Kommentar, Rz 2 zu § 9 AÜG).

<sup>6</sup> In *Sacherer/Schwarz* Arbeitskräfteüberlassungsgesetz Seite 180.

<sup>7</sup> *Schwarz*, der darauf hinweist, dass eine Ausweitung der Kapazitäten, etwa durch mehr Überstunden als sonst üblich, allerdings verboten sei.

<sup>8</sup> *Tomandl* in *Arbeitskräfteüberlassung*, Seite 65; *Beatrix Karl* in *ASoK* 2003, 282 f.

<sup>9</sup> *Karl* in *ASoK* 2003, 282.

Stammebelegschaft des Betriebes berühren, gezielt als Kampfmittel einzusetzen<sup>10</sup>. Es ist daher zu klären, ob ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Aufnahme einer überlassenen Arbeitskraft und dem Arbeitskampf besteht. Ist dies der Fall, spricht dies dafür, dass die Überlassung von Arbeitskräften nicht unabhängig vom drohenden Arbeitskampf steht.

#### Zwischenergebnis:

Aufgrund der unklaren Rechtslage empfehlen wir Arbeitskräfteüberlassern bei Arbeitskampf im Unternehmen des Beschäftigten:

1. zu prüfen, ob die überlassenen Arbeitskräfte in dem betroffenen Betrieb eingesetzt sind;
2. zu klären, in welchem zeitlichen Naheverhältnis die Überlassung zu den jeweiligen Kampfmaßnahmen begonnen hat und ob die Überlassung im Zusammenhang mit dem Streik steht und
3. dann zu entscheiden, ob aus Gründen der Vorsicht die Arbeitnehmer abgezogen werden. Im ersteren Fall kann diese Frage durch eine oberstgerichtliche Entscheidung geklärt werden.

#### III. Hat ein Streik oder eine Aussperrung eine Auswirkung auf den Überlassungsvertrag oder den Arbeitsvertrag?

Durch die Aufnahme von Arbeitskampfmaßnahmen wird weder ein Dienstverhältnis zwischen dem Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft, noch der Überlassungsvertrag zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigten beendet.

Ob ein Dienstverhältnis wegen eines Streiks beendet werden darf, ist eine andere Frage.

Sowohl nach § 82 lit f GewO als auch nach § 27 Z 4 AngG stellt das unerlaubte Unterlassung der Arbeitsleistung und die beharrliche Verweigerung der Pflichterfüllung einen Entlassungstatbestand dar. Allerdings mit das Unterlassen der

---

<sup>10</sup> *Karl* in ASoK 2003, 282.

Arbeitsleistung unerlaubt und schuldhaft sein. Daran fehlt es wenn der/die ArbeitnehmerIn annehmen durfte, dass der Arbeitgeber mit seinem Verhalten einverstanden ist. Dies wird dann strittig sein, wenn der Arbeitgeber eine Arbeitsleistung nicht verlange oder auf diese verzichte. Die Arbeitsversäumnis muss den Umständen nach erheblich sein.<sup>11</sup> Bloß kurzfristige Arbeitsunterbrechungen rechtfertigen keine Entlassung.

Die Teilnahme an einem längerfristigen Streik kann einen Entlassungsgrund darstellen, weil auch bei Rechtmäßigkeit der Gesamttaktion eine Verletzung des Arbeitsvertrages vorliegt.<sup>12</sup> Ein subjektives Recht auf Arbeitskampf kommt dem einzelnen Arbeitnehmer nicht zu.

Wenn der Arbeitnehmer der Überzeugung ist, in Ausübung eines Rechtes zu handeln, so kann sogar ein unverschuldeter Rechtsirrtum vorliegen und wäre dann eine Entlassung nicht gerechtfertigt.

Empfehlung: Arbeitgebern ist vor einer Entscheidung ein Dienstverhältnis mit sofortiger Wirkung aufzulösen, empfohlen

- a) den Arbeitnehmer schriftlich zum Antritt der Arbeit aufzufordern und
- b) diesen darauf hinzuweisen, dass die Teilnahme an einem Streik rechtswidrig ist und eine Verletzung des Arbeitsvertrages darstellt.

Da es keine höchstgerichtliche Entscheidung zu der Berechtigung einer Entlassung im Zusammenhang mit einem Streik gibt, sollten die Einzelumstände<sup>13</sup> vor einem derartigen, heiklen Schritt mit einem Arbeitsrechtsexperten erörtert werden.

#### IV. Haben überlassene Arbeitskräfte während eines Streiks einen Entgeltanspruch?

Bei einem Streik oder Aussperrung gelten die auf alle Dienstverhinderungen anzuwendenden Regeln<sup>14</sup>. Der einen Anspruch erhebende Arbeitnehmer hat daher

---

<sup>11</sup> *Floretta-Spielbühler-Strasser*, Arbeitsrecht, Bd. I , S 413.

<sup>12</sup> *Pfeil* in Zeller Kommentar, Rz 110 zu § 27 AngG:

<sup>13</sup> Insbesondere die Frage ob eine zulässige Betriebsversammlung vorliegt ist abzugrenzen.

<sup>14</sup> § 1155 ABGB.

seine Leistungsbereitschaft zu behaupten und zu beweisen. Bei streikbedingter Unmöglichkeit der Beschäftigung ist die Arbeitsbereitschaft eines Arbeitnehmers streng zu prüfen. Streikende Arbeitnehmer haben mangels Leistungsbereitschaft grundsätzlich keinen Entgeltanspruch<sup>15</sup>.

Dem ernstlich arbeitswilligen Arbeitnehmer, der sich an Streiktagen arbeitsbereit, am vorgesehenen Arbeitsort zur Verfügung stellt, steht mangels Erklärung des Arbeitgebers, die Dienste des Arbeitnehmers an diesen Tagen nicht in Anspruch nehmen zu wollen, ein Lohnanspruch zu. Als Arbeitgeber haben Überlasser daher die am Streik nicht beteiligten Arbeitnehmer, die ihre Arbeitsbereitschaft erklären, darüber zu informieren, dass ihre Dienste streikbedingt nicht in Anspruch genommen werden.

Insofern bestehen keinerlei Unterschiede zwischen jenen Arbeitnehmern, die im Beschäftigterbetrieb tätig sind und überlassenen Arbeitskräften im Sinne des AÜG. Wenn sich daher überlassene Arbeitskräfte am Streik im Beschäftigterbetrieb (oder Überlasserbetrieb) beteiligen, haben sie keinen Entgeltsanspruch. Nicht streikende Arbeitskräfte hingegen haben bei Leistungsbereitschaft einen Entgeltsanspruch.

---

<sup>15</sup> OGH 19.12.2005, 8 ObA 23/05y in RdA 2007/9.