

1. Vorbemerkungen

1.1 Zur Einführung

Der Leitfaden soll dem Leser einen verlässlichen Führer durch das Gebiet der Arbeitskräfteüberlassung bieten. Er unterscheidet sich von Kommentaren zum AÜG¹⁾ vor allem in seinem Aufbau. Der Leitfaden handelt nicht isoliert Paragraph nach Paragraph ab, sondern gibt zusammenfassende Antworten zu jedem angesprochenen Sachproblem. Da jedoch mitunter dieselben Fragen bei unterschiedlichen Sachproblemen auftreten, wurden zur leichteren Orientierung des Lesers neben Verweisen auch Wiederholungen eingebaut. Verschiedene Details, die im Gesetz klar geregelt wurden und keine Bedeutung für das Verständnis der jeweiligen Bestimmungen besitzen, werden im Text nicht ausgeführt; auf sie wird vielmehr auf den Anhang verwiesen, in dem sie volltextlich auffindbar sind.

Ein Leitfaden dient anderen Zwecken als Kommentare, Lehrbücher oder Monographien. Er ist kein Ort der wissenschaftlichen Auseinandersetzung, obwohl er für diese Grundlagen bereitstellt. Der Leitfaden ist auf Leser zugeschnitten, die entweder selbst mit Arbeitskräfteüberlassung zu tun haben oder auf diesem Gebiet beratend tätig werden. Für diese Personengruppe ist in erster Linie die Judikatur von Bedeutung, da sie wissen müssen, womit sie zu rechnen haben, wenn es zu einem Rechtsstreit kommt. Daher orientiert sich der Leitfaden an der Rechtsprechung. Die verarbeiteten Entscheidungen werden, soweit sie volltextlich nicht in den allgemein zugänglichen Datenbanken enthalten sind, mit Fundstellen zitiert, ansonsten mit dem Entscheidungsdatum und der Geschäftszahl. In den Fußnoten finden sich jedoch auch ausführliche Hinweise auf die einschlägige Literatur, insbesondere soweit sie sich mit Detailfragen befasst, auf die der Leitfaden nicht näher eingehen kann. Mit dem Meinungsstreit in der Literatur setzt sich der Leitfaden jedoch nur dort auseinander, wo Rechtsprechung fehlt.

Im Mittelpunkt stehen die Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG). Es ist einerseits sehr weit gefasst, weil es nicht nur die gewerbsmäßig ausgeübte Bereitstellung von Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen, sondern auch jene erfasst, die ohne Erwerbsabsicht und

¹⁾ Siehe *Geppert*, AÜG – Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989); *Leutner/Schwarz/Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989); *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² (2006); *Schindler* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011). Gute Überblicke bieten auch *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung (1988) und *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001). Eine ganz an der Praxis orientierte, auch auf steuerrechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte eingehende und mit vielen Praxistipps ergänzte Handreichung stellt *Bösze/Kraft*, Leitfaden Arbeitskräfteüberlassung (2013) dar.

nur gelegentlich durchgeführt wird,²⁾ und zwar gleichgültig, ob die überlassenen Arbeitskräfte in Voll- oder Teilzeit arbeiten oder ob es sich um innerstaatliche oder grenzüberschreitende Überlassungen handelt. Für grenzüberschreitende Überlassungen ist nun das ab 2017 geltende Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) hinzugetreten. Beide Gesetze sind Sonderarbeitsgesetze, die jeweils nur einen Ausschnitt der bei jeder Arbeitskräfteüberlassung auftretenden Rechtsprobleme regeln. Das AÜG beschränkt sich auf jene, die ihre Ursache darin haben, dass die überlassenen Arbeitnehmer ihre Arbeit nicht bei ihrem Arbeitgeber, sondern im Betrieb des Beschäftigers erbringen. Auf eine Regelung auch jener arbeitsrechtlichen Probleme, die generell in jedem Arbeitsvertragsverhältnis auftreten, konnte es verzichten; insoweit gilt auch im Verhältnis zwischen dem Überlasser und dem überlassenen Arbeitnehmer das allgemeine Arbeitsrecht. Die Darstellung aller Fragen, die im Rahmen der Rechtsbeziehung zwischen dem Überlasser und den überlassenen Arbeitnehmern auftreten, würde daher den Rahmen eines Leitfadens der Arbeitskräfteüberlassung sprengen und eine Gesamtdarstellung des Arbeitsrechts erfordern. Der Leitfaden geht daher nur auf jene Bestimmungen des allgemeinen Arbeitsrechts ein, bei denen Besonderheiten der Arbeitskräfteüberlassung berücksichtigt werden müssen. Im Übrigen muss er jedoch auf Lehrbücher,³⁾ Kommentare⁴⁾ und Spezialliteratur zum Arbeitsrecht verweisen. Auch auf Regelungen, die nur für Behörden von Bedeutung sind, geht der Leitfaden nicht ein. Eine Schwierigkeit bei der Anwendung des Gesetzes besteht darin, dass der Gesetzgeber den Arbeitnehmern „arbeitnehmerähnliche Personen“ gleichgestellt hat, für die Arbeitsrecht nicht anwendbar ist. Die Rechtsfolgen dieser Gleichstellung hat er jedoch offen gelassen. Beim Einsatz arbeitnehmerähnlicher Personen ist daher stets eine genaue Prüfung erforderlich, welche Bestimmungen des AÜG in welcher Weise auf diese Personengruppe anwendbar sind.

Mit Wirksamkeitsbeginn 2017 hat der Gesetzgeber einzelne Bestimmungen aus dem AÜG und AVRAG entfernt und in das LSD-BG eingebaut, ohne jedoch die Anwendbarkeit des AÜG einzuschränken oder dessen Systematik zu verändern. Die einschlägigen Bestimmungen dieses Gesetzes, soweit sie für die Arbeitskräfteüberlassung von Bedeutung sind, werden daher parallel zum AÜG dargestellt.

Der Leitfaden folgt in seinem **Aufbau** grundsätzlich dem AÜG, das verschiedene Abschnitte mit jeweils unterschiedlichem Geltungsbereich aufweist, und arbeitet dabei das LSD-BG mit ein:

- **Der 1. Teil** geht auf die im Abschnitt I des AÜG enthaltenen grundlegenden Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung ein.

²⁾ In diesem Sinne auch OGH 12. 12. 1996, 8 ObA 2186/96 w; 30. 1. 1997, 8 ObA 2255/96 t; 25. 10. 2001, 8 ObA 28/01 b.

³⁾ Siehe vor allem die neueren von *Kietaihl/Windisch-Graetz*, in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I⁹, II⁹ (2015); *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht² (2012).

⁴⁾ *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011).

- **Der 2. Teil** behandelt die für die nicht als eigenes Gewerbe betriebene Arbeitskräfteüberlassung (hier als **privilegierte Arbeitskräfteüberlassung bezeichnet**), **zusätzlich** geltenden Bestimmungen des II. Abschnitts des AÜG. Sie betreffen die Verteilung der Arbeitgeberpflichten zwischen Überlasser und Beschäftigter, Gleichbehandlungspflichten, spezielle Schutzbestimmungen, das Verbot der Überlassung bei Streik oder Aussperrung sowie Beschränkungen der Haftpflicht.
- **Der 3. Teil** geht auf jene nur das Gewerbe der **reglementierten Arbeitskräfteüberlassung** betreffenden ergänzenden Regelungen des III. und V. Abschnitts des AÜG ein; nur auf diesen Sektor ist dieses Gesetz in seinem vollen Umfang anwendbar. Dabei geht es um die Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskräfte, um zwingende Mindestinhalte und verbotene Klauseln des Arbeitsvertrages, die Ausstellung eines Dienstzettels, die Führung von Aufzeichnungen, um Mitteilungs- und Informationspflichten, spezielle Regeln für aus dem Ausland kommende Arbeitnehmer, um Bürgschaften der Beschäftigten und um den Sozial- und Weiterbildungsfonds.
- **Der 4. Teil** befasst sich mit administrativen Bestimmungen und Sanktionen sowie formellen Pflichten von Beschäftigten und Überlassern aus dem IV. Abschnitts des AÜG. Diese Bestimmungen gelten für alle Formen der Arbeitskräfteüberlassung.
- Ergänzend wird in einem **Annex** auf einige sozialversicherungsrechtliche Fragen eingegangen.
- Im **Anhang** befinden sich vollständige Wiedergaben des AÜG (Fassung 2017), des LSD-BG sowie der EU-Leiharbeitsrichtlinie.

1.2 Historisches und Begriffliches zur Arbeitskräfteüberlassung

1.2.1 Die Entwicklung in Österreich

Nach längerem Zögern, die Bereitstellung der Arbeitskraft von Arbeitnehmern für andere Unternehmer (oft als **Leih- oder Zeitarbeit** bezeichnet) rechtlich zu regeln und von der bloßen Arbeitsvermittlung abzugrenzen, ist der Gesetzgeber im Jahr 1988 aktiv geworden und hat das **Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)**⁵⁾ erlassen. Bis dahin galten für überlassene Arbeitnehmer – selbst wenn sie die gleiche Arbeit wie diese verrichteten – andere Arbeitsbedingungen als für die Stammarbeitnehmer, deren Ansprüche auf dem mit dem Beschäftigten abgeschlossenen Arbeitsvertrag und dem im Beschäftigterbetrieb anzuwendenden Kollektivvertrag beruhten. Da der Überlasser nichts mehr damit zu tun hatte, wie der Arbeitnehmer vom Beschäftigten konkret eingesetzt wird, bestand die Gefahr, dass der überlassene Arbeitnehmer den Schutz bei allen Angelegenheiten verliert, die sich nur aus seiner tatsächlichen Beschäftigung ergeben. Unklar schien zudem, welcher Betriebsrat seine Interessen zu vertreten hat: jener aus dem Betrieb des Überlassers oder jener

⁵⁾ BGBl 1988/196.

aus dem Betrieb des Beschäftigers? Die Arbeitskräfteüberlassung warf aber auch arbeitsmarkt- und sozialpolitische Probleme auf. Der Beschäftiger konnte durch den Einsatz überlassener Arbeitskräfte Vorteile erlangen, die den Wettbewerb verzerrten. Er konnte seinen Personalaufwand durch den Einsatz überlassener Arbeitnehmer senken, wenn diese billiger waren, und er konnte sich vom Risiko entlasten, Arbeitnehmer auch dann behalten und bezahlen zu müssen, wenn er ihre Arbeitsleistung nicht mehr benötigt. Dem stand auf der positiven Seite gegenüber, dass Unternehmen vorübergehend entstehende Personallücken rasch und zuverlässig durch den Einsatz überlassener Arbeitnehmer schließen konnten. Und die Arbeitskräfteüberlassung eröffnete manchen Arbeitnehmern, die ansonsten von Arbeitslosigkeit bedroht waren, durch die Anstellung bei einem Überlassungsunternehmen die Chance auf Arbeit.

Im Regelfall beschäftigten Arbeitgeber die von ihnen aufgenommenen Arbeitnehmer in ihren eigenen Betrieben oder Haushalten. Nur gelegentlich stellten sie die Arbeitskraft eines oder mehrerer ihrer Mitarbeiter einem Dritten zur Verfügung. In diesen Fällen wurde dieser Arbeitnehmer in den Betrieb des Dritten aufgenommen und verrichtete dort seine Arbeit in gleicher Weise wie die unmittelbar vom Dritten aufgenommenen Arbeitnehmer. Solange dies nur gelegentlich und vorübergehend geschah, wurde darin kein sozialpolitisches Problem gesehen, das nach einer besonderen rechtlichen Regelung verlangte.

Schwierigkeiten bereitet allerdings die rechtliche Einordnung dieses Dreipersonenverhältnisses.⁶⁾ Man bezeichnete es zumeist als **Leiharbeit** und die drei beteiligten Personen als **Leiharbeitnehmer**, **Überlasser** und **Entleiher**. Kein Zweifel bestand lediglich darin, dass zwischen dem Überlasser und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsvertrag bestehen musste. Fehlte diese arbeitsvertragliche Bindung, ging man davon aus, dass keine Leiharbeit, sondern eine damals unzulässige Arbeitsvermittlung vorlag. Unterschiedlich beurteilt wurde die Art der rechtlichen Beziehungen zwischen Beschäftiger und Leiharbeitnehmer. Nach damals und noch heute herrschender Auffassung besteht zwischen beiden keine vertragliche Beziehung.⁷⁾ Eine solche wurde hingegen zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger angenommen. In dem zwischen ihnen zu vereinbarenden Vertrag mussten nicht nur die Modalitäten der Überlassung (insbesondere ob es sich um eine entgeltliche oder unentgeltliche handeln sollte) geregelt, sondern auch Weisungsrechte an den Entleiher übertragen werden. Dieser Vertrag wurde und wird überwiegend als Dienstverschaffungsvertrag angesehen.⁸⁾ Dabei handelt es sich um einen vom Gesetzgeber nicht geregelten

⁶⁾ Näheres zu dieser Diskussion s bei *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1977) 33.

⁷⁾ Siehe etwa OGH 23. 6. 1977 Arb 9677/78.

⁸⁾ Vgl *Geppert*, AÜG 105. Die Annahme einer Zession des Rechts auf Arbeitsleistung würde gegen § 1153 ABGB verstoßen, der die Übertragung des Anspruches auf die Dienste untersagt. Bei entsprechenden in diese Richtung zielenden Abreden könnten jedoch ein Vertragsbeitritt des Entleihers oder ein Doppelarbeitsverhältnis vorliegen (Näheres s bei *Krejci*, Arbeitsrechtsrechtliche Probleme der Bau-ARGE, in *Krejci* [Hrsg], Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft [1978] 77).

Vertragstyp, der die tatsächliche Verfügungsmacht über die Arbeitskraft eines Dritten auf den Vertragspartner überträgt (Näheres s unten 3.2). Als Besonderheit des Dienstverschaffungsvertrages über Leiharbeit, die ihn von anderen Formen des Dienstverschaffungsvertrages abhebt, wurde herausgestellt, dass es sich bei dem Dritten, dessen Arbeitskraft zur Verfügung gestellt wird, um einen Arbeitnehmer des Dienstverschaffungsverpflichteten handelt.

Aus dieser Deutung der bestehenden Rechtsverhältnisse ergab sich, dass der Entleiher den Leiharbeitnehmer nicht kraft eigenen Rechts, sondern nur im Namen des Überlassers und unter Beachtung jener Grenzen einsetzen konnte, innerhalb derer ihm Weisungsrechte übertragen worden waren. Eine weitere Konsequenz bestand darin, dass sich alle Entgeltansprüche des Leiharbeitnehmers gegen den Überlasser richteten, weil nur dieser sein Partner aus dem Arbeitsvertrag war. Daraus folgte weiter, dass Veränderungen des Inhalts des Arbeitsvertrages des Leiharbeitnehmers nur zwischen diesem und dem Überlasser vorgenommen werden konnten, da die Befugnisse zur Vereinbarung solcher Veränderungen oder zur Beendigung dieses Arbeitsvertrages üblicherweise nicht an den Entleiher übertragen wurden.

Anders stellte sich jedoch die Rechtslage beim Arbeitnehmerschutz und im Betriebsverfassungsrecht dar. Ein Leiharbeitnehmer bedarf wie jeder sonstige Arbeitnehmer eines Schutzes vor gesundheitlichen Gefahren bei der Ausführung seiner geschuldeten Leistung, und diese erfolgt nicht im Betrieb des Überlassers, sondern in jenem des Entleihers. Aber auch ein erheblicher Teil der von den Betriebsräten wahrzunehmenden Mitwirkungsrechte betrifft die tatsächliche Beschäftigung im Betrieb des Entleihers. Dem trug der Umstand Rechnung, dass die Gesetze in beiden Bereichen nicht auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages mit dem Entleiher, sondern nur auf die tatsächliche Beschäftigung in dessen Betrieb abstellten. Daher konnte der Leiharbeitnehmer im Anwendungsbereich dieser Gesetze als „Arbeitnehmer“ des Entleihers und dieser als sein „Arbeitgeber“ angesehen werden.

Massive Kritik gegen die Zulässigkeit von Leiharbeit⁹⁾ kam auf, als neben diesen „echten Leiharbeitsverhältnissen“ zunehmend Unternehmen auftraten, die Arbeitnehmer nicht für den Einsatz im eigenen Betrieb, sondern zur Dienstleistung in anderen Unternehmen einstellten und damit die „Verleihung“ von Arbeitskräften zum eigentlichen oder zumindest zum teilweisen Unternehmenszweck machten.¹⁰⁾ Die Bedenken gründeten sich einmal darauf, dass Leiharbeitnehmer mangels Integration in den Beschäftigterbetrieb nur geringe Aufstiegschancen besitzen, andererseits ihr Einsatz zur Verdrängung der teureren Stammarbeiter vor allem in Betrieben mit hohen Sozialleistungen führen könnte. Als bedenklich wurden aber auch Klauseln angesehen, die dem Leiharbeitnehmer ein Überwechseln als Arbeitnehmer in den Beschäftigterbetrieb erschwerten. Schließlich erwies es sich in diesem Zusammenhang auch

⁹⁾ Siehe dazu die Erläuterung des AÜG, 450 Bld. Nr. 17. GP 12f.

¹⁰⁾ Näheres s bei *Geppert*, AÜG 60.

als problematisch, dass § 1155 ABGB durch Vertrag abbedungen werden konnte. Diese Bestimmung räumt dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung ein, wenn er an der Dienstleistung aus Umständen verhindert ist, die auf der Seite des Dienstgebers liegen. In der Möglichkeit, diesen § 1155 ABGB für „Stehzeiten“, in denen keine Nachfrage nach Leiharbeitnehmern besteht, abzubedingen oder nur auf den tatsächlichen Arbeitseinsatz bei einem Entleiher befristete Arbeitsverträge zu schließen, wurde eine unzulässige Abwälzung eines typischen Arbeitgeberberrisikos erblickt.

Der Gesetzgeber reagierte auf diese Kritik zunächst nur unzureichend. Da die Leiharbeit wirtschaftlich dasselbe Ziel wie die Arbeitsvermittlung verfolgt, nämlich Angebot und Nachfrage nach Arbeitskräften zusammenzubringen, glaubte er das Problem im Arbeitsmarktförderungsgesetz 1969 durch eine Erweiterung des Verbotes der privaten Arbeitsvermittlung lösen zu können. Er definierte darin den Begriff der Arbeitsvermittlung als eine Tätigkeit, die darauf ausgerichtet ist, Arbeitsuchende mit Dienstgebern zur Begründung von Dienstverhältnissen zusammenzuführen¹¹⁾ und verbot deren gewerbsmäßige Ausübung. Zulässig blieb nur die gelegentlich und unentgeltlich oder auf Einzelfälle beschränkte Arbeitsvermittlung. In § 9 Abs 4 AMFG erweiterte er den Begriff der Arbeitsvermittlung: Eine solche liege auch dann vor, wenn dem Überlasser gegenüber der überlassenen Arbeitskraft dienstgeberähnliche Befugnisse zukommen, ohne dass er auf längere Dauer und unabhängig davon, ob eine Beschäftigung nachgewiesen werden kann, dieser gegenüber „entsprechende Pflichten, insbesondere das wirtschaftliche Wagnis“ übernimmt. Ohne näher auf die Frage einzugehen, was unter „dienstgeberähnlichen Befugnissen“ zu verstehen ist, folgerte die Rsp aus dieser Bestimmung, im Falle von Leiharbeit könne von der Abbedingung des § 1155 ABGB kein rechtswirksamer Gebrauch gemacht werden; geschehe dies dennoch, liege unerlaubte Arbeitsvermittlung vor.¹²⁾

Die eigentliche gesetzgeberische Auseinandersetzung mit der Leiharbeit fand erst im Jahr 1988 anlässlich der Erlassung des AÜG statt. Die Gesetzesmaterialien betonten, § 9 Abs 4 AMFG reiche nicht aus, um der spezifischen sozialen Schutzbedürftigkeit von Leiharbeitnehmern Rechnung zu tragen. Es fehle ein Schutz sowohl durch Kollektivverträge als auch durch eine Belegschaftsvertretung, da in den Beschäftigterbetrieben kaum je ein Betriebsrat errichtet sei. Zudem seien die Arbeitsverträge mit den Überlassern in der Regel nur befristet. Dadurch gingen alle Rechte aus einem Dauerarbeitsverhältnis verloren. Außerdem bestehe die Gefahr, dass die Leiharbeitnehmer nicht zur Sozialversicherung angemeldet werden und durch dubiose Geschäftspraktiken finanziellen Schaden erleiden könnten.¹³⁾

¹¹⁾ § 9 Abs 1 AMFG.

¹²⁾ OGH 27. 1. 1987 Arb 10.603/1987.

¹³⁾ ErläutRV des AÜG, 450 BlgNR 17. GP 13.

In der Ausgestaltung des AÜG folgte der Gesetzgeber weitgehend Vorschlägen von *Geppert*¹⁴⁾ und übernahm auch dessen Anregung,¹⁵⁾ an Stelle der in der Praxis verwendeten Begriffe Zeitarbeit, Personalbereitstellung oder Personal-leasing in Hinkunft von Arbeitskräfteüberlassung und folgerichtig von **Überlasser, Beschäftiger und überlassener Arbeitskraft** zu sprechen. Dagegen schloss er sich früheren Forderungen der Interessenvertretungen der Arbeitnehmer nicht an, die Arbeitskräfteüberlassung schlichtweg zu verbieten. Sein Anliegen bestand vielmehr darin, nur solche Gestaltungen der Leiharbeit auszuschließen, die er als einen Missbrauch ansah. Positiv wollte er die arbeits- und sozialrechtliche Absicherung der überlassenen Arbeitskräfte – vor allem bei gewerbsmäßig betriebener Überlassung – stärken und deren Einhaltung durch wirkungsvolle Überwachung und empfindliche Sanktionsdrohungen sicherstellen.¹⁶⁾ Da die Arbeitskräfteüberlassung nicht nur arbeitsvertragliche Probleme aufwirft, hat sich der Gesetzgeber zur Erlassung eines Rahmengesetzes¹⁷⁾ entschieden, das nur in seinem Art I das eigentliche AÜG enthält. Die weiteren Artikel passen das Arbeitsmarktförderungs-, das Arbeitsverfassungs-, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz und die Gewerbeordnung an das AÜG an: Die gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung wurde von einem freien zu einem konzessionspflichtigen Gewerbe;¹⁸⁾ die Mitwirkungsrechte der Belegschaft im Beschäftigterbetrieb wurden im Hinblick auf die dort beschäftigten überlassenen Arbeitskräfte erweitert¹⁹⁾ und für die aus dem Ausland überlassenen Arbeitskräfte wurde die Sozialversicherungspflicht in Österreich eingeführt.²⁰⁾ Schließlich wurde auch § 9 Abs 4 AMFG an die Konzeption des AÜG angepasst.²¹⁾

Die letzte Entwicklungsphase fand im Recht der EU statt.

1.2.2 Die Entwicklung in der Europäischen Union

Weder im EG-Vertrag noch in Verordnungen des Rats der EU finden sich spezielle Bestimmungen über die Arbeitskräfteüberlassung.²²⁾ Nach der Rsp des EuGH²³⁾ zählt jedoch die Arbeitskräfteüberlassung zu den Dienstleistungen im Sinne von Art 49 EGV, weshalb jedes Unternehmen, das Arbeitskräfteüberlassung betreibt, gestützt auf die Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich in allen Mitgliedstaaten der EU Arbeitskräfte zur Verfügung stellen kann.²⁴⁾ Kein

¹⁴⁾ *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1977).

¹⁵⁾ *Geppert*, AÜG 19.

¹⁶⁾ Siehe die ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 13.

¹⁷⁾ BGBl 1988/196.

¹⁸⁾ Art V AMFG, BGBl 1988/196.

¹⁹⁾ Art III AMFG, BGBl 1988/196.

²⁰⁾ Art IV AMFG, BGBl 1988/196.

²¹⁾ Durch Art II AMFG, BGBl 1988/196. Nunmehr § 2 Abs 4 der geltenden Fassung des AMFG.

²²⁾ Vgl zum Gesamtthema *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 141.

²³⁾ 279/80, *Webb*, Slg 1981, 3305; C-113/89, *Rush Portuguesa*, Slg 1990, I-1417.

²⁴⁾ Näheres dazu s bei *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 145.

Mitgliedstaat darf diese Freiheit jedoch durch diskriminierende Bestimmungen einschränken. Dagegen sind nicht-diskriminierende Beschränkungen zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt und in ihrem Ausmaß verhältnismäßig sind.²⁵⁾ Da sich die Arbeitskräfteüberlassung unmittelbar nicht nur auf den Arbeitsmarkt, sondern auch auf die Interessen der einzelnen Arbeitnehmer auswirkt, akzeptiert der EuGH, dass die Mitgliedstaaten ihre Ausübung an eine Genehmigung binden. Die für eine Genehmigung erforderlichen Voraussetzungen müssen jedoch für die eigenen Staatsbürger und für die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten gleich sein. Zudem dürfen von EU-Ausländern nicht neuerlich dieselben Nachweise und Sicherungen verlangt werden, die sie bereits im Staat ihrer Niederlassung vorgelegt oder erbracht haben.²⁶⁾

Während sich die Überlasser auf die Dienstleistungsfreiheit stützen können, können sich die überlassenen Arbeitskräfte auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art 39 ff EGV) berufen.²⁷⁾ Denn sie gelten dann als Arbeitnehmer im Sinne dieser Freiheit, wenn sie sich gegenüber dem Überlassungsunternehmen gegen Entgelt zur Arbeitsleistung während eines bestimmten Zeitraumes für einen anderen nach dessen Weisung verpflichten,²⁸⁾ wie dies in Österreich durch das AÜG vorgesehen ist.

Ende 1979 regte der Europäische Rat gemeinsame Aktionen zur Überwachung der „Zeitarbeit“ und zum Aufbau eines sozialen Schutzes der davon Betroffenen an. Er stützte sich auf empirische Untersuchungen, die eine starke Zunahme dieser Form atypischer Arbeitsverträge in den meisten Mitgliedstaaten festgestellt hatten.²⁹⁾ 1981 schloss sich das Europäische Parlament dieser Initiative an und beauftragte die Kommission, entsprechende Richtlinien auszuarbeiten. Die Kommission kam diesem Auftrag nach und orientierte sich dabei am französischen Recht. Nach diesem gilt die überlassene Arbeitskraft beim Entleiher als befristet beschäftigt. Dem entsprechend behandelte die Kommission die Arbeitskräfteüberlassung als eine Sonderform des befristeten Arbeitsverhältnisses. Es dauerte jedoch viele Jahre, bis ihre Richtlinienvorschläge Zustimmung fanden.

Als erste wurde am 25. 6. 1991 die **RL 91/383/EWG** (zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristeten Arbeitsverhältnissen oder Leiharbeitsverhältnissen) erlassen; ihr folgte am 19. 11. 2008 die eigentliche **RL 2008/104/EG** über Leiharbeit. Bevor auf den Inhalt dieser Richtlinien eingegangen wird, soll kurz auf ihre Bedeutung für das innerstaatliche Recht hingewiesen werden.

²⁵⁾ EuGH 17. 12. 1981, C-279/80, *Webb*, Slg 1981, 3305; 9. 8. 1994, C-43/93, *Vander Elst*, Slg 1994, I-3803.

²⁶⁾ EuGH 17. 12. 1981, C-279/80, *Webb*, Slg 1981, 3305.

²⁷⁾ Näheres dazu s bei *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 153.

²⁸⁾ Vgl EuGH 17. 12. 1970, C-35/70, *Manpower*, Slg 1970, 1251.

²⁹⁾ Einen Überblick über die historischen Abläufe bietet *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung 162.

Richtlinien wenden sich nicht an Einzelpersonen, sondern an die Mitgliedstaaten. Sie verpflichten diese, dafür zu sorgen, dass ihr Inhalt tatsächlich beachtet wird. In den meisten Fällen erfolgt ihre Umsetzung durch nationale Gesetze. Ihrem Inhalt nach sind zwei Arten von Richtlinienbestimmungen zu unterscheiden. Manche sind so klar und konkret gefasst, dass den Staaten bei ihrer Umsetzung kein Handlungsspielraum verbleibt. Andere geben nur Ziele vor, die auf verschiedene Weise erreicht werden können. Nur bei diesen besteht ein politischer Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten, dessen Einhaltung durch die Kommission und den EuGH überwacht wird. Wird eine Richtlinie nicht oder nur teilweise umgesetzt, können sich aus ihr unter Umständen dennoch unmittelbare Ansprüche von Einzelpersonen ergeben.³⁰⁾ Besonders wichtig ist zudem, dass nach der Rsp des EuGH alle einschlägigen nationalen Rechtsnormen im Sinne der Richtlinien auszulegen sind,³¹⁾ und zwar schon zu einem Zeitpunkt, in dem die den Staaten eingeräumte Umsetzungsfrist noch läuft.³²⁾

1.2.3 Die Sicherheitsrichtlinie

Die RL 91/383/EWG (Sicherheit und Gesundheitsschutz) geht von der Erwägung aus, dass Leiharbeitnehmer in einigen Bereichen einer größeren Gefahr von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten ausgesetzt sind als die dort unmittelbar Beschäftigten. Diese Gefahr lasse sich jedoch durch eine angemessene Unterrichtung und Unterweisung verringern. Konkret sieht die RL daher vor, dass für Leiharbeitnehmer die gleiche ärztliche Überwachung wie für die anderen Arbeitnehmer vorgesehen werden müsse. Die Pflicht zur Überwachung kann auch auf die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgedehnt werden. Bei bestimmten Arbeiten können die Mitgliedstaaten den Einsatz von Leiharbeitnehmern aus gesundheitlichen Gründen verbieten. Allen Leiharbeitnehmern ist auf ihren Arbeitsplätzen das gleiche Schutzniveau wie den anderen Arbeitnehmern des entleihenden Unternehmens (der Einrichtung) zu sichern. Die für die Schutzmaßnahmen im Entleiherbetrieb Zuständigen sind vom Einsatz von Leiharbeitnehmern zu informieren. Schließlich schreibt die RL in detaillierter Form vor, welche Informationen über bestehende Risiken den Leiharbeitnehmern vor Aufnahme ihrer Tätigkeit und welche Unterweisungen ihnen in der Folge erteilt werden müssen.

Die Umsetzung dieser RL in Österreich erfolgte für den privaten Sektor vor allem durch § 9 ASchG.

³⁰⁾ Siehe dazu die übersichtlichen Darstellungen bei *Eilmansberger*, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten, JBl 2004, 283; *Klamert*, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte, JBl 2008, 158; *Zahradnik*, Die Anwendung von nicht umgesetzten EWG-Richtlinien auf Privatrechtsverhältnisse, *ecolex* 1992, 606.

³¹⁾ Vgl etwa EuGH 4. 7. 2006, C-212/04, *Adeneler*, ABl 2006/212, 2.

³²⁾ Siehe dazu aus Sicht der österreichischen Höchstgerichte VfGH 27. 6. 2002, 99/10/0159 und VfGH 15. 10. 2004, G 237/2003.

1.2.4 Die Leiharbeitsrichtlinie

Die jüngere Leiharbeits-RL 2008/104/EG steht der Arbeitskräfteüberlassung positiv gegenüber. In ihren Erwägungsgründen attestiert sie der Leiharbeit zwei Vorteile: Sie entspreche dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen und trage auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer Rechnung, Beruf und Privatleben zu vereinbaren. Sie leiste einen Beitrag zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt. Das Ziel der RL bestehe darin, einen diskriminierungsfreien, transparenten und verhältnismäßigen Rahmen zum Schutz der Leiharbeitnehmer festzulegen und gleichzeitig die Vielfalt der Arbeitsmärkte und der Arbeitsbeziehungen zu wahren. Die Leiharbeits-RL lege lediglich Mindestnormen fest und setze die RL über Sicherheit und Gesundheitsschutz nicht außer Kraft, sondern ergänze sie.

Die RL bezieht sich nur auf „echte“ **Leiharbeitsverhältnisse**, nicht aber auf die gelegentliche Überlassung von Arbeitnehmern durch Unternehmen, die einen anderen Unternehmensgegenstand besitzen. Nach Art 1 Abs 1 gilt sie für Arbeitnehmer, „die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind“. Und nach Art 3 Abs 1 lit c versteht die RL unter einem „Leiharbeitsunternehmen“ eine natürliche oder juristische Person, „die nach einzelstaatlichem Recht mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge schließt oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, um sie entleihenden Unternehmen zu überlassen, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung vorübergehend arbeiten“. Ein Unternehmen, zu dessen Geschäftszielen nicht die Verleihung von Arbeitnehmern, sondern etwa die Erzeugung von oder der Handel mit bestimmten Produkten gehören, und das keine Arbeitnehmer zu dem Zweck anstellt, sie zu verleihen, fällt daher nicht unter den Geltungsbereich der Richtlinie, mag es auch gelegentlich bei ihm beschäftigte Arbeitnehmer an andere Unternehmen ausleihen. Das AÜG geht allerdings weiter, da es grundsätzlich auch die nur gelegentlich vorgenommene Arbeitskräfteüberlassung einbezieht.

Die RL legt den Mitgliedstaaten vielfältige Verpflichtungen auf: Sie dürfen Leiharbeit nur dann einschränken oder verbieten, wenn dies das Allgemeininteresse (insbesondere Arbeitnehmerschutz, Gesundheitsschutz, Sicherheit am Arbeitsplatz) verlangt oder wenn solche Maßnahmen notwendig sind, um das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten. Die Mitgliedstaaten müssen bestehende Beschränkungen überprüfen, ob sie diesen Grundsätzen entsprechen. Sie haben weiters dafür zu sorgen, dass die für Leiharbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (einschließlich des Zugangs zu Gemeinschaftseinrichtungen oder Diensten) mindestens jenen der unmittelbar vom entleihenden Unternehmen für den gleichen Arbeitsplatz eingestellten Arbeitnehmer entsprechen. Sie können jedoch Abweichungen in Entgeltfragen gestatten, wenn die Leiharbeitnehmer unbefristet eingestellt und auch in den Stehzeiten bezahlt werden. Wird dabei der Gesamtschutz beibehalten, können sie den Sozialpartnern zudem gestatten, durch Tarifverträge abweichende Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festzulegen und dabei uU auch von

der Gleichbehandlung abzugehen. Sie haben jedoch sicherzustellen, dass Leiharbeiter über offene Stellen im Entleiherbetrieb informiert werden. Klauseln, die Leiharbeiter behindern, nach Beendigung des Einsatzes ein Beschäftigungsverhältnis mit dem Entleiher einzugehen, sind für nichtig zu erklären. Die Mitgliedstaaten haben auch auszuschließen, dass Überlasser im Falle des Zustandekommens einer solchen Beschäftigung dafür Entgelt vom Arbeitnehmer verlangen. Sie können festlegen, wie Leiharbeiter im Entleiherunternehmen bei der Berechnung des Schwellenwertes für die Einrichtung eines Betriebsrats zu berücksichtigen sind, haben aber dafür zu sorgen, dass den Betriebsräten angemessene Informationen über den Einsatz von Leihararbeitern vorgelegt werden. Für Verstöße gegen diese Verpflichtungen durch Überlasser oder Entleiher sind Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren zur Wahrung der Rechte der Leiharbeiter sowie wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen vorzusehen. Zur Umsetzung der RL wurde den Mitgliedstaaten eine Frist bis zum 5. 12. 2011 gesetzt.

Die **Umsetzung** in Österreich erfolgte vor allem durch die Novelle BGBl I 2012/98.³³⁾ Durch sie wurden der Gleichbehandlungsanspruch überlassener Arbeitnehmer sowie die Mitteilungs- und Informationspflichten ausgedehnt und ein Sozial- und Weiterbildungsfonds zugunsten überlassener Arbeitskräfte eingerichtet. Der letzte Schritt bestand in der Erlassung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes, BGBl I 2016/44, das ergänzend zum AÜG trat.

³³⁾ Dazu s vor allem *Schrank*, Die wichtigsten Neuerungen zur Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2013, 31, 84; *Schrattbauer/Goricnik*, Wesentliche Änderungen durch die Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, wbl 2013, 121; *Schrattbauer/Goricnik*, Novellierung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, öRdA 2013, 282; *Schlitzer*, Die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, infas 2013, 9; *Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 336; *Burz*, Die Tücken des (neuen) AÜG, ecolex 2012, 1093; *Pöschl/Unterrieder*, Novelle zum AÜG – Neue Pflichten für Beschäftiger und Überlasser, ecolex 2012, 999.