

Offene Fragen zur AÜG-Novelle

- 1.) Wie erfolgt die Abgrenzung zwischen den vom Beschäftiger eingerichteten „Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen“ iSd § 10 Abs 6, den von diesem gewährten steuerfreien bzw. steuerpflichtigen Sachbezügen und von betriebsratsumlagefinanzierten Leistungen und auf welche dieser Leistungen hat die überlassene Arbeitskraft aufgrund der neuen Bestimmung Anspruch?

Nach § 10 Abs 6 AÜG hat der Beschäftiger der überlassenen Arbeitskraft den selben Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen zu gewähren wie den Stammarbeitskräften. Der Begriff Wohlfahrtseinrichtung entstammt § 93, 95 und 97 Abs 1 Z ArbVG, wobei dort nur von betriebseigenen Einrichtungen die Rede ist.

Der Begriff „Wohlfahrtseinrichtungen“ ist durch die Judikatur zum ArbVG hinreichend klar. Merkmale sind eine Institutionalisierung, Dauerhaftigkeit, Kontinuität und ein konkretes Substrat.¹ Diese Voraussetzungen gelten aber nicht für den ebenso verwendeten Begriff der Wohlfahrtsmaßnahmen, dessen Reichweite nicht eindeutig ist.

Mehrere Faktoren begrenzen aber den Begriff der Wohlfahrtsmaßnahme und seine Wirkung im AÜG:

1. Zunächst setzt § 10 Abs 6 - wie auch die EB ausführen - Art 6 Abs 4 der RL 1:1 um. Das AÜG zählt auch die selben Beispiele wie die RL auf (Kinderbetreuungseinrichtung, Gemeinschaftsverpflegung, Beförderungsmittel). Diese Beispiele hängen zudem unmittelbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung zusammen. Allerdings verwendet die RL den in Ö unbekanntem Terminus „Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste“. Dieser Begriff kann zwar eine bloße Maßnahme einschließen, spricht aber für deren kollektive, nicht personenbezogene Natur (z.B. freier Zugang zu Kaffee, Obst, allgemeiner Firmenparkplatz, Betriebsfeier, Impfkation). Auch zielt die RL nur auf die Gleichbehandlung bei wesentlichen Arbeitsbedingungen ab, was für eine enge Auslegung spricht.
2. Leistungen mit Entgeltcharakter fallen unter die Entgeltregelung nach § 10 Abs 1 AÜG. Sofern KVs für Überlasser UND Beschäftiger gelten, ist hier Gleichbehandlung nur hinsichtlich kollektivvertraglich vorgesehener Entgelte geboten. Daher ist die Regelung zu Betriebspensionen in § 10 Abs 1a AÜG auch als lex specialis zu § 10 Abs 1 konzipiert und positioniert. Da Leistungen mit Entgeltcharakter nicht unter § 10 Abs 6 fallen, ist eine Gleichbehandlung nicht geboten. Das betrifft etwa auch Sachbezüge und entspricht damit der Linie des AÜG, entgeltmäßige Verpflichtungen, Leistungen und damit auch Lohnverrechnung und Beitragsabfuhr in der Sphäre des Überlassers zu belassen, um Bürokratie und Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

Sollte jedoch der KV AKÜ wegfallen oder der Beschäftigerbetrieb keinem KV unterliegen, ist davon auszugehen, dass auch Wohlfahrtsmaßnahmen mit Entgeltcharakter überlassenen Arbeitskräften gewährt werden müssten (außer eine Ausnahme wäre sachlich gerechtfertigt).

¹ Eypeltauer, Die Mitwirkung des Betriebsrates an betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen, RdA 1986

3. Das ArbVG regelt die Mitbestimmung des BR bei betriebseigenen Einrichtungen, weil das Unternehmen Mitbestimmung nur einräumen kann, wenn es selbst über Einflussmöglichkeit verfügt. Das AÜG hat zwar die Einschränkung „betriebseigene“ nicht übernommen, ist aber in diesem Sinn auszulegen, weil der Beschäftigte analog der BR-Mitbestimmung den Zugang nur im Rahmen seiner Einflussmöglichkeit verschaffen kann. Wenn ein Drittunternehmen einen Rabatt nur Stammmitarbeitern gewähren will, besteht kein Anspruch des Zeitarbeitnehmers.
4. Schließlich sind sachlich gerechtfertigte Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot zulässig. Zur Frage, was gerechtfertigt ist, schweigen RL und AÜG. Denkbare Ausschlussgründe sind z.B.:

- Der Zugang zu einer Wohlfahrtseinrichtung oder -maßnahme erfordert einen Aufwand, eine Vorbereitung oder Vorlaufzeit. Wenn etwa nur ein kurzfristiger Einsatz beim Beschäftigten vorgesehen ist, müssen bei begrenzter Kapazität wohl keine Plätze in einer Kinderbetreuungseinrichtung oder ähnlichen Einrichtung verschafft werden.
- Auch Wohlfahrtsmaßnahmen, die Betriebstreue belohnen und fördern oder eine Dauerhaftigkeit der Vertragsbeziehung voraussetzen, können wohl grundsätzlich verwehrt werden. Zu denken ist hier an Sozialfonds für Härtefälle oder an vergünstigte Darlehen, die nach OGH ObA 5/87 vom 24. 2. 1987 zwar unter den Begriff der betrieblichen Wohlfahrtseinrichtung fallen, mE aber eher der Entgeltregelung nach § 10 AÜG zuzuordnen sind. Solche Maßnahmen hängen auch nicht unmittelbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung zusammen.
- Auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit darf somit abgestellt werden, allerdings müssten Stammmitarbeiter und überlassene Arbeitskräfte bezüglich der Frist gleichgestellt werden.
- Sind nur Teile der Stammbesellschaft von Wohlfahrtsmaßnahmen erfasst, stößt das Gleichbehandlungsgebot meist ins Leere bzw. ist eine Ausnahme von überlassenen Arbeitskräften umso leichter zu rechtfertigen.

Fazit: Nach § 10 Abs 6 AÜG ist der Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen nach § 95 ArbVG zu gewähren. Der Begriff Wohlfahrtsmaßnahmen ist nicht eindeutig, in dem Fall aber eng auszulegen. Steuerpflichtige Sachbezüge fallen aufgrund ihres Entgeltcharakters nicht darunter. Ob sonstige Leistungen darunter fallen, hängt von ihrem kollektiven Charakter ab. Schließlich verbleibt Spielraum für sachlich gerechtfertigte Ausnahmen.

Anmerkung: Letztlich schafft der Begriff Wohlfahrtsmaßnahme dennoch Rechtsunsicherheit und könnte von einem Gericht auch weiter ausgelegt werden.

- 2.) Ist den überlassenen Arbeitskräften auch Zugang zu Betriebsratsleistungen, die umlagefinanziert eingerichtet wurden, zu gewähren und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

Die überlassenen Arbeitskräfte haben keinen Anspruch auf betriebsumlagefinanzierte Leistungen, da § 10 Abs 6 AÜG nur den Beschäftigten, nicht aber dessen Betriebsrat oder dessen Belegschaft zur Gleichbehandlung verpflichtet. Das wäre auch unsachlich, weil überlassene Arbeitskräfte beim Beschäftigten keine BR-Umlage bezahlen.

- 3.) Welches sind „sachliche Gründe“, die eine Nichtgewährung des Zuganges zu den „Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen rechtfertigen?
Siehe oben

4.) Wie ist ein der überlassenen Arbeitskraft durch den Beschäftiger gewährter Zugang zu einer Wohlfahrtsmaßnahme steuer- und sozialversicherungsrechtlich zu behandeln?

Nach dem unter 1. Ausgeführten fallen steuerpflichtige Sachbezüge nicht unter das Gleichbehandlungsgebot nach § 10 Abs 6 AÜG, sondern unter die Entgeltregelung nach § 10 Abs 1. Ansprüche entstehen hier allenfalls gegenüber dem Überlasser und sind bei diesem der Lohnsteuer und SV zu unterwerfen. Der Beschäftiger muss somit steuerpflichtige Sachbezüge nicht gewähren. Tut er es dennoch, handelt es sich um Entgelte von dritter Seite außerhalb der Sphäre des Überlassers.

5.) Wie ist in den nachstehenden, konkreten Beispielen die Frage zu beurteilen, ob die den Stammmitarbeitern gewährten Leistungen auch überlassenen Arbeitskräften zustehen:

- **Essensgutscheine**, die vom Beschäftiger den Stammmitarbeitern gewährt werden; NEIN, keine Wohlfahrtseinrichtung, sondern Entgeltbestandteil (VwGH 25.5.2005, 2004/08/0015)²
- **Vorsorgeuntersuchungen**, die der Beschäftiger jedem Stammmitarbeiter bis zur Höhe von € 20,- pro Jahr finanziert; Eher JA, ist wohl eine Wohlfahrtsmaßnahme (wenn auch keine -einrichtung); zwar kann es sich auch hier um eine entgeltwerte Leistung handeln; diese hat aber einen Bezug zum Arbeitnehmerschutz, zu dem der Beschäftiger verpflichtet ist;
- **ermäßigte Jahresvignette** für Stammmitarbeiter (betriebsratsumlagefinanziert/nicht betriebsratsumlagefinanziert); in beiden Fällen NEIN, da individuelle Leistung mit Entgeltcharakter; hilfsweise wäre wohl eine Ausnahme von Zeit-AN sachlich gerechtfertigt, da eine Jahresvignette wohl von der Dauerhaftigkeit eines Einsatz abhängig gemacht werden kann;
- **Monatskarte für öffentliche Verkehrsmittel**; NEIN, da individuelle Leistung mit Entgeltcharakter;
- Zinersparnisse bei **Arbeitgeberdarlehen** und Gehaltsvorschuss; NEIN, keine Wohlfahrtseinrichtung/maßnahme, sondern Entgelt, hilfsweise ist hier eine Ausnahme sachlich gerechtfertigt, weil die Natur der Leistung ein dauerhaftes Verhältnis voraussetzt;
- unentgeltliche Zurverfügungstellung eines **Kfz-Abstellplatzes**; JA, falls Firmenparkplatz, der allen Mitarbeitern zugänglich ist; NEIN, wenn es sich um einen Abstellplatz handelt, der einer Person vorbehalten ist (allerdings JA, wenn alle MA einen eigenen Platz haben);
- **Weihnachtsgeschenke**; NEIN; könnte zwar als Wohlfahrtsmaßnahme gesehen werden, hat aber Entgeltcharakter; hilfsweise wäre eine Ausnahme sachlich gerechtfertigt, da hier auf Mitarbeiterbindung abgezielt wird und die Maßnahme nicht mit der Arbeitsleistung zusammenhängt;
- unentgeltliche Zurverfügungstellung von **Mobiltelefonen, Laptops etc.**; JA, wenn notwendiges Arbeitsmittel

² So auch Pöschl, Unterrieder, Novelle zum AÜG - Neue Pflichten für Beschäftiger und Überlasser, ecolex 2012, 999

NEIN, wenn steuerpflichtiger Sachbezug

- **unentgeltliche Verpflegung am Arbeitsplatz** (gratis Obst, Kaffee, Getränke);
mE JA, da nicht personenbezogene Wohlfahrtsmaßnahme
- **Rabattaktionen bei Drittunternehmen;**
mE NEIN, könnte zwar als Wohlfahrtsmaßnahme gesehen werden; eine Pflicht besteht aber allenfalls, wenn der Beschäftigte den Zugang ohne weiteres auch verschaffen kann; das Drittunternehmen wird ja durch § 10 Abs 6 AÜG nicht verpflichtet; hilfsweise wäre auch hier mE eine Ausnahme gerechtfertigt, weil es auch dabei um Mitarbeiter- (bzw. Kunden)bindung geht, was dem Wesen der Leiharbeit widerspricht
- **Rabatt im eigenen Unternehmen**
mE NEIN, weil entgeltwerte Leistung; hilfsweise wäre auch hier mE eine Ausnahme gerechtfertigt, weil es auch dabei um Mitarbeiter- (bzw. Kunden)bindung geht;
- **Zusatzversicherungen;**
NEIN, ist keine Wohlfahrtseinrichtung (OGH 8. 2. 1989, 9 ObA 316/88, OGH 6. 9. 2000, 9 ObA 159/00)
- **Bildschirmbrille;**
JA: Nach § 68 ASchG muss der AN bei Bildschirmarbeit eine Bildschirmbrille tragen. Insofern nicht die GKK die Kosten trägt, muss der AG die Kosten übernehmen. Das trifft den Beschäftigten, der nach § 6 AÜG AG iSd Arbeitnehmerschutzes ist.
- **Weihnachtsfeier**
mE NEIN; ist zwar eine Wohlfahrtsmaßnahme, eine Ausnahme ist aber mE sachlich gerechtfertigt, da sie - im Gegensatz zu Gemeinschaftsverpflegung - auch auf Mitarbeiterbindung abzielt und nicht unmittelbar mit der Arbeitsleistung zusammenhängt;

Weiters sind im Zusammenhang mit der neuen Bestimmung des § 10 Abs 1a (Einbeziehung überlassener Arbeitskräfte in die betriebliche Altersvorsorge des Beschäftigterbetriebes), die mit 1.1.2014 in Kraft tritt, folgende Fragen aufgetreten:

- a.) Sind überlassene Arbeitskräfte, die am 1.1.2014 mehr als 4 Jahre an einen Beschäftigterbetrieb überlassen waren, sofort ab diesem Zeitpunkt in die betriebliche Altersvorsorge einzubeziehen, oder beginnt die 4-Jahresfrist erst ab 1.1.2014 zu laufen?

Überlassene Arbeitskräfte sind sofort mit 1. 1. 2014 einzubeziehen. Weiteres haben wir gefordert, war aber nicht durchsetzbar. Stattdessen gelang es, das Inkrafttreten hier - im Gegensatz zum Rest des Gesetzes - um ein Jahr auf 1. 1. 2014 zu verschieben. Rückwirkend sind Beiträge nicht zu leisten.

- b.) Beginnen Anwartschaftsfristen, die laut betrieblichem Pensionssystem für Stammmitarbeiter gelten, für überlassene Mitarbeiter erst ab 1.1.2014 zu laufen oder sind die Beschäftigungszeiten vor diesem Zeitpunkt mit zu berücksichtigen?

Die Pflicht zur Beitragsleistung beginnt mit 1. 1. 2014, sofern die Voraussetzungen zu diesem Zeitpunkt erfüllt sind. Beschäftigungszeiten vor 1. 1. 2014 zählen somit.