

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Besonderheiten der Arbeitskräfteüberlassung nach Deutschland

KOMPAKT AUF EINEN BLICK

Die Bundesrepublik Deutschland ist einer der wichtigsten Außenhandelspartner Österreichs. Dementsprechend häufig werden auch Arbeitnehmer grenzüberschreitend zwischen diesen beiden Ländern eingesetzt. Trotz Harmonisierung in gewissen Bereichen bestehen gravierende Unterschiede in den beiden Rechtsordnungen. Hinzukommt, dass das deutsche AÜG nun nochmals in wesentlichen Punkten geändert wird. Die wichtigsten Änderungen werden in diesem Merkblatt behandelt, das aufgrund seines Umfangs keinen Anspruch auf Vollständigkeit gewährleisten kann. Sollten daher Fragen offen bleiben, werden wir Sie bei der Lösung dieser jederzeit gerne unterstützen. Im nachfolgenden Text werden die in Österreich gängigen Begriffe des Überlassers und des Beschäftigers verwendet. In Deutschland werden diese als Verleiher und Entleiher bezeichnet.

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; 05 90900 3260

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

? **1. Arbeitskräfteüberlasser X:**
Brauche ich eine besondere Genehmigung, wenn ich Arbeitnehmer nach Deutschland überlassen möchte?

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
Ja, neben der österreichischen Gewerbeberechtigung benötigen Sie für Überlassungen nach Deutschland auch eine Erlaubnis für Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 dAÜG. Diese ist bei der deutschen Bundesagentur für Arbeit zu beantragen, für Österreich ist die Agentur für Arbeit Nürnberg zuständig. Die Erlaubnis ist zunächst auf 1 Jahr befristet. War ein Überlasser in drei aufeinanderfolgenden Jahren in Deutschland erlaubt tätig, kann eine unbefristete Erlaubnis beantragt werden. Nähere Informationen zur Erlaubnis sowie Formulare und Antragsunterlagen finden Sie auf der Homepage der Bundesagentur für Arbeit. (www.arbeitsagentur.de)

? **2. Arbeitskräfteüberlasser X:**
Ich überlasse Arbeitskräfte an einen österreichischen Beschäftigterbetrieb, dieser setzt die Arbeitskräfte dann in Deutschland ein. Brauche ich in diesem Fall auch eine deutsche Genehmigung?

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
Die Frage nach den erforderlichen Gewerbeberechtigungen ist nach dem Territorialitätsprinzip zu beurteilen. Es ist daher insbesondere maßgeblich, auf welchem Staatsgebiet sich der betreffende Sachverhalt abspielt. Wenn ein österreichischer Überlasser österreichische Arbeitskräfte an einen österreichischen Beschäftigterbetrieb überlässt, ist dies zunächst ein rein inländischer Sachverhalt. Erst durch den Einsatz der Arbeitskräfte in Deutschland durch den Beschäftigter kommt eine internationale Komponente hinzu. Die herrschende Ansicht geht, gestützt auf ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt, davon aus, dass keine deutsche Genehmigung erforderlich ist, wenn die Arbeitsleistung des überlassenen Arbeitnehmers in Deutschland der einzige Bezug zu Deutschland ist. Unseres Erachtens ist diese Ansicht zutreffend und nach wie vor gültig. Findet die Überlassung vollständig in Österreich statt und wird der Arbeitnehmer anschließend vom Beschäftigter in Deutschland eingesetzt, ist daher

keine deutsche Genehmigung für die Überlassung erforderlich. Auch die Bundesagentur für Arbeit vertritt diese Meinung. In diesem Fall liegt jedoch eine Entsendung nach Deutschland vor, die Bestimmungen des deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) sind daher zu beachten.

? **3. Arbeitskräfteüberlasser X:**
Gilt das auch für die Überlassung ins Baugewerbe?

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
Hier ist Vorsicht geboten! In Deutschland gibt es ein Verbot der Überlassung ins Baugewerbe in § 1b dAÜG. Die Bundesagentur für Arbeit vertritt in ihrer Geschäftsansweisung zu AÜG (Stand: Jänner 2016) den Standpunkt, dass dieses Verbot der Überlassung ins Baugewerbe auch für Sachverhalte gilt, in denen sowohl Überlasser als auch Beschäftigter ihren Sitz im Ausland haben. Nach dieser Auffassung liegt daher selbst dann eine verbotene Überlassung ins Baugewerbe vor, wenn ein österreichischer Überlasser Arbeitnehmer an einen österreichischen Beschäftigter überlässt und dieser die Arbeitnehmer dann auf einer deutschen Baustelle einsetzt. Es gibt derzeit soweit ersichtlich keine Judikatur zu dieser Thematik. Unseres Erachtens ist fraglich, ob der Standpunkt der Bundesagentur für Arbeit richtig ist. Solange die Bundesagentur aber diese Ansicht vertritt, muss in derartig gelagerten Fällen mit Verwaltungsstrafen wegen einer Ordnungswidrigkeit und einem Entzug der deutschen Verleiherlaubnis gerechnet werden.

? **4. Arbeitskräfteüberlasser X:**
Welches Recht kommt generell zur Anwendung, wenn ich Arbeitskräfte direkt nach Deutschland überlasse?

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
Hier müssen mehrere Aspekte unterschieden werden. Die gewerberechtlichen Voraussetzungen wurden bereits behandelt. Auf den Arbeitsvertrag der Arbeitskraft kommt grundsätzlich das Recht jenes Staates zur Anwendung, in welchem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Im Fall einer Arbeitskraft, die bei einem österreichischen Überlasser angestellt ist, ist

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

dies im Normalfall Österreich. An der Anwendung österreichischen Rechts ändert sich auch dann nichts, wenn der Arbeitnehmer vorübergehend ins Ausland überlassen oder entsendet wird. Eine Überlassung ist grundsätzlich stets vorübergehend, so dass selbst eine lang andauernde Überlassung nach Deutschland nicht zur Anwendung deutschen Rechts führt. Nur wenn der Arbeitnehmer ständig in Deutschland eingesetzt oder nur wegen eines Arbeitseinsatzes in Deutschland aufgenommen wird, ist auch deutsches Recht anzuwenden.

Auf den Überlassungsvertrag zwischen Überlasser und Beschäftigter ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Überlasser seinen Sitz hat. Auf den Überlassungsvertrag ist daher für österreichische Überlasser im Regelfall österreichisches Recht anzuwenden.

Das anzuwendende Recht kann aber auch von den Parteien selbst gewählt werden, eine derartige Rechtswahl ist gegenüber den angeführten Grundsätzen vorrangig. Um die ungewünschte Anwendung ausländischer Rechtsordnungen zu vermeiden, empfehlen wir jedenfalls, in den jeweiligen Verträgen ausdrücklich österreichisches Recht zu vereinbaren. Beim Arbeitsvertrag ist in jedem Fall zu prüfen, ob nicht - ungeachtet einer Rechtswahl - ausländische Normen als sogenannte „Eingriffsnormen“ anzuwenden sind.

? 5. Arbeitskräfteüberlasser X:

Ich habe gehört, dass die Überlassung in Deutschland generell nur höchstens 18 Monate zulässig ist. Stimmt das?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Bei der Beschränkung der Überlassung auf die Höchstdauer von 18 Monaten handelt es sich um einen der Kernpunkte der Novelle des deutschen AÜG, die mit 1.4.2017 in Kraft tritt. Bisher war in § 1 dAÜG nur festgelegt, dass die Überlassung von Arbeitnehmern „vorübergehend“ erfolgt. Mit dem neuen § 1 Abs 1b dAÜG wurde der Begriff der „vorübergehenden Überlassung“ nun konkretisiert. Als Grundsatz gilt, dass der Überlasser einen Arbeitnehmer nicht länger als 18 Monate an denselben Beschäftigter überlassen darf. Wird die Überlassung zu diesem Beschäftigter für mehr als drei Monate unterbrochen, be-

ginnt die Frist neu zu laufen. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch folgende Ausnahmen:

- Im einschlägigen Tarifvertrag oder einer aufgrund dieses getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann eine abweichende Höchstdauer für die Überlassung festgelegt werden. Eine Obergrenze für die Erweiterung der Höchstüberlassungsdauer ist nicht vorgesehen.
- Im Geltungsbereich des Tarifvertrags können abweichende tarifvertragliche Regelungen auch im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Beschäftigten übernommen werden.
- Lässt der Tarifvertrag abweichende Regelungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen („Öffnungsklausel“) zu, können auch nichttarifgebundene Unternehmen davon Gebrauch machen. Hier kann die Überlassungsdauer aber maximal auf 24 Monate erhöht werden.

? 6. Arbeitskräfteüberlasser X:

Die Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung und Werkverträgen bereitet in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten. Gibt es hierzu in Deutschland Besonderheiten die zu beachten sind?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Hinsichtlich der Abgrenzung der Überlassung zu Werkverträgen kommt es durch die dAÜG-Novelle ab 1.4.2017 zu einer drastischen Verschärfung. Der Vertrag zwischen Überlasser und Beschäftigter muss künftig ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet werden (= Kennzeichnungspflicht), der überlassene Arbeitnehmer muss jeweils vor Beginn einer Überlassung namentlich konkretisiert werden (= Konkretisierungspflicht) und der Arbeitnehmer muss vor Beginn der Überlassung darauf hingewiesen werden, dass er als „Leiharbeiter“ eingesetzt wird (= Informationspflicht).

Wird gegen die Kennzeichnungs- und die Konkretisierungspflicht verstoßen, entsteht automatisch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Be-

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

schäftiger. Ein Verstoß gegen die Kennzeichnungs- und/oder die Konkretisierungspflicht (es reicht ein Verstoß gegen eine der beiden Pflichten) hat zudem als Ordnungswidrigkeit ein Bußgeld von bis zu EUR 30.000,- zur Folge. Ein Verstoß gegen die Hinweispflicht kann mit einem Bußgeld bis zu EUR 1.000,- geahndet werden. Zusätzlich droht jeweils der Entzug der AÜG-Erlaubnis.

Bisher konnte sich der Überlasser von den Rechtsfolgen einer verdeckten Arbeitskräfteüberlassung (die als Werkvertrag dargestellt wurde) dadurch befreien, dass er nachträglich eine Verleiherlaubnis vorlegte. Diese Vorgangsweise ist ab 1.4.2017 nicht mehr möglich, zukünftig entsteht im Fall einer verdeckten Arbeitskräfteüberlassung (ebenso wie bei einer mangels Erlaubnis illegalen Überlassung) ein Dienstverhältnis zwischen überlassener Arbeitskraft und Beschäftigter.

? 7. Arbeitskräfteüberlasser X:

Ist eine Kettenüberlassung in Deutschland erlaubt?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Nein! Obwohl es bisher kein ausdrückliches gesetzliches Verbot der Kettenüberlassung in Deutschland gab, war es bereits bisher gelebte Praxis, dass derartige Konstellationen nicht zulässig sind. Mit der dAÜG Novelle wurde dieses Verbot nun auch in den Gesetzestext übernommen. Gemäß § 1 Abs 1 dAÜG ist eine Überlassung nur zulässig, wenn zwischen dem Überlasser und dem Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht.

Da zwischen einem Zwischenüberlasser und dem zu überlassenden Arbeitnehmer kein Arbeitsverhältnis besteht, darf dieser daher den Arbeitnehmer nicht weiterüberlassen. In Österreich sind Kettenüberlassungen hingegen weiterhin erlaubt.

? 8. Arbeitskräfteüberlasser X:

Gibt es auch hinsichtlich der Entlohnung der überlassenen Arbeitnehmer Neuerungen?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Das dAÜG folgt dem Grundsatz des „equal pay“ für überlassene Arbeitnehmer. Demnach stehen dem überlassenen

Arbeitnehmer grundsätzlich die gleichen Arbeitsbedingungen, inklusive Arbeitsentgelt, wie vergleichbaren Arbeitnehmern im Beschäftigterbetrieb zu. Ein Tarifvertrag kann hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichen, § 8 Abs 4 dAÜG beschränkt diese Abweichungsmöglichkeit jedoch ab 1.1.2017 auf die ersten 9 Monate der Überlassung. Nach Ablauf von 9 Monaten hat der Arbeitnehmer daher grundsätzlich dasselbe Entgelt zu erhalten, wie vergleichbare Stammmitarbeiter. Auch hier gilt jedoch, keine Regel ohne Ausnahme:

- Eine Abweichung bis zu 15 Monate ist zulässig, wenn spätestens nach diesem Zeitraum ein Arbeitsentgelt erreicht wird, das der Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Entgelt vergleichbarer Stammmitarbeiter festlegt und
- die stufenweise Heranführung an dieses Entgelt spätestens nach einer Einarbeitungszeit von 6 Wochen beginnt. Wie auch bei der Höchstüberlassungsdauer sind vorherige Überlassungen an denselben Beschäftigter vollständig anzurechnen, sofern zwischen den Überlassungen nicht zumindest drei Monate vergangen sind.

? 9. Arbeitskräfteüberlasser X:

Haben Sie noch einen abschließenden Tipp für Überlassungen nach Deutschland?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

In einer rechtlich komplexen Materie wie grenzüberschreitenden Überlassungen ist es von größter Bedeutung, immer auf dem neuesten Stand zu sein. Die Novelle des deutschen AÜG bringt ab 1.4.2017 umfangreiche Veränderungen. Umso wichtiger ist es, sich ausreichend zu informieren, bevor Arbeitnehmer nach Deutschland überlassen werden. Nur so kann sichergestellt werden, dass alle gesetzlichen Bestimmungen eingehalten und empfindliche Strafen oder gar der Entzug einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung vermieden werden. Lassen Sie sich im Zweifelsfall professionell beraten. Ist der angestrebte Zweck erreicht, dürfen die Daten nicht länger aufbewahrt werden.

EXPERT 108

VERSION 01
2017 - Februar

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

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