



BRUCKMÜLLER

RECHTSANWÄLTE

passion for law

Expert

Besonderheiten der Arbeitskräfteüberlassung in die Baubranche

Ein beachtlicher Teil der Arbeitskräfteüberlassung findet in das Baugewerbe statt.

Neben den allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen der Arbeitskräfteüberlassung gibt es bei derartigen Überlassungen einige Besonderheiten, die zu beachten sind. Im Folgenden erhalten Sie einen Überblick über die wichtigsten Besonderheiten der Überlassung in das Baugewerbe.

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Ich habe gehört, dass es Verbote hinsichtlich der Überlassung von Arbeitskräften in das Baugewerbe gibt. Kann ich von einem solchen betroffen sein?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„Von einem Verbot der Überlassung von Arbeitskräften ins Baugewerbe haben Sie vermutlich im Zusammenhang mit Deutschland gehört. § 1b des deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (dAÜG) sieht nämlich vor, dass Arbeiter nicht in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden überlassen werden dürfen. Es gibt von diesem Verbot Ausnahmen, deren Komplexität würde den Rahmen dieses Merkblatts jedoch sprengen.

In Österreich ist die Überlassung von Arbeitskräften ins Baugewerbe uneingeschränkt zulässig, ein vergleichbares Verbot existiert nicht.“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Gibt es Besonderheiten betreffend die Entlohnung von Arbeitnehmern, die in das Baugewerbe überlassen werden?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„Ja, es gibt in Österreich ein Barzahlungsverbot für Löhne und Gehälter in der Bauwirtschaft. Die Regelung findet sich in § 48 Einkommensteuergesetz (EStG) und lautet wie folgt:

„Geldzahlungen von Arbeitslohn gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 lit. a an zur Erbringung von Bauleistungen nach § 19 Abs. 1a UStG 1994 beschäftigte Arbeitnehmer dürfen nicht in bar geleistet oder entgegengenommen werden, wenn der Arbeitnehmer über ein bei einem Kreditinstitut geführtes Girokonto verfügt oder einen Rechtsanspruch auf ein solches hat.“

Dieses Barzahlungsverbot gilt auch für überlassene Arbeitskräfte im Baubereich. Löhne und Gehälter dieser Mitarbeiter dürfen daher keinesfalls bar ausbezahlt werden, sondern sind auf das Girokonto des Arbeitnehmers zu überweisen. Verstöße gegen dieses Verbot werden als Finanzordnungswidrigkeit mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 5.000,00 geahndet.

Eine weitere Besonderheit gilt es hinsichtlich der Berechnung von Überstundenzuschlägen zu beachten. Grundlage für die Berechnung der Aufzahlung für Überstunden bzw. Mehrarbeit ist der jeweilige kollektivvertragliche Stundenlohn zuzüglich eines fixen Prozentsatzes, der im Kollektivvertrag festgelegt ist.¹ Das gilt auch für Akkord-, Prämien- und sonstige Leistungslöhne. Die Berechnungsgrundlage für Sonntags-, Feiertags-, Nacht- und Schichtarbeit ist hingegen der kollektivvertragliche Stundenlohn ohne prozentuelle Erhöhung.

Die Lohnnebenkosten sind in der Baubranche überdurchschnittlich hoch. Schlechtwetter kann zudem zu einem höheren Anteil an Nichtleistungsstunden führen, womit sich die entstehenden Kosten auf weniger Arbeitsstunden verteilen. Für den Arbeitgeber besonders ungünstig können Einsätze sein, bei denen eine auswärtige Nächtigung erforderlich ist.

Selbst wenn aufgrund der schlechten Wetterlage nur wenige Stunden gearbeitet werden können, gebühren dem Arbeitnehmer Tag- und Nächtigungsgelder zur Gänze. Details zu diesen Themen finden Sie auf der Homepage der Geschäftsstelle der Bundesinnung Bau und des Fachverbandes der Bauindustrie (www.bau.or.at).“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Unterliege ich als Arbeitskräfteüberlasser dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG)?“

Dr. Georg Bruckmüller:

¹ § 2 Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie.

„Ja, bezüglich jener Arbeitnehmer, die zur Überlassung für Tätigkeiten aufgenommen werden, die unter den Anwendungsbereich des BUAG fallen, oder tatsächlich überwiegend zu solchen Tätigkeiten überlassen werden. Das betrifft insbesondere Arbeiter in der Bauindustrie und im Baugewerbe.“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Wie funktioniert diese Abgrenzung?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„Im ersten Fall ist die Abgrenzung noch verhältnismäßig einfach. Hier ist der vertraglich umrissene Inhalt der geschuldeten Tätigkeiten entscheidend, egal, ob diese dann in weiterer Folge auch tatsächlich verrichtet werden. Ist bereits bei der Einstellung klar, dass der Arbeitnehmer vorwiegend für einschlägige Bautätigkeiten herangezogen werden wird, unterliegt das Arbeitsverhältnis also von vornherein dem BUAG. Wird ein solcher Arbeitnehmer vorübergehend in einen anderen Bereich überlassen (zB Tischlerbetrieb), ändert dies nichts an der Anwendbarkeit des BUAG.

Ebenso begründet ein kurzer Einsatz im Baubereich aber noch keine BUAG-Pflicht, wenn der Arbeitnehmer für andere Tätigkeiten eingestellt wurde und ansonsten auch stets für solche eingesetzt wird. Die BUAG-Pflicht wird in diesen Fällen erst dann begründet, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich überwiegend zu einschlägigen Tätigkeiten eingesetzt wird. Ab wann eine Tätigkeit als überwiegend angesehen werden kann, lässt der Gesetzgeber offen. Die Abgrenzung anhand der tatsächlich überwiegenden Tätigkeit bereitet also schon deutlich mehr Schwierigkeiten. Hier kann die Zuordnung erst anhand einer Betrachtung im Nachhinein genau vorgenommen werden. Der Arbeitgeber muss aber anhand der ihn treffenden Meldepflicht vorweg entscheiden, welche Dienstnehmer bei der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) zu melden sind. Es trifft ihn somit auch das Risiko einer Fehleinschätzung, die zu einer oft komplizierten Rückabwicklung führt.“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Wie kann man nun diese Entscheidung treffen, welche Arbeitnehmer bei der BUAK zu melden sind und welche nicht?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„Eine Entscheidungshilfe kann immer nur die Abwägung bieten, für welche Geschäftspartner Arbeitskräfte benötigt werden. Sind dies Firmen iSd § 2 BUAG, ist im Zweifel von einer Zuschlagspflicht auszugehen.

Die Abgrenzung der überwiegenden Tätigkeit hat immer unter Bezugnahme auf jeden einzelnen Arbeitnehmer zu erfolgen. Nicht entscheidend ist, ob die überwiegende Zahl der Arbeitnehmer eines Arbeitskräfteüberlassers in die Baubranche überlassen werden. Für das Kriterium des Überwiegens ist dabei auf das Arbeitsverhältnis des jeweiligen Arbeitnehmers als Ganzes und nicht auf die einzelne Überlassung abzustellen.“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Was genau regelt das BUAG?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„Das BUAG regelt Ansprüche betreffend Urlaub, Abfertigung, Winterfeiertage und Überbrückungsentgelt für die unterstellten Arbeitnehmer. Um die Ansprüche der Arbeitnehmer auszahlen zu können, werden für die verschiedenen Sachbereiche Zuschläge eingehoben.“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Muss ich als Überlasser die Zuschläge selbst abführen?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„Nicht zwingend. Nach der Bestimmung des § 21a BUAG haben Beschäftigerbetriebe die Möglichkeit, die BUAK-Zuschläge für überlassene Arbeitskräfte (die eigentlich der Überlasser zu entrichten hätte) direkt an die BUAK zu bezahlen.

Macht der Beschäftiger von dieser Möglichkeit Gebrauch, entstehen folgende Rechtsfolgen:

- Die Zahlung hat für den Beschäftiger gegenüber dem Überlasser schuldbefreiende Wirkung und mindert im Ausmaß der geleisteten Zuschläge das dem Überlasser zu leistende Überlassungsentgelt.
- Die Zahlung hat für den Beschäftiger haftungsbefreiende Wirkung. Das heißt, dass die Haftung nach § 14 AÜG im Ausmaß der geleisteten Zahlung an die BUAK entfällt.²

² Nach § 14 AÜG haftet der Beschäftiger für die gesamten der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigung in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche und die entsprechenden

- Die Zahlung durch den Beschäftiger erfolgt zugunsten des Überlassers. Die Zahlungsverpflichtung des Überlassers gegenüber der BUAK wird im Ausmaß der geleisteten Zahlung gemindert.

Wenn der Beschäftiger beabsichtigt, die Lohnzuschläge für überlassene Arbeitnehmer zu entrichten, hat der den Überlasser darüber zu informieren. Der Überlasser erhält die Information über den zu seinen Gunsten erfolgten Zahlungseingang auch bei der BUAK.

EMPFEHLUNG: Beschäftiger und Überlasser sollten sich hinsichtlich der Zuschlagsentrichtung abstimmen und allenfalls auch vertraglich festhalten, von wem die Zuschläge entrichtet werden sollen.“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Gilt das BUAG auch für Entsendungen nach bzw die Beschäftigung zu einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„Das BUAG entfaltet gemäß § 33d BUAG auch Wirkung auf Arbeitnehmer, die keinen gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich haben, jedoch von ihrem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung oder im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entsandt werden. Gemäß den §§ 33e und 33f haben diese Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlten Urlaub sowie Urlaubsentgelt nach Abschnitt II des BUAG.“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Ich habe gehört, dass es für Bauarbeiter ein besonderes Überbrückungsgeld vor Pensionsantritt gibt. Betrifft mich das auch als Arbeitskräfteüberlasser?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„In der Tat. Der Anspruch auf Überbrückungsgeld ist in § 13I BUAG geregelt. Mit dieser monatlichen Leistung sollen langjährige Bauarbeiter unterstützt werden, denen es nicht möglich ist, bis zum Pensionsantritt durchzuarbeiten. Wenn die Voraussetzungen erfüllt werden, können die betroffenen (auch überlassenen) Arbeitnehmer für bis zu 18 Monate

Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung sowie für die Lohnzuschläge nach dem BUAG als Bürge. Damit soll sichergestellt werden, dass die überlassene Arbeitskraft und die SV-Träger auch dann die ihnen zustehenden Entgelte bzw Beiträge erhalten, wenn der Überlasser seine Zahlungspflicht nicht erfüllt.

Überbrückungsgeld kassieren. Damit ein solcher Anspruch besteht, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Vollendung des 58. Lebensjahres
- Zumindest 520 Beschäftigungswochen in BUAG-pflichtigen Arbeitsverhältnisses nach Vollendung des 40. Lebensjahres
- Zumindest 30 Beschäftigungswochen in BUAG-pflichtigen Arbeitsverhältnissen nach Vollendung des 56. Lebensjahres
- Aufrechter Anspruch auf eine Alterspension im Anschluss an das Überbrückungsgeld
- Kein aufrechtes Dienstverhältnis

Erfüllt der Arbeitnehmer die Voraussetzungen für den Bezug eines Überbrückungsgeldes, bleibt aber dennoch länger in der Baubranche tätig, hat er die Möglichkeit, anstelle des Überbrückungsgeldes eine einmalige Überbrückungsabgeltung zu beziehen. Um eine Motivation für Arbeitgeber zu schaffen, ältere Arbeitnehmer länger zu beschäftigen, erhält auch der Arbeitgeber eine Überbrückungsabgeltung. Die Abgeltung beträgt für den Arbeitnehmer 50 % des ansonsten zustehenden Überbrückungsgeldes, für Arbeitgeber 30 % dieser Bemessungsgrundlage.“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Welche Konsequenzen drohen, wenn ich es als Arbeitgeber verabsäume, einen Arbeitnehmer zur BUAK anzumelden?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„Für die Nichteinhaltung der Meldepflicht³ enthält § 27 BUAG ein eigenes Verfahren zur nachträglichen Einbeziehung in das System der BUAK. Verletzt der Arbeitgeber die Meldepflicht mindestens drei Zuschlagszeiträume hindurch, erfolgt die Einbeziehung in das System der Urlaubs- und Abfertigungskasse. Der Arbeitgeber ist zur Entrichtung der Zuschlagsleistungen ab dem Zeitpunkt der Einbeziehung verpflichtet, er muss diese also nachzahlen.

Diese Nachverrechnung von Beschäftigungsverhältnissen unterliegt jedoch zeitlichen Grenzen. Für den Sachbereich des Überbrückungsgeldes beispielsweise wird grundsätzlich der Zeitraum ab Begründung des Arbeitsverhältnisses einbezogen. Eine Einbeziehung darf allerdings nicht länger als sieben Jahre vor dem Zeitpunkt der Zustellung der Einbeziehungsinformation erfolgen. Mitunter kann der Arbeitgeber – sofern die

³ § 22 BUAG.

Versicherungszeiten aufgrund Verjährung nicht mehr einbezogen werden können – auch nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen schadenersatzpflichtig werden.⁴

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Gibt es noch etwas, das ich als Arbeitskräfteüberlasser in Bezug auf das BUAG beachten muss?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„Der Dienstzettel muss klarstellen, ob das BUAG für das betreffende Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommt.⁵ Die überlassene Arbeitskraft soll nämlich in Kenntnis sein, ob sie den speziellen Regelungen für die Baubranche unterliegt oder nicht.“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Gibt es zum Thema Lohn- und Sozialdumping besondere Bestimmungen für die Überlassung in das Baugewerbe?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„In § 9 LSD-BG findet sich eine eigene Haftungsbestimmung für den Baubereich. Bei grenzüberschreitenden Überlassungen ins Baugewerbe kommt diese Bestimmung entsprechend der ausdrücklichen Anordnung in § 9 Abs 9 LSD-BG zur Anwendung, § 14 AÜG ist diesfalls nicht anzuwenden. Bei inländischen Überlassungssachverhalten bleibt hingegen § 14 AÜG anwendbar.“

Vorgesehen ist hier eine Haftung des Auftraggebers für Ansprüche auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gebührende Entgelt der entsandten oder grenzüberschreitend überlassenen Arbeitnehmer seines Auftragnehmers. Der Anspruchsberechtigte kann also direkt den Auftraggeber in Anspruch nehmen. Die Haftung ist aber an einige Voraussetzungen geknüpft:

- Der Arbeitnehmer muss binnen 8 Wochen nach Fälligkeit des Entgelts die BUAK über die offene Forderung informieren.

⁴ Hier ist dann die allgemeine dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 1489 ABGB, welche in dem Zeitpunkt, in welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Schädigers hat, zu laufen beginnt.

⁵ Das ergibt sich aus § 11 Abs 1 Z 13 AÜG: Die Vereinbarung muss, sofern der Arbeitnehmer dem BUAG unterliegt, die Anschrift der BUAK enthalten.

- Die Information muss Angaben zum Arbeitgeber, dem Arbeitsverhältnis, den Ort und die Zeit der erbrachten Arbeitsleistungen sowie die Art der Tätigkeit umfassen.
- Die BUAK muss nach Erhebungen den Auftraggeber schriftlich über die geltend gemachte Forderung informieren.
- Das ausstehende Entgelt darf weder verfallen noch verjährt sein.

Die Haftung wird mit der schriftlichen Information des Auftraggebers durch die BUAK begründet, ab diesem Zeitpunkt kann der Auftraggeber die Leistung des Werklohns verweigern.

§ 10 LSD-BG sieht zudem eine Haftung des Generalunternehmers vor, der einen Auftrag entgegen den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVergG) weitergibt. Der Generalunternehmer haftet in diesem Fall für das gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt der vom Subunternehmer eingesetzten Arbeitnehmer.“

Arbeitskräfteüberlasser X:

„Beschäftiger treten manchmal mit dem Wunsch an uns heran, anstatt einer Arbeitskräfteüberlassung einen Werkvertrag abzuschließen. Worauf muss ich achten?“

Dr. Georg Bruckmüller:

„Von derartigen Konstellationen hören wir häufig, Arbeitnehmer sollen auf einer Baustelle eingesetzt werden und es ist unklar, ob ein Werkvertrag vorliegt oder Arbeitskräfteüberlassung. Hierbei ist die klare Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung von großer Bedeutung, da unterschiedliche Gesetze anzuwenden sind und bei einer falschen Beurteilung das Risiko von Unterentlohnungen groß ist. Die Abgrenzung ist in der Praxis oft schwierig, da die Grenze fließend ist. Bei einem Werkvertrag schuldet der Werkunternehmer einen bestimmten Erfolg (zB die Errichtung eines Hauses), der Arbeitskräfteüberlasser stellt hingegen Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung im Beschäftigterbetrieb zur Verfügung.

§ 4 Abs 2 AÜG legt für vier Fälle ausdrücklich fest, dass Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Die Bestimmung lautet:

„Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

- 1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder*
- 2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder*
- 3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder*
- 4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.“*

Es genügt, wenn auch nur einer der vier angeführten Tatbestände erfüllt ist, um von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen. Entscheidend ist letztlich nicht, wie der Vertrag bezeichnet wird, sondern der wahre wirtschaftliche Gehalt, wie das Vertragsverhältnis also tatsächlich gelebt wird.

EMPFEHLUNG: Eine klare vertragliche Regelung ist dennoch unerlässlich. Im Zweifelsfall sollte der Rat eines Anwalts eingeholt werden, um Risiken zu minimieren.“

© Autor: RA Dr. Georg Bruckmüller, Univ.-Lektor
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlassener
Bruckmüller RechtsanwaltsGmbH
Landstraße 50, 4020 Linz / Grünangergasse 8, 1010 Wien
Linz: 0043-732 77 55 44-0 / Wien: 0043-1 5123798
team@bruckmueller-law.at / www.bruckmueller-law.at