

EXPERT 110

VERSION 01
2017 - Juni

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Abgrenzungsfragen bei Mischbetrieben

KOMPAKT AUF EINEN BLICK

In der Praxis hat sich gezeigt, dass es eine Vielzahl von Gewerbeunternehmen gibt, die neben ihrer Haupttätigkeit, etwa als metallverarbeitender Betrieb, auch noch Arbeitskräfteüberlassung anbieten. Bei diesen Betrieben ergibt sich eine ganze Reihe von rechtlichen Fragen, die wir im Rahmen dieses Merkblattes beantworten wollen.

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@vko.at: 05 90900 3260

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

? 1. Arbeitskräfteüberlasser X:

Wir sind ein metallverarbeitendes Unternehmen, werden aber oft damit konfrontiert, dass unsere Auftraggeber aus kalkulatorischen Gründen lediglich einen Stundensatz für unsere Arbeitnehmer bezahlen wollen. Ist das schon Arbeitskräfteüberlassung?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Grundsätzlich ist es unbedenklich, wenn ein Werkvertrag pro Arbeitsstunde abgerechnet wird. Im Projektgeschäft, insbesondere im Baubereich werden regelmäßig neben dem Hauptauftrag für ein Gewerk für unerwartete Nebenleistungen Regiestundensätze vereinbart und auf Basis der geleisteten Stunden abgerechnet. Es kommt auf den Inhalt der Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer an, ob Überlassung oder ein Werkvertrag vorliegt. Eine Verrechnung pro Stunde kann auf das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung hindeuten.

? 2. Arbeitskräfteüberlasser X:

Auf was müssen wir bei derartigen Verrechnungen als metallverarbeitender Betrieb achten?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Es ist von ganz wesentlicher Bedeutung zu erkennen und klar zu trennen, ob man seine Leistungen auf Basis eines Werkvertrages oder eines Arbeitskräfteüberlassungsvertrages anbietet oder erbringt. Der Spielraum für die rechtliche Einordnung ist sehr gering, da die Höchstgerichte OGH und VwGH gerade in letzter Zeit die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung oft zu prüfen hatten. Die Gerichte gehen von einem strengen Maßstab bei der Beurteilung aus, da eine Umgehung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) verhindert werden soll. Arbeitnehmer, die überlassen werden, kommt der besonderer Schutz des AÜG zugute.

? 3. Arbeitskräfteüberlasser X:

Auf was kommt es bei der Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag an?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Bei der Beurteilung, ob eine Arbeitskräfteüberlassung

vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Es ist daher einerseits erforderlich, dass der Werkvertrag so professionell gestaltet ist, dass dieser nicht von vornherein als Arbeitskräfteüberlassung angesehen werden muss. Andererseits hilft auch der beste Vertrag nichts, wenn die Vertragsparteien in Wahrheit Arbeitskräfteüberlassung praktizieren, also die tatsächlichen Verhältnisse vom Vertrag abweichen. Wenn bereits eines der Merkmale in § 4 Abs. 2 AÜG vorliegt, ist das AÜG anzuwenden - ungeachtet dessen, ob die Vertragsparteien einen Werkvertrag abgeschlossen haben.

? 4. Arbeitskräfteüberlasser X:

Heißt das, dass das AÜG auch auf unser Unternehmen anzuwenden ist, obwohl wir gar kein gewerblicher Arbeitskräfteüberlasser sind?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Ja. Auf das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung kommt es bei der Beurteilung, ob das AÜG anzuwenden ist, nicht an. Selbst wenn Sie keine Gewerbeberechtigung hätten, ist das AÜG für Sie voll anwendbar, wenn Sie tatsächlich Arbeitskräfte an andere (Beschäftigter) überlassen. Wenn daher das AÜG anzuwenden ist, sind für die überlassenen Arbeitskräfte auch die Beiträge an den Sozial und Weiterbildungsfonds (SWF) gemeinsam mit den übrigen Abgaben zur Sozialversicherung an die zuständige Gebietskrankenkasse abzuführen und etwa die Meldepflichten nach § 13 AÜG (Stichtagserhebung) vom Überlasser zu beachten. Zu prüfen ist stets, ob nicht eine Ausnahme im Sinne des § 1 AÜG, etwa eine vorübergehende Konzernüberlassung oder vorübergehende Überlassung zwischen zwei NichtArbeitskräfteüberlassern vorliegt. Dann sind nicht alle Bestimmungen des AÜG anzuwenden.

? 5. Arbeitskräfteüberlasser X:

Ab wann brauche ich eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Dies ist aufgrund der Gewerbeordnung zu beurteilen. Wenn eine Tätigkeit gewerbmäßig ausgeübt wird, ist

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

auch eine entsprechende Gewerbeberechtigung erforderlich. Von einer gewerbsmäßigen Tätigkeit geht man dann aus, wenn diese selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder einen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Bei der Arbeitskräfteüberlassung handelt es sich um ein reglementiertes Gewerbe, welches an einen Befähigungsnachweis gebunden ist. Wenn Sie daher Arbeitskräfte - wenn auch nur gelegentlich - überlassen, so benötigen eine solche Gewerbeberechtigung.

? 6. Arbeitskräfteüberlasser X:

Wenn ich im Rahmen unseres metallverarbeitenden Betriebes gelegentlich Arbeitnehmer überlasse, brauche ich eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung und muss das AÜG beachten. Muss ich auch den Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung beachten?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Das kommt darauf an. Welcher Kollektivvertrag auf ein Arbeitsverhältnis anzuwenden ist, hängt von der Gewerbeberechtigung des Arbeitgebers ab. Verfügt ein Arbeitgeber über eine einzige Gewerbeberechtigung und ist von der Fachorganisation für dieses Gewerbe ein Kollektivvertrag abgeschlossen, so hat der Arbeitgeber diesen Kollektivvertrag auf alle bei ihm beschäftigten ArbeitnehmerInnen anzuwenden.

Wenn Sie über mehrere Gewerbeberechtigungen (z.B. Metallgewerbe und Arbeitskräfteüberlassung) verfügen, gilt für jeden einzelnen Wirtschaftsbereich der zur jeweiligen Gewerbeberechtigung passende Kollektivvertrag. Dies setzt aber voraus, dass der Betrieb in Betriebssteile oder in organisatorisch und fachlich abgegrenzte Betriebsabteilungen strukturiert ist. Es ist daher zu klären, ob aufgrund ihrer Betriebsorganisation von einer mehrfachen Kollektivvertragsangehörigkeit auszugehen ist. Unter diesen Voraussetzungen haben Sie für die Arbeitnehmer, die Sie überlassen, den Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung anzuwenden. Für jene ArbeitnehmerInnen, die im Betriebssteil „Metalltechnik“ arbeiten, ist hingegen der Kollektivvertrag für das Metallgewerbe anzuwenden.

? 7. Arbeitskräfteüberlasser X:

Welchen Kollektivvertrag schreibe ich dann in den Dienstvertrag der Arbeitskraft?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Wenn Sie verschiedene Betriebssteile haben, dann erhält jeder Arbeitnehmer eine dem Betriebssteil entsprechenden Dienstvertrag, aus dem sich der jeweils anzuwendende Kollektivvertrag ergibt. Bei einem allfälligen dauerhaften Wechsel in einen anderen Betrieb, müsste mit dem Mitarbeiter eine Anpassung vereinbart werden.

? 8. Arbeitskräfteüberlasser X:

Aufgrund unserer Betriebsgröße haben wir eine solche organisatorische Trennung nicht. Es lässt sich auch eine solche nicht umsetzen, weil Mitarbeiter manchmal als überlassene Arbeitskräfte unseres Kunden zur Verfügung gestellt werden und manchmal im Rahmen von Werkverträgen tätig werden.

! Dr. BRUCKMÜLLER:

In diesem Fall liegt ein sogenannter Mischbetrieb vor. Darunter versteht man einen Betrieb mit mehreren Gewerbeberechtigungen, wobei die Bereiche nicht fachlich und organisatorisch getrennt sind. Trotz Vorliegens mehrerer Gewerbeberechtigungen kommt nur ein Kollektivvertrag zur Anwendung. Anzuwenden ist jener Kollektivvertrag, der für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat.

? 9. Arbeitskräfteüberlasser X:

Was versteht man unter maßgeblicher wirtschaftlicher Bedeutung? Worauf kommt es da an?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Zu beurteilen ist, welcher Wirtschaftszweig den Betrieb prägt. Bei der Frage nach dem Kerngeschäft Ihres Unternehmens ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen. Kriterien wie Umsatz, Gewinn, Betriebsmitteleinsatz, Ertragskomponenten, Anzahl der eingesetzten Arbeitskräfte, Produktionsvolumen oder die Zusammensetzung des Kundenkreises, mitunter auch das äußere Erscheinungsbild des Betriebes können von Bedeutung sein.

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Wenn ein Sektor nur von geringer wirtschaftlicher Bedeutung ist, ist lediglich der Kollektivvertrag des dominierenden Gewerbes maßgeblich.

? 10. Arbeitskräfteüberlasser X:

Heißt das, dass wir uns an die Kollektivverträge, die für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung gelten, unter diesen Umständen nicht halten müssen?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Das trifft zu. Allerdings ist zu beachten, dass Sie sehr wohl die Gewerbeordnung sowie das AÜG, insbesondere die Entlohnungsbestimmungen des § 10 AÜG zu beachten haben. Vorsicht ist in jedem Fall geboten. Wer den falschen Kollektivvertrag anwendet, riskiert eine durch die falsche Anwendung des Kollektivvertrages eine Unterentlohnung im Sinne des LSDBG (Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz). Dann drohen erhebliche Verwaltungsstrafen. Daneben können auch Arbeitnehmer wegen der falschen Anwendung des Kollektivvertrages klagen. Bei GPLAPrüfungen können erhebliche Nachzahlungen entstehen. Eine Unterentlohnung im Sinne des LSD-BG ist auch eine unlautere Geschäftspraktik im Sinne des § 1 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb). Mischbetrieben ist daher eine sorgfältige rechtliche Prüfung bei der Anwendung eines Kollektivvertrages dringend zu raten.

? 11. Arbeitskräfteüberlasser X:

Wenn wir als Mischbetrieb für eine/n ausländischen Arbeitnehmer/in eine Beschäftigungsbewilligung erhalten haben, kann ich dann allenfalls die Arbeitskraft im Rahmen einer Überlassung an einen Dritten zur Verfügung stellen?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Eine Arbeitskräfteüberlassung kommt aus folgenden Gründen nicht in Betracht: Eine Beschäftigungsbewilligung unterliegt den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG). Eine solche wird auf Antrag des Arbeitgebers erteilt, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt und wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen

nicht beeinträchtigt werden. Daneben bestehen auch noch eine ganze Reihe von anderen Voraussetzungen. Eine Beschäftigungsbewilligung ist für einen Arbeitsplatz zu erteilen und gilt für den politischen Bezirk, in dem der Beschäftigungsort liegt. Wird ein Ausländer länger als eine Woche auf einem anderen - von der Beschäftigungsbewilligung nicht erfassten Arbeitsplatz eingesetzt, ist eine neue Beschäftigungsbewilligung erforderlich.