

Stellungnahme I/2011 zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie

I. Zu § 10 AÜG:

1. *Schindler in RdA 2009, 176* ist der Auffassung, dass unter dem Begriff wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen hinsichtlich des Entlohnens auch Betriebsvereinbarungen, Vertragsschablonen und auch die betriebliche Übung unter dem Begriff wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne des Art. 3 Abs 1 lit f RL zu subsumieren seien. Daraus leitet dieser ab, dass ein Umsetzungsbedarf hinsichtlich des § 10 AÜG besteht, sofern nicht eine Ausnahmemöglichkeit im Sinne Art 5 RL geschaffen wird.

Zentrale Frage ist, was unter „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“, die im entleihenden Unternehmen gelten, zu verstehen ist. Nachdem der Begriff „sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“ einerseits unbestimmt ist und andererseits terminologisch dem österreichischen Arbeitsrecht fremd ist, ist eine Einsichtnahme anderssprachiger Fassungen der Richtlinie vorzunehmen. Die englische Fassung des Art 3 Abs 1 lit f AÜG lautet:

„basic working and employment conditions“ means working and employment conditions laid down by legislation, regulations, administrative provisions, collective agreements and/or binding general provisions in force in the user undertaking relating to:

(i) the duration of working time, overtime, breaks, rest periods, night work, holidays and public holidays;

(ii) pay.¹

Nachdem die Richtlinie nicht nur für private Unternehmen sondern auch für öffentliche Unternehmungen gilt (siehe Art 1 Abs 2) war es erforderlich, „verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art“ in eine weite Definition aufzunehmen. Unter verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art, die in entleihenden Unternehmen gelten, fallen Mindestlohtarife und Satzungen.² Der Begriff „general provisions“ spricht meines Erachtens klar gegen die Einbeziehung einer betrieblichen Übung. Dass der Richtlinien gesetzgeber bei sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art keine Betriebsvereinbarungen erfassen wollte, könnte auch daraus geschlossen werden, dass Art 3 Abs 1 lit f der Richtlinie auf die Geltung im entleihenden Unternehmen und nicht etwa auf den Betrieb eines entleihenden

¹ Directive 2008/104/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 19 November 2008 of temporary agency work.

² Vergleichen Abschnitt. IX Abs. 3 „ÜberlassungslohnKV – AKÜ“.



Unternehmens abstellt. Um diesen Ansatz zu stützen, müsste man ermitteln, welche sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art es EU-weit gibt, die die Dauer der Arbeitszeit, Überstunden etc. sowie das Arbeitsentgelt regeln.

Die Problematik zeigt sich auch darin, dass Betriebsvereinbarungen nicht durch die in Art 3 Abs 1 lit f der Richtlinie genannten Punkte wie Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage und Arbeitsentgelt beziehen, sondern darüber hinaus auch andere Punkte beinhalten.

Würden dann die in Art. 3 Abs 1 lit f der Richtlinie aufgezählten Punkte auch für überlassene Arbeitskräfte gelten oder nur die dort genannten Punkte?

Ihren Überlegungen hinsichtlich der Unterscheidung in freie Betriebsvereinbarungen und Betriebsvereinbarungen mit normativer Wirkung ist vollinhaltlich zu folgen.

2. Gegen das Abstellen auf die Ebene der Betriebsvereinbarung sprechen noch praktische Überlegungen.

Beschäftiger und auch deren Betriebsräte weigern sich häufig Betriebsvereinbarungen oder schriftliche Vereinbarungen über die Entgelthöhe den Überlassern auszuhändigen. Oft werden Informationen dem Überlasser nicht mitgeteilt. Dies führt dazu, dass Überlasser in der Praxis häufig ein Risiko eingehen, wenn im Nachhinein überlassene Arbeitskräfte das Vorliegen einer Betriebsvereinbarung oder einer schriftlichen Vereinbarung im Beschäftigerbetrieb behaupten und dann den erhöhten Referenzzuschlag geltend machen.

Es ist in zahlreichen Industrieunternehmungen oft unklar ob und welche Betriebsvereinbarungen tatsächlich in Kraft sind. Gerade bei Konzernverschmelzungen, Spaltungen und Einbringungen von Unternehmungen in andere kann selbst von Personalleitern nicht gesagt werden, ob und welche Betriebsvereinbarung für welchen Betrieb im Unternehmen gilt. Einen diesbezüglichen Musterprozess führen wir gerade. Während der Personalleiter des namhaften Industriebetriebs die Geltung einer Betriebsvereinbarung in Abrede gestellt hat, ging der Betriebsrat von der Wirksamkeit dieser aus.

Weiters gibt es eine Reihe von Unternehmungen, welche Betriebsvereinbarungen nebeneinander gelten, die jedoch teilweise überschneidende Inhalte regeln. Daneben gibt es auch eine Reihe von Ungleichbehandlungen die sich aus der Aufkündigung von Betriebsvereinbarungen ergeben. Für „ältere“ Stammmitarbeiter wird eine aufgekündigte Betriebsvereinbarung nachwirken, für neuhinzutretende Arbeitnehmer nicht.

Auch die mangelnde Qualität vieler Betriebsvereinbarungen spricht gegen deren Einbeziehung in § 10 AÜG. Wir hatten gerade den Fall, dass in einer Betriebsvereinbarung eine „SEG-Zulage“ vorgesehen war, die jedoch sozialversicherungsrechtlich nicht als solche anerkannt wurde, weil diese unabhängig von den jeweiligen Arbeitsbedingungen ausbezahlt wurde.



Insbesondere würde der im Kollektivvertrag vorgesehene Referenzzuschlag obsolet. Die von der Gewerkschaft als einsatzunabhängige Einstufung gemäß KV-AKÜ lässt sich nicht mehr aufrecht erhalten, da Mitarbeiter beim Beschäftiger stets nur aufgrund der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit entlohnt werden.

Ich halte es daher für zweifelhaft, dass unter „general provisions inforce“ Betriebsvereinbarungen fallen.

3. Als weiteres Argument gegen die seitens der Gewerkschaft gewünschte Einbeziehung von Betriebsvereinbarungen spricht die beabsichtigte Änderung des AÜG in Deutschland. Am 28.12.2010 hat die deutsche Regierung einen Gesetzesentwurf vorgelegt. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung „erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ sieht in § 10 Abs 4 dAÜG folgende Fassung vor:

„Der Verleiher ist verpflichtet, den Leiharbeitnehmern für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen, einschließlich des Arbeitsentgelts, zu gewähren. Soweit auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag abweichende Regelungen trifft (§ 3 Abs 2 Nr. 3, § 9 Nr. 2) hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 2, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen, einschließlich des Arbeitsentgelts, zu gewähren.“

Daraus folgt, dass das dAÜG nur dann eine Equal Pay Bezahlung vorsieht, wenn im Betrieb des Verleihers (Überlasser) kein Tarifvertrag anzuwenden ist.

Eine Notwendigkeit, die Entlohnung an deren Beschäftigerbetrieb geltenden Betriebsvereinbarungen zu orientieren, wird in Deutschland nicht gesehen, obwohl die Änderungen im dAÜG ebenfalls der Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie dient.

4. Zum Vorschlag des Fachverbandes im Zusammenhang mit § 10 Abs 1 AÜG:

Die Formulierung, wonach die Arbeitskraft einen Anspruch auf ein angemessenes Entgelt, welches in den Kollektivverträgen, denen der Überlasser unterworfen wird, festgelegt wird, beinhaltet unseres Erachtens, dass die Entlohnung von überlassenen Arbeitskräften davon abhängig ist, welcher Kollektivvertrag im Beschäftigerbetrieb anzuwenden ist. Bei sogenannten Mischbetrieben ist es denkbar, dass aufgrund der untergeordneten Ausübung von Arbeitskräfteüberlassung ein anderer Kollektivvertrag anzuwenden ist (zB Metall- Gewerbe). Während bislang der Beschäftigterkollektivvertrag während der Überlassung maßgeblich war, ist nach diesem Entwurf ausschließlich der Überlasser-KV maßgeblich. In – wenn auch eingeschränktem – Ausmaß, ist daher die Entlohnung von überlassenen Arbeitskräften während der Überlassung nicht gleich. Im Regelfall ist jedoch der KV-



AKÜ oder der für Angestellte geltende Kollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe in der Dienstleistung, Information und Consulting anzuwenden.

Durch diese Regelung entsteht ein Druck auf den Abschluss eines Kollektivvertrages. Sollte keine Einigung im Rahmen der Kollektivvertragsverhandlungen erzielt werden können oder ein Kollektivvertrag aufgekündigt werden, gilt Satz 2 des Entwurfes, wonach dann auf das zu zahlende kollektivvertragliche AÜG oder gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen ist. Aus § 10 Abs 1 Satz 2 AÜG folgt meines Erachtens auch ein Anpassungsbedarf in den anzuwendenden Kollektivverträgen, da eine Differenzierung hinsichtlich der Entlohnung sich derzeit lediglich aus den unterschiedlichen Beschäftigterkollektivverträgen ergibt, während ein einheitliches Entgelt dazu führen würde, dass AKÜ aufgrund des zu zahlenden Lohns nicht mehr nachgefragt werden würde.

Der Vorschlag von Satz 2 ist unseres Erachtens dahingehend abzuändern, dass bei fehlender Kollektivvertragsunterworfenheit nicht auf das kollektivvertraglich oder gesetzlich festgelegte Entgelt sondern auf das **Mindestentgelt** bedacht zu nehmen ist. Dies verhindert die Einbeziehung von ISt-Löhnen, Einmalzahlungen, etc.

II. Zu § 1 AÜG:

Die Ergänzung „...und gilt unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis sonst anzuwendenden Rechtes auch für aus dem europäischen Wirtschaftsraum (EWR) oder aus Drittstaaten überlassene Arbeitskräfte“ ist entbehrlich und missverständlich. Missverständlich deswegen, weil das AÜG auch für ausländische Arbeitgeber (Überlasser) gilt. Grundsätzlich ist von einem Territorialitätsprinzip auszugehen. Dies bedeutet, dass das AÜG für die Beschäftigung von allen in Österreich eingesetzten überlassenen Arbeitskräften anzuwenden ist und auch auf alle in Österreich tätigen Arbeitskräfteüberlasser.

Die in diesem Punkt versuchte Internationalisierung des AÜG findet sich auch in § 3 Abs 3 Z 1, Z 2 und Z 3 AÜG, in welchen jeweils die Worte „im Inland“ ergänzt werden. Auch davon ist aus Verständnisgründen abzuraten, weil nicht klar ist, was mit einer „Überlassung von Arbeitskräften im Inland“ gemeint ist. Bei grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung stellt sich daher die Frage, ob von diesen Formulierungen die Überlassung vom Ausland in das Inland und/oder die Überlassung von Inland in das Ausland in den eingeschränkten Anwendungsbereich des § 1 Abs 3 AÜG fallen sollen. Aus dem Gesichtspunkt des internationalen Privatrechtes sowie der Rom I-Verordnung ist die vertragscharakteristische Leistung die der jeweilige Überlassungsvorgang, also unabhängig davon, wo die überlassenen Arbeitskräfte tatsächlich tätig werden. Spricht man von einer Überlassung von Arbeitskräften im Inland, so wäre meines Erachtens die Überlassung eines deutschen Arbeitskräfteüberlassers nach Österreich von § 3 Abs 3 AÜG nicht umfasst, weil die Überlassung im Ausland erfolgt. Wenn hingegen eine Überlassung von Österreich nach Tschechien erfolgt, würde § 3 Abs 3 AÜG anzuwenden sein. Ob eine derartige Differenzierung gewünscht und angestrebt ist, ist zweifelhaft. Unseres Erachtens sind die neu eingefügten Worte „im Inland“ entbehrlich und missverständlich.



Nach § 1 Abs 2 Z 1 AÜG soll weiterhin die Überlassung durch den Bund, Land, einer Gemeinde oder einen Gemeindeverband ausgenommen bleiben. Dass dies unverändert zum bestehenden AÜG bleibt, ist als „Gesetzgeberprivileg“ anzusehen. Eine Rechtfertigung dieser Ausnahme ist der Leiharbeitsrichtlinie in dieser Allgemeinheit nicht zu entnehmen. Art 1 Abs 2 der Leiharbeitsrichtlinie sieht vor, dass diese auch für öffentliche Unternehmungen gelten soll, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen. Im Hinblick auf die zunehmend in der Privatwirtschaftsverwaltung tätigen Gebietskörperschaften sollte diese Ausnahmebestimmung nicht aufrecht bleiben.

§ 1 Abs 2 Z 2 AÜG sieht eine Einschränkung gegenüber der bisherigen Formulierung vor. Der Vorschlag dazu hat den Vorteil, dass die bisherigen Abgrenzungsprobleme wegfallen. Ob die Einschränkung zu weit geht, müsste anhand des Landarbeitsgesetzes gesondert geprüft werden.

§ 1 Abs 2 Z 3 AÜG entspricht der Formulierung in der Richtlinie in Art 1 Abs 3. Da nur noch Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsprogramme außerhalb des AÜG liegen, fällt künftig auch eine Überlassung von Arbeitskräften im Rahmen sozialer Dienste in den Anwendungsbereich des AÜG, soweit es sich nicht um derartige Programme handelt.

§ 1 Abs 3 Z 1 AÜG sieht eine Begünstigung für Arbeitskräfte und Überlassungsunternehmen vor, die überbetrieblich bis zu einer Höchstdauer von sechs Monaten zusammenarbeiten können. Es sind zwar auch Zeiten nacheinander folgender Überlassung zusammenzuzählen: Diese Bestimmung kann auch dazu führen, dass für kurzfristige Überlassungen bis zu einer Dauer von sechs Monaten auch nicht konzernmäßig miteinander verbundene Unternehmungen nicht an das AÜG gebunden sind. Dieser Vorschlag ist insofern überraschend, als etwa im Entwurf zum dAÜG die sogenannte „Kollegenhilfe“ im Gegensatz dazu eingeschränkt werden soll (§ 1 dAÜG).

Mit Ausnahme der Arbeitnehmerschutzvorschriften, der allgemeinen Arbeitgeberverpflichtungen des Dienstnehmer-Haftpflichtgesetzes, des Verbotes Vereinbarungen zum Nachteil der Arbeitskraft zu treffen und deren Verbot und des Verbotes der Überlassung in Betriebe, die von Streik und Aussperrung betroffen sind, soll für die „Inbetriebnahme“ sowie die betriebliche Zusammenarbeit das AÜG nicht gelten. Diese Systematik ergibt sich nicht auf den Vorgaben der Richtlinie.

Meines Erachtens sollte nicht über § 1 Abs 3 und 4 AÜG eine Ausnahme der Anwendbarkeit der Abschnitte III und IV des AÜG geregelt werden, sondern über die Begriffsdefinition des § 3 Abs 1 sowie § 4 Abs 2 AÜG. Dies könnte in der Form erfolgen, dass diese Arten der Tätigkeiten nicht als Überlassung gelten.