



Arbeitskräfteüberlassung¹ aus Deutschland

1. Problemstellung

Deutsche Personalleasingunternehmen (Erstüberlasser) wenden sich an österreichische Arbeitskräfteüberlasser und bieten diesen deutsche Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer aus anderen Staaten für den Personaleinsatz (in Österreich) an. Dabei soll kein Dienstverhältnis zwischen dem österreichischen Arbeitskräfteüberlasser (Zweitüberlasser) und den deutschen Arbeitnehmern abgeschlossen werden. Die Zweitüberlasser überlassen dann die Arbeitnehmer an einen Beschäftiger in Österreich weiter (Kettenüberlassung). Wie und nach welchen Vorschriften die in Österreich tätigen deutschen Arbeitnehmer entlohnt werden, ist dem österreichischen Zweitüberlasser regelmäßig nicht bekannt. Aufgrund der Überlassungskonditionen (niedriger Lohn) liegt oftmals der Verdacht nahe, dass die deutschen Arbeitnehmer in Österreich unterkollektivvertraglich entlohnt werden.

2. Welches Recht kommt zur Anwendung?

a. Gewerberecht: Für eine Arbeitskräfteüberlassung von Deutschland nach Österreich benötigt der deutsche Überlasser eine Gewerbeberechtigung für Arbeitskräfteüberlasser nach dem deutschen AÜG („dtAÜG“). Gleichzeitig muss er in Österreich eine Gleichstellungsbewilligung der zuständigen österreichischen Gewerbebehörde besitzen, wenn er in Österreich gewerblich tätig wird. Gewerblich tätig wird er auch dann, wenn er mit Angeboten oder Inseraten an potentielle österreichische Arbeitskräfteüberlasser oder Beschäftiger herantritt².

b. Arbeitsverhältnis: Das Arbeitsverhältnis zwischen dem deutschen Überlasser und seinen Arbeitnehmern richtet sich in der Regel nach deutschem Recht³.

c. Überlassungsverhältnis: Der Überlassungsvertrag zwischen deutschem Überlasser und österreichischem Zweitüberlasser richtet sich primär nach dem Recht, das die Parteien vereinbaren. Wenn sie keine Rechtswahl treffen, ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem die Vertragspartei, die die vertragscharakteristische Leistung (d.h. Überlassung) erbringt, zum Vertragsabschlusszeitpunkt ihre Hauptniederlassung hat. Es gilt in diesem Fall deutsches Recht.

EMPFEHLUNG: Für Streitigkeiten mit ausländischen Überlassern sollte ohnedies ein österreichisches Gericht als Gerichtsstand vereinbart werden. Ohne eine derartige Vereinbarung wird meist ein österreichisches Gericht gemäß Art. 5 Z 1 lit a EuGVVO⁴ zuständig sein. Um im Streitfall zu vermeiden, dass bei österreichischem Gerichtsstand ein österreichisches Gericht den Überlassungsvertrag nach deutschem Recht beurteilen muss, sollte im Überlassungsvertrag österreichisches Recht vereinbart werden.

¹Vorweg eine Begriffsabgrenzung: Arbeitskräfteüberlasser (Ö) = Verleiher (Dt); Beschäftiger (Ö) = Entleiher (Dt); Arbeitskräfteüberlassung (Ö) = Arbeitnehmerüberlassung (Dt)

² *Scherff*, Arbeitskräfteüberlassung und Auslandsentsendung², 66

³ Dies gilt dann, wenn der deutsche Überlasser und sein Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag deutsches Recht vereinbaren (Rechtswahl). Mangels Rechtswahl kommt das Recht des Staates zur Anwendung, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Wird der deutsche Arbeitnehmer nur vorübergehend ins Ausland (ca. 1 bis 2 Jahre) überlassen, arbeitet er aber sonst in Deutschland, ist mangels Rechtswahl deutsches Recht anzuwenden. Soll der Arbeitnehmer ständig in Österreich eingesetzt werden, kommt österreichisches Recht in Frage, wenn keine Rechtswahl erfolgt.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die Zuständigkeit und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen

3. Kettenüberlassung⁵

Bei der Kettenüberlassung tritt zum Überlasser und zum Beschäftigter eine weitere Person hinzu: Der Überlasser verleiht eine Arbeitskraft an einen „Beschäftigter“. Der „Beschäftigter“ verwendet die Arbeitskraft nicht in seinem eigenen Betrieb, sondern überlässt sie an den tatsächlichen Beschäftigter weiter. Der erste Beschäftigter ist daher gleichzeitig Zweitüberlasser⁶.

Nach deutschem Recht⁷ erfüllt der Zweitüberlasser nicht die Arbeitgeberpflichten für den Leiharbeitnehmer, da der Leiharbeitnehmer auch beim Weiterverleih Arbeitnehmer des Erstüberlassers bleibt. Bei Nichtübernahme der Arbeitgeberpflichten wird vermutet, dass der Zweitüberlasser Arbeitsvermittlung betreibt (§ 1 Abs. 2 dtAÜG)⁸. Wenn der Zweitüberlasser keine Anzeige für Arbeitsvermittlung bei der deutschen Gewerbebehörde macht, begeht er eine Ordnungswidrigkeit⁹, die mit bis zu EUR 1.000,00 bestraft werden kann (§§ 14 iVm 146 dtGewO).

Es stellt sich die Frage, ob durch diese Vorgangsweise gegen das Verbot des dAÜG keine Überlassung ohne Erlaubnis vorzunehmen, verstoßen wird: Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitskräfteüberlassung überlassen wollen, bedürfen nach dAÜG einer Erlaubnis.¹⁰

Eine Überlassung ohne Erlaubnis¹¹ begeht der Zweitüberlasser durch eine Kettenüberlassung aber nicht, wenn er als Überlasser eine formelle Erlaubnis zur Arbeitskräfteüberlassung hat. Der Überlasser handelt er nicht ordnungswidrig, wenn das jeweilige Handeln nicht zulässig, also genehmigungsfähig ist¹².

Die (Haupt-)Sanktion gegen den (dt.) Überlasser besteht darin, ihm nachträglich die Erlaubnis für die Arbeitskräfteüberlassung zu entziehen, weil er die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, weil er bspw. die Arbeitgeberpflichten nicht einhält (§ 3 dtAÜG).

FRAGE: Drohen dem österreichischen Zweitüberlasser nach dtAÜG Sanktionen, wenn er sich an einer Kettenüberlassung beteiligt?

Für die Bestrafung von Ordnungswidrigkeiten (entweder gemäß § 16 dtAÜG oder § 146 dtGewO) gilt ergänzend das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, (OWiG)¹³. Nach § 5 OWiG können Ordnungswidrigkeiten nur bestraft werden, wenn sie in Deutschland begangen werden (Territorialitätsgrundsatz)¹⁴. Einer Erlaubnis nach dem deutschen Überlassungsrecht bedarf ein österreichischer Überlasser nur dann, wenn er Arbeitnehmer

⁵ in Deutschland auch bekannt unter: Dritt-, Stufen-, Zwischen- oder Weiterverleih

⁶ zur Zulässigkeit in Österreich siehe Stellungnahme I/2005

⁷ herrschende Meinung: vgl. *Thüsing*, dtAÜG, 2005, § 1 Rz 43

⁸ *Bundesagentur für Arbeit*, Durchführungsanweisungen AÜG, 2004, 17; *Thüsing*, dtAÜG, 2005, § 1 Rz 43; *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 2 Individualarbeitsrecht II, 2000, § 174 Rz 12; *Schüren*, dtAÜG, 1994, Einleitung Rz 294

⁹ vergleichbar einer Verwaltungsübertretung in Österreich

¹⁰ § 1 Abs.1 Satz 1 dAÜG.

¹¹ die mit bis zu EUR 25.000,00 bestraft werden kann

¹² *Thüsing*, dtAÜG, 2005, Vorb. §§ 15ff Rz 28ff

¹³ *Thüsing*, dtAÜG, 2005, § 16 Rz 4

¹⁴ siehe auch *Brenner*, Lexikon zum OWiG, Stichwort „räumlicher Geltungsbereich“ unter dem Link: http://www.recht-find.de/lexikon_owig_a-z.htm

nach Deutschland überlässt¹⁵, nicht aber, wenn er sie (ausschließlich) in Österreich einsetzt.

Bei einem Weiterverleih (ausschließlich) in Österreich unterliegt der österreichische Zweitüberlasser nicht dem OWiG. Eine Verwaltungsstrafe kommt nicht in Frage, da der österreichische Zweitüberlasser in Deutschland keine Verwaltungsübertretung begangen hat. Da er keine Erlaubnis nach dtAÜG besitzt, kann sie ihm auch nicht entzogen werden.

Gelegentlich erteilte anders lautende Auskünfte seitens der deutschen Bundesagentur für Arbeit sollten daher kritisch betrachtet werden, diese können unseres Erachtens lediglich gegen dt. Erstüberlasser vorgehen. Aufgrund der von der Bundesagentur vertretenen Auffassung könnte diese bei einer späteren Tätigkeit des österreichischen Überlassers behaupten, es lägen Zweifel an dessen Zuverlässigkeit vor und die Erlaubnis zur Berufsausübung verweigern. Dies müsste dann bekämpft werden.

4. Überlassung ins Baugewerbe

FRAGE: Können deutsche Arbeitnehmer nach Österreich ins Baugewerbe überlassen werden?

Ja. Nach § 1b dtAÜG ist zwar die gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, - von bestimmten Ausnahmen¹⁶ abgesehen - unzulässig. Dieses Verbot ist aber auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt. Deutsche Arbeitskräfte können daher nach Österreich ins Baugewerbe überlassen werden¹⁷.

5. Lohndumping - equal-pay-Gebot

a. Österreichische Regelung: Bekannt ist, dass auch der deutsche Überlasser seinen Arbeitnehmern jenen gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Mindestlohn¹⁸ bezahlen muss, den vergleichbare Arbeitnehmer im österreichischen Beschäftigterbetrieb bekommen. Dies deshalb, da § 10 Abs. 1 AÜG¹⁹ auch für ausländische Arbeitskräfteüberlasser gilt: Überlasser aus EU-Mitgliedsstaaten haben die Schutzbestimmungen des AÜG, insb. § 10 AÜG und den Kollektivvertrag, einzuhalten²⁰.

Wenn der Überlasser der Arbeitskraft nicht das angemessene Entgelt bezahlt, haftet der Beschäftigter gemäß § 14 AÜG als Bürge neben dem Überlasser. Wenn der Beschäftigter das vereinbarte Honorar an den Überlasser bezahlt hat, haftet er dagegen nur mehr als Ausfallsbürge.

Im Unterschied zu einer gewöhnlichen Arbeitskräfteüberlassung wird bei einer Drittüberlassung der überlassene Arbeitnehmer aber gerade nicht im Betrieb des Zweitüberlassers eingesetzt, sondern im Betrieb eines Dritten, mit dem der Erstüberlasser keinen Kontakt hat und dessen Lohnniveau er daher auch nicht kennt. Die Bürgenhaftung gemäß § 14 AÜG bezieht sich unseres Erachtens sowohl auf den Zweitüberlasser als auch auf den tatsächlichen Beschäftigter, da sowohl der Zweitüberlasser als auch der

¹⁵ Thüsing, dtAÜG, 2005, § 16 Rz 10

¹⁶ vgl. § 1b 2. Satz dtAÜG

¹⁷ Thüsing, dtAÜG, 2005, § 1b Rz 28

¹⁸ Abschnitt IX. des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung

¹⁹ § 10 Abs. 1 AÜG: Die Arbeitskraft hat Anspruch auf ein angemessenes ortsübliches Entgelt. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche/gesetzliche Entgelt Bedacht zu nehmen.

²⁰ Scherff, Arbeitskräfteüberlassung und Auslandsentsendung², 66

tatsächliche Beschäftiger die überlassene Arbeitskraft in ihrem Betrieb einsetzen, ersterer zum Weiterverleih, letzterer zum tatsächlichen Einsatz²¹.

Für den österreichischen Zweitüberlasser besteht daher die Gefahr, vom überlassenen Arbeitnehmer als Bürge für die Lohndifferenz zwischen ausgezahltem Lohn und Mindestlohn laut Beschäftigerbetrieb in Anspruch genommen zu werden.

EMPFEHLUNG: Da der österreichische Zweitüberlasser die Arbeitskraft an einen Beschäftigerbetrieb überlässt, ist er verpflichtet, der Arbeitskraft eine Überlassungsmitteilung (§ 12 AÜG) auszustellen, aus der diese ihre Ansprüche, insbesondere das zustehende Entgelt ersehen kann. Diese Überlassungsmitteilung sollte er auch dem deutschen Erstüberlasser zukommen lassen, damit dieser über das Lohnniveau im Beschäftigerbetrieb informiert ist.

b. Deutsche Regelung: Das dtAÜG bestimmt, dass dem Leiharbeitnehmer während der Überlassung die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Stammarbeitskräfte des Beschäftigers geltenden Arbeitsbedingungen, einschließlich des Arbeitsentgelts gewährt werden müssen (§ 3 Abs. 1 Z 3 dtAÜG). Eine Ausnahme von diesem Gleichbehandlungsgebot²² besteht dann, wenn ein Tarifvertrag, der zwischen deutschem Überlasser und seinem Arbeitnehmer anwendbar ist, etwas besonderes vereinbart: Ein derartiger Tarifvertrag kann auch schlechtere²³ Arbeitsbedingungen als im Beschäftigerbetrieb vorsehen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass ein Unterschreiten des Lohnniveaus im Beschäftigerbetrieb nach dtAÜG erlaubt sein kann.

c. Beispiel: Ein deutscher Arbeitnehmer hat - unter der Annahme, dass sich der Arbeitsvertrag nach deutschem Recht richtet - gegen seinen deutschen Arbeitgeber einen arbeitsvertraglichen Lohnanspruch auf EUR 1.000,00. Das Gleichbehandlungsgebot gilt nicht, weil auf das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag anwendbar ist. Wenn der Arbeitnehmer nach Österreich überlassen wird und der angemessene Lohn im Beschäftigerbetrieb EUR 1.200,00 beträgt, hat er gegen seinen Arbeitgeber nach § 10 AÜG neben dem vertraglichen Anspruch zusätzlich einen gesetzlichen Lohnanspruch auf EUR 1.200,00, wobei er insgesamt nicht mehr als EUR 1.200,00 bekommen kann, obwohl ein derartiger Anspruch bei Überlassung in Deutschland nicht bestünde.

EMPFEHLUNG: Da in diesem Zusammenhang, wenn der Arbeitgeber nicht den gesetzlichen Lohn bezahlt, die Bürgenhaftung des Beschäftigers schlagend werden kann, sollte in der Überlassungsvereinbarung zumindest vereinbart werden, dass deutsche Überlasser ihren Arbeitnehmern das in Österreich angemessene Entgelt zu bezahlen haben und den Beschäftiger widrigenfalls schad- und klaglos halten werden.

Da eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot vor allem dann in Frage kommt, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen deutschem Überlasser und Arbeitnehmer durch einen Tarifvertrag geregelt wird, sollte der deutsche Überlasser in der Überlassungsvereinbarung verpflichtet werden anzugeben, ob auf das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag anwendbar ist und, wenn ja welcher.

²¹Wäre nur der tatsächliche Beschäftiger Bürge, könnte der Zweitüberlasser die Bürgenhaftung praktisch immer dadurch ausschließen, dass er die Arbeitskraft weiterverleiht; siehe genauer Stellungnahme I/2005

²²Eine weitere Ausnahme betrifft die Beschäftigung von vormaligen Arbeitslosen (§ 3 Abs. 1 Z 3 dtAÜG)

²³Die tarifvertraglichen Regelungen dürfen die Arbeitsbedingungen aber nicht unbeschränkt verschlechtern, sondern müssen annähernd gleiche Arbeitsbedingungen vorsehen; *Thüsing*, dtAÜG, 2005, § 3 Rz 82

6. Sozialversicherungsrecht

a. Arbeitnehmer: Die sozialversicherungsrechtliche Stellung von aus dem Ausland überlassenen Arbeitnehmern ist durch EU-Recht²⁴ geregelt: Bei einer Überlassung innerhalb der EU bleibt der überlassene Arbeitnehmer nach dem Recht des Heimatortes (Deutschland) sozialversichert, wenn die Überlassung an einen ausländischen Beschäftigten nicht länger als maximal 24 Monate²⁵ dauert. Der deutsche Überlasser muss die Sozialversicherungsbeiträge an den deutschen Sozialversicherungsträger abführen. Der deutsche Sozialversicherungsträger stellt auf Antrag des deutschen Überlassers oder des Arbeitnehmers eine Bescheinigung²⁶ darüber aus, dass und bis zu welchem Zeitpunkt das deutsche Sozialversicherungsrecht weiterhin auf den Arbeitnehmer anzuwenden ist. Der österreichische Sozialversicherungsträger ist an diese Bescheinigung gebunden, er kann - solange die Bescheinigung nicht zurückgezogen wird - den deutschen Arbeitnehmer nicht der österreichischen Sozialversicherung unterstellen²⁷.

b. Sonderfall Kettenüberlassung: Der deutsche Arbeitnehmer soll dann nicht mehr in Deutschland sozialversichert sein, wenn ihn der österreichische Zweitüberlasser, zu dem er entsandt wurde, an einen weiteren Beschäftigten weiterüberlässt, weil das Beschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch die Weisung des Zweitüberlassers unterbrochen wird und die Entsendung damit endet²⁸. Er bleibt aber weiter in Deutschland sozialversichert, wenn die Weiterüberlassung auf Veranlassung des deutschen Überlassers (Erstüberlassers) erfolgt²⁹. Letzteres wird in der Regel der Fall sein.

EMPFEHLUNG: In der Überlassungsvereinbarung sollte mit dem deutschen Überlasser geregelt werden, dass dieser die Ausstellung einer E 101 Bescheinigung beantragt. Die Weiterüberlassung des deutschen Arbeitnehmers durch den österreichischen Zweitüberlasser löst eine Sozialversicherungspflicht in Österreich aus. Dies kann man folgendermaßen vermeiden:

- Der deutsche Arbeitgeber müsste die Weiterüberlassung veranlassen, der österreichische Beschäftigte vermittelt den Arbeitnehmer nur.
- oder: Der deutsche Arbeitgeber beantragt bei der deutschen Verbindungsstelle Krankenversicherung - Ausland („DVKA“) gemäß Art. 17 Verordnung Nr. 1408/71 die Weitergeltung des deutschen Sozialversicherungsrechts. Der zuständige österreichische Sozialminister muss der Weitergeltung ebenfalls zustimmen.

Kommt es zur Anwendung österreichischen Sozialversicherungsrechts sollte sich der deutsche Überlasser verpflichten, sämtliche Sozialversicherungsbeiträge für den Arbeitnehmer abzuführen und den österreichischen Zweitüberlasser im Hinblick auf die Bürgenhaftung nach § 14 AÜG schad- und klaglos zu halten.

²⁴(derzeit noch) Verordnung Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 und Verordnung Nr. 574/72 des Rates vom 21.3.1972; die Nachfolgerregelung Verordnung Nr. 883/2004 ist bereits seit 2004 in Kraft, mangels Erlass der dazugehörigen Durchführungsverordnung aber derzeit noch nicht anwendbar.

²⁵grundsätzlich 12 Monate und mit Genehmigung der zuständigen österreichischen Behörde maximal weitere 12 Monate

²⁶Formular E 101:

[https://service.sozialversicherung.at/eSV/container.nsf/launchpdfview/6C3E468899D8EB56C1256CCC004332FE/\\$FILE/0290.pdf](https://service.sozialversicherung.at/eSV/container.nsf/launchpdfview/6C3E468899D8EB56C1256CCC004332FE/$FILE/0290.pdf)

²⁷EuGH vom 26.1.2006, C-2/05 (Herbosch Kiere)

²⁸Punkt 4.a) des Beschlusses Nr. 181 der Verwaltungskommission zur Auslegung von Art. 14 der Verordnung 1408/71 (Dieser Beschluss ist rechtlich unverbindlich, gibt aber die Rechtsprechung des EuGH wieder)

²⁹*Boecken*, Arbeitnehmerentsendung im Rahmen der EU - sozialrechtliche Probleme, RdA 1999, 437

c. **FRAGE:** Haftet bei Anwendung des deutschen Sozialversicherungsrechts der österreichische Beschäftigte als Bürge für die deutschen Sozialversicherungsbeiträge gegenüber dem deutschen Sozialversicherungsträger³⁰?

Zu dieser Frage gibt es – soweit ersichtlich – weder Rechtsprechung noch Literatur³¹. Nach Rücksprache mit der für Auslandsüberlassungen zuständigen DVKA haftet der österreichische Überlasser in so einem Fall als Bürge gegenüber der deutschen Krankenkasse³², da gemäß der Verordnung Nr. 1408/71 deutsches Sozialversicherungsrecht, und daher auch § 28e Abs. 2 dtSGB IV anwendbar ist. (Widerspruch zu S 7 Punkt) Die deutsche Krankenkasse wird sich diesfalls an die zuständige österreichische Gebietskrankenkasse wenden, welche letztendlich den Beitrag einbringlich machen soll.

7. Fazit

Um bei grenzüberschreitender Überlassung Risiken auszuschließen, die sich aus der Anwendung verschiedener Rechtsordnungen ergeben, sollte man sich vor der Überlassung genau über den ausländischen Überlasser informieren und anschließend die Rechte und Pflichten in einer ausführlichen Überlassungsvereinbarung festhalten.

Verfasser: **Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller**
Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser
im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH
Kontakt: www.bzp.at

BRUCKMÜLLER • ZEITLER
RECHTSANWÄLTE

Stand: Mai 2006

Trotz sorgfältigster Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen. Nachdruck, Vervielfältigung und Verbreitung jeglicher Art nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Allgemeinen Fachgruppe OÖ des Gewerbes, Berufsgruppe Arbeitskräfteüberlasser, zulässig.

³⁰ vgl. § 28e Abs. 2 deutsches Sozialgesetzbuch IV („dtSGB IV“)

³¹ Behandelt wird in der deutschen Kommentarliteratur nur die Frage, dass der deutsche Beschäftigte nicht gemäß § 28e Abs. 2 dtSGB IV für die Sozialversicherungsbeiträge von österreichischen Arbeitnehmern haftet, da bei Arbeitskräfteüberlassung gemäß der Verordnung Nr. 1408/71 in den ersten 12 Monaten österreichisches Sozialversicherungsrecht anzuwenden ist; vgl. nur *Boemke/Lembke*, dtAÜG, 2005, Einleitung Rz 29

³² in diesem Sinn auch *Boemke/Lembke*, dtAÜG, 2005, Einleitung Rz 27, nach denen bei der Überlassung vom Deutschland ins EU-Ausland das deutsche Sozialversicherungsrecht insb. auch hinsichtlich der Beitragspflicht weiter anwendbar ist.