

Staatliche Regulierung des Drittpersonaleinsatzes – Erfahrungen in Österreich

ROBERT REBHAHN/FELIX SCHÖRGHOFER

I. Einleitung

Die Themen Werkverträge bzw. Industriedienstleistungen sowie Zeitarbeit haben den deutschen Wahlkampf bewegt und die Koalitionsverhandler beschäftigt. Da sich unter uns sicher viele befinden, die keine Spezialisten des Arbeitsrechts oder der Personalverwaltung sind, ist es sinnvoll, zuerst in die Grundlage des Themas einzuleiten. Auch unsere spezifische Aufgabe, das Thema aus österreichischer Sicht zu beleuchten, erfordert diese Grundlage.

Drittpersonaleinsatz ist kein festgefügtter Rechtsbegriff, sondern eher eine Umschreibung von Phänomen und Problemen. Wesentlich ist, dass das Unternehmen A Arbeitsaufgaben nicht von eigenen Arbeitnehmern, sondern von einem anderen Unternehmen B erledigen lässt, das wiederum Mitarbeiter einsetzt. Von Drittpersonaleinsatz wird insbesondere gesprochen, wenn die Mitarbeiter von B auf dem Betriebsgelände des A tätig sind. Man denke an Reinigungskräfte und Sicherheitspersonal, aber auch laufende Instandhaltung von Maschinen, IT-Support und schließlich Bearbeitung von Werkstoffen nach Art eines Betriebes im Betrieb. Ein Beispiel für die letzte Gruppe ist, wenn Mitarbeiter von B etwa Fleischhälften von A übernehmen, mit Geräten des A bearbeiten und dann die fertig verpackten Fleischportionen wieder an Mitarbeiter des A übergeben.

Die beiden wichtigsten Fälle des Drittpersonaleinsatzes sind die Zeitarbeit (= Arbeitnehmerüberlassung) und die sogenannten Industriedienstleistungen. Bei der Zeitarbeit wird ein Arbeitnehmer des B an A überlassen und arbeitet dann unter Leitung und Aufsicht des A; er steht aber weiterhin nur in einer Vertragsbeziehung zu B, den A

treffen nur manche Pflichten eines Arbeitgebers. Unter Industriedienstleistungen versteht man Werkverträge und Dienstverträge, die A als Auftraggeber mit B als Auftragnehmer schließt, z. B. Dienstverträge über Sicherheitskontrollen am Flughafen oder den IT-Support oder Werkverträge über die Bearbeitung von Fleisch. Der Vertrag wird faktisch von den Arbeitnehmern des B erfüllt; diese sind Erfüllungsgehilfen des B und haben keinen Vertrag mit A.

Die verschiedenen Formen des Drittpersonaleinsatzes haben in den letzten Jahren beträchtlich zugenommen. Allerdings gibt es keine belastbaren Zahlen zur Verbreitung jener Werk- und Dienstverträge, die man als bedenklich ansieht. Ursache dafür ist jedenfalls bei Industriedienstleistungen oft das Streben nach Effizienz; spezialisierte Firmen können manches besser. Dazu treten bei beiden Erscheinungsformen zwei personalbezogene Ursachen. Zum einen kann der Auftraggeber den Personaleinsatz des Drittpersonals weit rascher und einfacher beenden als bei eigenen Arbeitnehmern, weil ihm gegenüber kein Kündigungsschutz gilt. Auch für Werkverträge gibt es keine gesonderten Beschränkungen bei der Beendigung, insbesondere können Kettenwerkverträge geschlossen werden. Um den Kündigungsschutz muss sich wenn dann nur B kümmern. Zum anderen kann man dem Tarifvertrag ausweichen, der für A anwendbar ist. Nicht selten ist B gar nicht tarifgebunden. Sonst ist auf die Arbeitnehmer von B doch häufig ein anderer Tarifvertrag als bei A anwendbar, der wiederum häufig – wenn auch nicht notwendig – für die Arbeitnehmer weniger günstig ist, insbesondere weil das Mindestentgelt geringer ist. Aus diesen beiden personalbezogenen Gründen werden Zeitarbeit und Industriedienstleistungen von den Unternehmen geschätzt und insbesondere von den Gewerkschaften nicht geschätzt.

Nachdem Zeitarbeit in den Nachkriegsjahren gesetzlich reichlich beschränkt war, wurde sie ab den 80-Jahren liberalisiert; in den letzten Jahren wurden die Regelungen zur Zeitarbeit im AÜG aber wieder deutlich restriktiver, teils auch aufgrund einer neuen EU-Richtlinie. Insbesondere gewann der equal-pay Grundsatz an Boden, demzufolge die überlassenen Arbeitnehmer dasselbe Entgelt bekommen müssen wie die Arbeitnehmer von A, die Vergleichbares tun. Ferner soll nun nach dem Koalitionsvertrag die Höchstdauer der Überlassung eines bestimmten Arbeitnehmers auf 18 Monate beschränkt werden. Für Industriedienstleistungen gibt es in Deutschland hingegen bislang keine besonderen gesetzlichen Regelungen.

Die einzige Schranke ist die Grenze zur Arbeitnehmerüberlassung: Liegt diese vor, so gelten die Regeln des AÜG. Die zunehmende Regulierung der Zeitarbeit verschaffte in Deutschland den Industriedienstleistungen zusätzlich Attraktivität, insbesondere weil hier kein equal-pay Gebot eingreift. Jüngst las man in der FAZ: In der Daimler-Zentrale arbeiten neben 12000 eigenen Arbeitnehmern etwa 2100 Mitarbeiter von Industriedienstleistern.

Die rechtlich wie wirtschaftlich entscheidende Frage ist dann, wo genau die Grenze zwischen Zeitarbeit und Industriedienstleistung verläuft. An sich ist Arbeitsteilung in der Wirtschaft normal und für deren Erfolg unabdingbar. Viele sehen aber besondere Probleme, wenn die Leistung des B in einer besonderen Nähe zur Arbeitsorganisation des A erbracht wird. Am augenfälligsten ist dies, wenn die Arbeitnehmer des B auf dem Betriebsgelände des A arbeiten und überdies entweder der Vertragsinhalt von der Tätigkeit des A wenig verschieden ist oder der B dem A keinen klar umschriebenen Erfolg schuldet wie etwa beim IT-Support. Fraglich ist dann, ob die Arbeitnehmer wirklich für B arbeiten, oder ob nicht doch in Wahrheit eine Überlassung von Arbeitnehmern an A und damit Leiharbeit vorliegt. Verkürzt kann man sagen: Industriedienstleistung und nicht Zeitarbeit liegt vor, wenn A nur als Auftraggeber des B und nicht als Arbeitgeber der Mitarbeiter auftritt; Näheres dazu später.

Diese Abgrenzung ist für den Auftraggeber A von großem Interesse. Nach dem AÜG entsteht bei unzulässiger Überlassung ohne Überlassungserlaubnis nämlich ein Arbeitsverhältnis mit dem Beschäftigten bzw. Entleiher, also mit A; die Arbeitnehmer des B können sich also bei A als Arbeitnehmer einklagen. Und ein Drittpersonaleinsatz, der als Industriedienstleistung firmiert, aber in Wahrheit Zeitarbeit ist, ist häufig unzulässige Überlassung. A wäre dann besser gefahren, wenn er gleich Zeitarbeit beauftragt hätte, auch wenn das vielleicht teurer ist. Daimler hat daher vor, die 2500 Mitarbeiter der Industriedienstleister in Zeitarbeitsverhältnisse überzuführen – was diesen bei länger dauerndem Bedarf die Aussicht gibt, von Daimler als Arbeitnehmer übernommen zu werden.

Die Diskussion in Deutschland über Industriedienstleistungen ist hitzig; sie wird meist unter dem Titel Missbrauch von Werkverträgen geführt, was zweifach fragwürdig ist. Erstens dürfte es sich häufig nicht um Werkverträge handeln, und zweitens handelt es sich de lege lata wohl ebenfalls häufig nicht um Missbrauch. Die Parteien Die Linke und die SPD haben Gesetzesvorschläge vorgelegt, welche die

Grenze zwischen Zeitarbeit und Industriedienstleistung jedenfalls faktisch deutlich verschieben würden – zugunsten der Zeitarbeit. Nach dem Koalitionsvertrag sollen „die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt“ werden.

Die Veranstalter haben uns eingeladen, die Lage beim Drittpersonaleinsatz aus österreichischer Sicht zu beleuchten. Dies lässt primär fragen: Warum der Blick über die Grenze nach Österreich? Der Hauptgrund dürfte wohl sein, dass der Drittpersonaleinsatz in Österreich (zumindest in der öffentlichen Wahrnehmung) weit weniger Probleme bereitet. Auch in Österreich waren jüngst Wahlen, die Diskussion hat aber (auch) das hier relevante Sachthema kaum angesprochen. Und es gibt auch sonst wenige Diskussionen dazu. Die Ursache für diese Friedfertigkeit – und damit für das Interesse der Veranstalter – dürfte zum einen darin liegen, dass die Regelung der Zeitarbeit schon länger von jener in Deutschland deutlich verschieden ist und es auch eine besondere Regelung zur Abgrenzung von Industriedienstleistungen gibt; der deutsche Gesetzgeber lässt diesbezüglich bisher – zumindest nach Außenwahrnehmung – klare Vorgaben vermissen.

Zumindest ebenso wichtig erscheint, dass die Rahmenbedingungen für Drittpersonaleinsatz in zwei wichtigen Punkten deutlich verschieden sind. Erstens ist der Kündigungsschutz von Arbeitsverhältnissen in Österreich doch merklich bis deutlich schwächer als in Deutschland. Dies betrifft jedenfalls die Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat, an denen in Deutschland nicht wenige Kündigungen scheitern, es betrifft aber auch die Ausgestaltung des Schutzes gegen wirtschaftlich bedingte Kündigungen. Da das Arbeitsverhältnis in dieser Hinsicht in Österreich flexibler ist als in Deutschland, gibt es dort weniger Anlass, Flexibilität durch Drittpersonal zu schaffen. Auf der anderen Seite ist das Arbeitsrecht auf kollektiver Ebene in Österreich deutlich rigider als in Deutschland. In Österreich sind beinahe alle erfassbaren Arbeitsverhältnisse durch einen Tarifvertrag normativ geregelt.¹ Grund dafür ist, dass die Kollektivverträge meist von der Wirtschaftskammer abgeschlossen werden, der fast alle Unternehmen ex lege – also unfreiwillig – angehören. Insbesondere gibt es heute auch Kollektivverträge für Zeitar-

¹ OECD, Employment Outlook 2012, 136.

beitsunternehmen. Schon daher ist es kaum möglich, der Anwendbarkeit eines Tarifvertrages durch Leiharbeit auszuweichen, und bei Industriedienstleistungen kommt jedenfalls der Tarifvertrag für die jeweilige Branche des Drittpersonalarbeitgebers zur Anwendung. Österreich hat also eine ziemlich rigide Regelung des Arbeitslebens durch Tarifverträge in Verbindung mit eher flexiblen Regelungen der einzelnen Arbeitsverhältnisse – während die Lage in Deutschland derzeit genau umgekehrt ist. Man mag dann diskutieren, welche Kombination besser ist – aus unserer Sicht ist die Antwort eindeutig. Nun zur Regulierung des Drittpersonaleinsatzes in Österreich.

II. Leiharbeit

1. Einleitung

In Österreich waren am 31.7.2013 rund 72.000 Leiharbeitnehmer beschäftigt. Das sind 2,2 % der unselbständig Beschäftigten in Österreich.² In Deutschland gab es im April 2013 rund 720.000 sozialversicherungspflichtige Leiharbeitnehmer, das sind etwa 2,5 Prozent aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten.³ In beiden Ländern hat sich die Branche von den Rückgängen im Zuge der Wirtschaftskrise wieder erholt.⁴ Die Regulierung der Leiharbeit durch den österreichischen Gesetzgeber erfolgt in vielfältiger Weise. Im Folgenden sollen nur zwei wichtige Stellschrauben dargestellt werden, nämlich der Entgeltanspruch von Leiharbeitnehmern und die Problematik langfristiger Überlassungen.

2. Gleichstellungsanspruch

In Deutschland wurde 2011 eine Regelung zur Einführung eines Mindestlohnanspruches für Leiharbeitnehmer geschaffen (§ 3a dAÜG).⁵

² Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2013 (2013).

³ Dazu und zum Folgenden Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit (2013) 9 f.

⁴ Für Österreich Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Gewerbliche Arbeitskräfteüberlassung in Österreich im Jahr 2013, 3; für Deutschland Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit (2013), 7.

⁵ Vgl. dazu Gregor Thüsing in: Thüsing (Hrsg.), AÜG § 3a Rz. 1 ff.

Dieser Stundenlohn betrug bis Ende Oktober 2013 € 8,19, in manchen Bundesländern € 7,50.⁶ Nach Medienberichten soll der Mindestlohn mit November 2013 auf € 8,50 bzw. € 7,80 erhöht werden.⁷ In Österreich wird ein flächendeckender Mindestlohn durch Tarifverträge erreicht. Gewerbliche Überlasser unterliegen in Österreich grundsätzlich einem Tarifvertrag. Wie für Österreich typisch gibt es für Angestellte und für Arbeiter jeweils einen eigenen Tarifvertrag. Der Mindestlohn für gewerblich überlassene Arbeiter liegt in der niedrigsten Beschäftigungsgruppe bei € 8,53, jener für gewerblich überlassene Angestellte liegt in der niedrigsten Einstufung bei etwa € 6,70 pro Stunde.⁸ Allerdings gebühren nach beiden Tarifverträgen 14 Monatsentgelte, umgerechnet führt dies zu einem Stundenlohn von 9,90 bzw. 7,81 Euro. Zudem kann sich das Mindestentgelt bei höherer Qualifikation und daher Einstufung bzw. Zeitvorrückung noch erheblich erhöhen. Im Ergebnis dürfte der Mindestlohn in Österreich daher über dem in Deutschland liegen.

Dieser Grundanspruch der Leiharbeitnehmer ist allerdings nur ein Aspekt der zustehenden Mindestarbeitsbedingungen. Wie auch in Deutschland ist der sogenannte Gleichstellungsanspruch das Herzstück des österreichischen Überlassungsrechts. Ein österreichischer Leiharbeitnehmer hat schon seit 1988 während einer Überlassung grundsätzlich zwingend Anspruch auf jenen Tariflohn, den der Entleiher vergleichbaren eigenen Arbeitnehmern zahlen muss. Allerdings hatten österreichische Leiharbeitnehmer, anders als grundsätzlich in Deutschland,⁹ in den meisten Fällen keinen Anspruch auf die beim Entleiher übliche übertarifliche Bezahlung; die Umsetzung der Leiharbeits-RL hat daran im Ergebnis wenig geändert.

Kann man daher sagen, dass der Gleichstellungsanspruch in Österreich für Unternehmer günstiger ist? Auf den zweiten Blick eher

⁶ Erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung, 21.12.2011; diese Verordnung tritt am 31.10.2013 außer Kraft.

⁷ 8,50 Euro sollen Mindestlohn in der Zeitarbeit werden, *FAZ* online vom 17.09.2013.

⁸ Art IX.1. KVAÜ. Angestellten-KV Teil V Mindestgrundgehaltsordnungen Gehaltstabelle ab 1.1.2013 zum Rahmen-KV § 1 Abs. 1: Monatsentgelt von € 1165,01.

⁹ *Piero Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011), 243 ff; 506.

nicht. Das liegt daran, dass, anders als in Deutschland,¹⁰ auch ein Tarifvertrag den Anspruch auf Gleichstellung beim Tariflohn des Entleihers nicht abbedingen kann.¹¹ Der Verleiher-Tarifvertrag konnte und kann den Anspruch auf Gleichstellung bzgl. des Entgelts also nicht ausschließen oder verschlechtern. In Deutschland hingegen besteht diese Möglichkeit und sie ist ein wesentlicher Grund für die Attraktivität der Leiharbeit.¹² Eine Situation wie insbesondere durch das – letztlich: vermeintliche – tarifvertragliche Handeln der Christlichen Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) ist in Österreich also nicht möglich. Im deutschen Koalitionsvertrag ist nun vorgesehen, dass spätestens nach neun Monaten eine Entgeltgleichstellung erreicht werden soll.¹³ Das wird möglicherweise bedeuten, dass es nicht mehr möglich sein soll, das Gleichstellungsgebot ab diesem Zeitpunkt tarifvertraglich auszuschließen.

Es ist auch bezeichnend, dass dieses Günstigkeitsprinzip in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung nur verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit erfahren hat. Das liegt daran, dass wegen der faktischen Verhandlungsmacht der Gewerkschaft bei den Tarifvertragsverhandlungen ein nachteiliger Abschluss für die Leiharbeitnehmer unwahrscheinlich ist. Bei der Leiharbeit wirkt sich das besondere System der österreichischen Sozialpartnerschaft aus. Allgemein liegt die Besonderheit des österreichischen Systems darin, dass beinahe alle Arbeitgeber, insbesondere auch gewerbliche Überlasser, kraft Gesetzes Mitglieder der Wirtschaftskammer sind, welche die meisten Tarifverträge abschließt. Die spezielle Besonderheit bei Leiharbeit liegt darin, dass die Leiharbeitnehmer innerhalb der Struktur der Arbeitnehmer-Interessenvertretung keine eigene Organisationseinheit bilden. Stattdessen werden die Leiharbeitnehmer von den

¹⁰ Maren Pelzner/Martin Kock in: Thüsing (Hrsg.), AÜG § 3 Rz. 85; Rüdiger Krause, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay (2012) 20.

¹¹ Vgl. zum Entgelt Wolfgang Mazal, Arbeitskräfteüberlassung (1988) 40; Rene Schindler in: ZellKomm² § 10 AÜG Rz. 21; Walter Geppert, DRdA 2005, 409; einen Günstigkeitsvergleich erwähnt auch OGH 9 ObA 130/04i DRdA 2005, 406 (Walter Geppert); vgl. auch Felix Schörghofer, in: Brodil (Hrsg.), Diener fremder Herren, 2014 (im Erscheinen).

¹² Zu dieser „Funktion“ der Tarifverträge in Deutschland Rüdiger Krause, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay (2012), 22.

¹³ Entwurf des deutschen Koalitionsvertrags 2013, 69.

beiden größten Fachgewerkschaften Österreichs vertreten.¹⁴ Das möglicherweise geringere Verhandlungsgewicht der Arbeitnehmer der Leiharbeitsbranche wird also bei den Tarifverhandlungen dadurch ausgeglichen, dass das Verhandlungsgewicht der Stammbesellschaft wichtiger Entleiherbranchen ebenfalls in die Waagschale geworfen wird.¹⁵ Eine Konkurrenz zwischen verschiedenen Gewerkschaften, wie sie etwa in Deutschland vorlag,¹⁶ ist in Österreich gerade nicht zu erwarten.

Zu welchem Ergebnis führt dieses österreichische System nun beim Entgelt? Ein Unterschreiten des tariflichen Entgeltniveaus im Entleiherunternehmen ist in Österreich nicht möglich. Stattdessen tritt wegen des faktischen Verhandlungsgewichts teilweise sogar das umgekehrte Phänomen ein. Bei Arbeitern wird tarifvertraglich angeordnet, dass bei Überlassung in gewissen Branchen, insbesondere der Metallindustrie, das tarifvertragliche Mindestentgelt im Entleiherbetrieb zu überzahlen ist. Ein Arbeitnehmer kann danach also etwa Anspruch auf 113 % des tarifvertraglichen Mindestlohns des Entleihers haben. Dadurch soll die Überzahlung des Tarifvertraglichen Mindestlohns in diesen Branchen nachgebildet werden.¹⁷

3. Langfristige Überlassungen

Durch die Verbesserung der Arbeitsbedingungen des Leiharbeitnehmers wird über die wirtschaftliche Attraktivität der Leiharbeit entschieden. Das hat wiederum Auswirkungen auf die Bedeutung der Leiharbeit für den Arbeitsmarkt. Die Regulierung der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer hat also Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen und damit mittelbar auf die Rolle der Leiharbeit am Arbeitsmarkt. Daneben stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber die Leiharbeit durch Verbote direkt beschränkt. Am wichtigsten ist aktuell die Frage der Beschränkung der Leiharbeit auf vorübergehende

¹⁴ Der Arbeiter-KV wurde von der Pro-GE (Produktionsgewerkschaft) abgeschlossen, der Angestellten-KV von der GPA (Gewerkschaft der Privatangestellten, Druck, Journalismus, Papier).

¹⁵ Vgl. René Schindler, *Arbeitskräfteüberlassungs-KV²* (2013) 21; Ansätze zur Nutzung des Verhandlungsgewichts der Entleiherbranche für LeihAN gibt es auch in Deutschland: Rüdiger Krause, *Arbeit in der Holzklasse*, *Kritische Justiz* 2013, 119 ff. (127).

¹⁶ Vgl. zur Konkurrenz zwischen CGZP und DGB in Deutschland Rüdiger Krause, *Kritische Justiz* 2013, 119 (125).

¹⁷ Rene Schindler, *Arbeitskräfteüberlassungs-KV²* 26.

Überlassungen. Umstritten ist, ob dauerhafte Überlassungen verboten sind. Die Leiharbeits-RL erwähnt mehrmals, dass die Überlassung „vorübergehend“ erfolgt. Allerdings wird dieser Begriff weder genauer definiert, noch wird die Bedeutung dieser Definition, also etwa die Rechtsfolge bei nicht vorübergehender Überlassung, geregelt. Ähnlich ominös blieb der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung. Das „magische Wort“¹⁸ vorübergehend wurde in das deutsche AÜG übernommen, wiederum ohne Aussage über den Regelungsgehalt, also insbesondere Sanktionen. Das BAG hat vor wenigen Monaten entschieden, dass das AÜG die nicht vorübergehende Überlassung untersagt.¹⁹ In einer Folgeentscheidung hat das BAG aber gesagt, dass bei nicht vorübergehender Überlassungen trotz der Unzulässigkeit kein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zustande kommt.²⁰ Im deutschen Koalitionsvertrag ist nun eine grundsätzliche Beschränkung der Höchstdauer auf 18 Monate vorgesehen, wobei eine Ausdehnung insbesondere durch Tarifvertrag der Entleiherbranche möglich sein soll.²¹

Zu diesen Fragen, also zur Auslegung der Richtlinie und der deutschen Umsetzung soll hier nicht Stellung genommen werden. Stattdessen soll die diesbezügliche Situation in Österreich dargelegt werden, die sich deutlich von der in Deutschland unterscheidet. Anders als in Deutschland gab es in Österreich nie eine gesetzliche Höchstdauer der Überlassung, obwohl in den wissenschaftlichen Vorarbeiten zum öAÜG die Einführung einer Höchstdauer empfohlen wurde.²² Langfristige Überlassungen kommen in Österreich nicht selten vor. 2013 erfolgten 35 % der Überlassungen für länger als ein Jahr, bei Angestellten sogar deutlich mehr als die Hälfte aller Überlassungen.²³ In einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung hat der OGH

¹⁸ Alexius Leuchten, Das neue Recht der Leiharbeit, NZA 2011, 608 (609).

¹⁹ BAG 10.7.2013, 7 ABR 91/11.

²⁰ BAG 10.12.2013, 9 AZR 51/13; Pressemitteilung Nr. 73/13. Das Urteil war im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Manuskripts noch nicht veröffentlicht.

²¹ Entwurf des deutschen Koalitionsvertrags, 69.

²² Walter Geppert, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung 245; Gerhard Schnorr, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung 103 ff. Stattdessen wurde dem BMAS die Möglichkeit eingeräumt unter bestimmten Voraussetzungen eine Beschränkung der Dauer durch Verordnung einzuführen, ein Recht von dem bisher nicht Gebrauch gemacht worden ist und dessen Nutzung auch in Zukunft unwahrscheinlich ist.

²³ Daten abrufbar unter <https://akupav.eipi.at/akupav/>.

eine neunjährige Überlassung wegen ihrer Dauer als „atypische Überlassung“ bezeichnet und daraus einen erweiterten Gleichstellungsanspruch des betroffenen Leiharbeitnehmers abgeleitet.²⁴ Diese Entscheidung wurde im Schrifttum kritisiert, in der Praxis dürfte sie zu einer gewissen Unsicherheit geführt haben. Diese Unsicherheit wurde mit der Umsetzung der Leiharbeits-RL beseitigt. Ähnlich wie in Deutschland hat sich aus diesem Anlass der Gesetzgeber bzgl. der Problematik der langfristigen Überlassungen deklariert. Ähnlich wie in Deutschland ist die gesetzliche Regelung nicht durch eine eindeutige Stellungnahme des Gesetzgebers erfolgt. In Österreich ist die Regelung im Gleichstellungsanspruch der Leiharbeitnehmer versteckt.²⁵ Seit der Novelle des öAÜG haben Leiharbeitnehmer Anspruch darauf, auch in bestimmte Betriebsrentenzahlungen des Entleihers miteinbezogen zu werden. Dieser Anspruch entsteht allerdings erst nach einer Überlassungsdauer von vier Jahren. Der Gesetzgeber bringt damit mittelbar zum Ausdruck, dass er Überlassungen von über vier Jahren für unproblematisch hält.²⁶ Aus Anlass der RL-Umsetzung wurde also versucht, die langfristige Überlassung vor Angriffen abzusichern. Die Problematik, dass die Leiharbeits-RL möglicherweise das genaue Gegenteil erreichen will, wurde dabei offensichtlich nicht beachtet.²⁷

Die Regulierung der langfristigen Überlassung aus Anlass der RL-Umsetzung entwickelte sich in Österreich und Deutschland daher gegenläufig. In Deutschland Erschwerung (zumindest in der Auslegung durch das BAG und wahrscheinlich in Umsetzung des Koalitionsvertrags), in Österreich Erleichterung. Das, obwohl die Umsetzung in Deutschland durch eine konservative Regierung erfolgt ist, in Österreich durch eine sozialdemokratisch geführte Regierung und unter einem Bundesminister für Arbeit, der davor Präsident der Gewerkschaft war. Woran kann das liegen? Es kommen u. a. drei Gründe in Betracht.

Einen Grund könnte die Absicherung durch flächendeckende Tarifverträge und die relativ zwingende Wirkung des Gleichstellungsgebotes darstellen. Es stellt sich das Problem langfristiger Überlas-

²⁴ OGH 03.12.2003, Az.: 90bA113/03p.

²⁵ § 10 Abs. 1a AÜG.

²⁶ *Felix Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 344.

²⁷ *Felix Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 343 f.

sungen daher nicht in derselben Dringlichkeit wie in Deutschland. Das kann aber nur ein Teil der Begründung sein, denn auch in Österreich sind Leiharbeitnehmer trotz der Tarifverträge in vielerlei Hinsicht gegenüber Stammarbeitnehmern benachteiligt.

Ein Grund könnte auch darin liegen, dass die Republik Österreich Dauerüberlassung in ihrem Einflussbereich selbst als Gestaltungsmittel nutzt. Bei der Schaffung des öAÜG in den 80er-Jahren wurden in der verstaatlichten Industrie Dauerüberlassungen als „Instrument der verdeckten Redimensionierung innerbetrieblicher Arbeitsbedingungen“²⁸ eingesetzt. Aktuell, also insbesondere auch vor wie nach Umsetzung der Leiharbeits-RL, werden Dauerüberlassungen wieder von der Republik als Entleiher eingesetzt um einen Aufnahmestopp in Ministerien und anderen Einrichtungen zu umgehen.²⁹ Die österreichische Politik möchte hier offenkundig nicht der Wirtschaft Schranken auferlegen, die sie selbst nicht einhält.

Ein weiterer Grund könnte in der Struktur der österreichischen Gewerkschaft liegen. Es scheint, dass der Kampf um langfristige Überlassungen in Deutschland besonders von den Gewerkschaften intensiv geführt wird. Die österreichische Gewerkschaft widmet dem Thema demgegenüber vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit. Das möglicherweise deshalb, weil kaum ein Machtverlust durch die Zunahme von Leiharbeit droht. Eine möglicherweise geringere Organisationsdichte der Gewerkschaft bei Leiharbeitnehmern wird durch die zwingende Mitgliedschaft aller Arbeitnehmer bei der gesetzlichen Interessenvertretung Arbeiterkammer abgedeckt. Auch innerhalb der Gewerkschaftsorganisation wird durch die überlassenen Arbeitnehmer keine übermäßige Verschiebung der Machtstruktur zwischen Teilgewerkschaften stattfinden. Es gibt ja, wie bereits erwähnt, keine eigene Organisationseinheit für überlassene Arbeitnehmer.

²⁸ Wolfgang Mazal in: Körber-Risak/Wolf (Hrsg.), Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle (2009) 190 f.

²⁹ Ministerien umgehen Aufnahmestopp, [derstandard.at](http://derstandard.at/1356427710395/Bilanztricks-Staat-macht-es-Firmen-nach-abgerufen) vom 14.1.2013 <http://derstandard.at/1356427710395/Bilanztricks-Staat-macht-es-Firmen-nach-abgerufen> am 17.9.2013; Prekär beim Bund, [paroli-magazin.at](http://www.paroli-magazin.at/paroli-ueber-paroli/prekaer-beim-bund/), <http://www.paroli-magazin.at/paroli-ueber-paroli/prekaer-beim-bund/> abgerufen am 17.9.2013.

III. Freie Industriedienstleistung

1. Einleitung

Es wird gesagt, dass in Deutschland Industriedienstleistungen stark zugenommen hätten;³⁰ verlässliche Daten liegen aber wohl nicht vor. Als Gründe für die Zunahme werden erstens die stärkere Regulierung der Leiharbeit genannt; Unternehmen hätten daher Leiharbeit durch Industriedienstleistungen ersetzt. Diese bieten dem Auftraggeber weiter jene Vorteile zur Flexibilität bei Beendigung und häufig eine Lohndifferenz, die bisher die Leiharbeit bot.³¹ Dazu kommen die erwähnten Vorteile aus Spezialisierung und Effizienz.

In Deutschland wurde daher die Abgrenzung von Leiharbeit und Industriedienstleistungen intensiv diskutiert, und es gibt nicht wenige arbeitsgerichtliche Urteile zur Frage, ob jemand Leiharbeiter war. Die deutsche Judikatur stellt zur Abgrenzung entscheidend darauf ab, ob der Auftraggeber A und seine Mitarbeiter gegenüber den Mitarbeitern des B jene Befugnisse haben oder ausüben, die für einen Arbeitsvertrag charakteristisch sind, oder aber sich auf jene Einflussnahmen beschränken, die für Werkvertrag oder Dienstvertrag typisch sind. Industriedienstleistung kann danach nur vorliegen, wenn der Auftraggeber A dem Auftragnehmer B und dessen Mitarbeitern nur fachliche Weisungen gibt und sich auf eine Kontrolle des Arbeitsergebnisses beschränkt. Zeitarbeit liegt hingegen insbesondere vor, wenn A und seine Mitarbeiter bestimmen, wer von den Mitarbeitern des B eine bestimmte Arbeit macht und wann dies erfolgen soll, und wenn A den Mitarbeitern des B direkt – also ohne Dazwischenschalten eines Vorgesetzten auf Seiten des B – anschafft, was zu tun ist. Das LAG Baden-Württemberg hat anhand dieser Kriterien jüngst entschieden, dass Mitarbeiter des B, die beim IT-Support tätig waren, in Wahrheit Leiharbeiter waren, weil Mitarbeiter des A ihnen wiederholt Arbeitsaufträge erteilten und die bei A für den Kontakt mit B Verantwortliche davon zumindest wusste.³² Neben dem genannten Kriterium haben andere Kriterien nach herrschender Meinung keine oder so gut wie keine Bedeutung.

³⁰ Volker Rieble, Industrienähe Dienstleistungen zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 137 (138 f.).

³¹ Volker Rieble, Industrienähe Dienstleistungen zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 139 f.

³² LAG Baden-Württemberg 1.8.2013, 2 Sa 6/13, NZA 2013, 1017.

Das Phänomen der Industriedienstleistungen gibt es auch in Österreich. Auch hier können die Differenzen in den Tariflöhnen dafür ein Anreiz sein, wenngleich wie gesagt fast alle Unternehmen an einen Tarifvertrag gebunden sind. Die Tariflöhne im Reinigungs- und im Überwachungsgewerbe sind aber auch bei uns geringer als in der Industrie.³³ Es gibt auch in Österreich höchstgerichtliche Entscheidungen zur Abgrenzung von Industriedienstleistungen und Leiharbeit. Allerdings betreffen diese Entscheidungen primär die Zulässigkeit der Beschäftigung von Arbeitnehmern aus neuen Mitgliedstaaten oder das Beitragsrecht der Sozialversicherung. Hingegen gibt es nur wenige Klagen von Arbeitnehmern.³⁴ Eine von mehreren möglichen Erklärungen dafür wäre, dass die Abgrenzung zur Leiharbeit in Österreich klarer geregelt ist. Tatsächlich gibt es anders als in Deutschland eine eigene Bestimmung, die diese Grenzziehung erleichtern soll. Im Folgenden wird zuerst diese Regelung vorgestellt. Im Anschluss wird die unionsrechtliche Perspektive dargestellt. Vorweg sei hervorgehoben, dass das österreichische Recht dem Betriebsrat keine Rechte gibt, bei der Frage mitzubestimmen, ob ein Unternehmen eine Tätigkeit durch eigene Arbeitnehmer vornehmen lässt oder damit ein Fremdunternehmen beauftragt.

2. Abgrenzung zur Leiharbeit – Gesetzliche Regelung in Österreich

Die einschlägige Bestimmung im österreichischen Gesetz 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 zu-rechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder

2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunterneh-mers leisten oder

³³ Vgl. für Deutschland Volker Rieble, Industrienähe Dienstleistungen zwi-schen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 162; er wählt als Beispiel die Lohndifferenz zwischen dem Tariflohn einer Reinigungskraft im Met-alltarif und dem Gebäudereinigertariflohn. Grds. ist die Situation in Österreich vergleichbar. Hier sieht der Metall-KV einen Mindestlohn von € 9,72 vor, der Gebäudereiniger-KV von € 7,88 (Werte 2013).

³⁴ OGH 8 ObA 28/01b DRdA 2003/1; 9 ObA 96/08w DRdA 2009, 426; 8 ObA 54/11s ZAS 2013, 189 (Katharina Körber-Risak); wohl auch in OGH 8 ObA 203/02i ARD 5408/8/2003.

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.“³⁵

Diese Bestimmung wurde bereits 1988 bei Schaffung des öAÜG eingeführt. Interessant ist, dass sie auf einen deutschen Gesetzesentwurf aus 1975³⁶ sowie Stellungnahmen in der deutschen Lehre³⁷ aufbaut.³⁸ Der damalige deutsche Entwurf wurde aber nicht beschlossen, und bis heute gibt es keine vergleichbare Bestimmung im deutschen Recht.³⁹ Im Frühjahr 2013 hat aber die SPD einen Gesetzesentwurf vorgelegt, der in die Richtung der österreichischen Regelung geht.⁴⁰ Im Koalitionsvertrag ist vorgesehen, dass die wesentlichen Abgrenzungsmerkmale, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden, gesetzlich verankert werden sollen.⁴¹

Die Elemente, die der österreichische Gesetzgeber in den vier Ziffern für relevant erklärt, sind auch in Deutschland nicht unbekannt. Nach Ziffer 2 ist darauf abzustellen, wer Material und Werkzeug vorwiegend zur Verfügung stellt.⁴² Nach Ziffer 4 kommt es darauf an, ob der Werkunternehmer für den geschuldeten Erfolg haftet,⁴³ im Grunde ist dies ein Verweis auf den Unterschied zwischen Dienstverschaffungsvertrag und Werkvertrag.⁴⁴ Das Gesetz stellt damit darauf

³⁵ BGBl 1988/196.

³⁶ Vgl. zu diesem Entwurf *Claus Becker*, Zur gesetzlichen Entwicklung auf dem Gebiet der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, BStSozArbR 1976, 225 (228 ff.).

³⁷ Vgl. insb. *Jürgen Göbel*, Arbeitnehmerüberlassung, Werkverträge und verschobene Arbeitgeberisiken (I und II), BStSozArbR 1973, 309 & 324.

³⁸ Das öAÜG beruht auf zwei Gutachten, beide nehmen zur deutschen Entwicklung Stellung: *Wolfgang Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1978) 107 ff.; *Gerhard Schnorr*, Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung (1979) 31 ff.

³⁹ *Piero Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011), 99 f. (Fn. 429).

⁴⁰ *Stefan Greiner*, Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 697 (703).

⁴¹ Koalitionsvertrag 69.

⁴² Vgl. zum deutschen Recht ablehnend *Volker Rieble*, Industrienähe Dienstleistungen zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 154 f. mwN.

⁴³ Vgl. für die Bedeutung bei der deutschen Abgrenzung etwa *Volker Rieble*, Industrienähe Dienstleistungen zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 155 ff.

⁴⁴ *Theodor Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung (2010) 21.

ab, ob überhaupt ein Erfolg vereinbart ist, für den gehaftet werden kann. Da die Regelung explizit nur Werkverträge in den Blick nimmt, kann man daraus wohl nicht schließen, dass das Vorliegen eines Dienstvertrages zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer stets ein Indiz für Leiharbeit sei. Der österreichische Gesetzgeber hat 1988 offenbar die Auslagerung in Form von Werkverträgen als wichtigstes Problem gesehen. Nach Ziffer 1 kommt es darauf an, ob sich das Arbeitsergebnis des Drittpersonals vom Produkt des Dienstleistungsempfängers unterscheidet.⁴⁵ All diese Prüfungsmerkmale sind auch in der deutschen Diskussion aufgetaucht, allerdings stellt die herrschende Meinung wie gesagt nicht entscheidend darauf ab. § 4 Abs. 2 Ziffer 3 öAÜG nennt schließlich auch das Kriterium, das in Deutschland im Mittelpunkt der Prüfung steht,⁴⁶ nämlich die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers und die Dienstaufsicht, und damit implizit auch die Ausübung des arbeitnehmertypischen Weisungsrechts durch den Auftraggeber. Allerdings erwähnt das österreichische Gesetz auch die Fachaufsicht und damit ein Element, das in Deutschland derzeit nicht oder doch weit weniger entscheidend ist. Wie bei der Prüfung der Arbeitnehmer-Eigenschaft kann man auch beim Drittpersonaleinsatz fachliche und persönliche Weisungen unterscheiden. Für die Arbeitnehmereigenschaft soll es primär auf die Befugnis zu persönlichen Weisungen ankommen, weil auch einem Werkbesteller eine gewisse sachliche Weisungsbefugnis zukommt. In Deutschland wird dies auch bei der Abgrenzung der Leiharbeit durchgehalten, nach dem österreichischen Gesetz scheinen hingegen auch fachliche Weisungen für Überlassung zu sprechen. Es kommt darauf an, ob der Unternehmer, der die Dienstleistung der Arbeitnehmer faktisch empfängt, das Drittpersonal durch Weisungen steuern kann.

Die wesentlichste Frage zur österreichischen Regelung ist aber jene nach dem Verhältnis der einzelnen Ziffern des § 4 Abs. 2 öAÜG und der Rechtsfolge der Bestimmung. Nach dem Wortlaut reicht die Erfüllung auch nur einer Ziffer, diese werden mit dem Wort „oder“ verknüpft. Die Rechtsfolge scheint die unwiderlegbare Vermutung

⁴⁵ Vgl. für Deutschland *Stefan Greiner*, Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 697 (697 f.): „Der werkvertragliche Fremdpersonaleinsatz scheint umso problematischer, je stärker er an die Realisierung des eigentlichen Betriebszwecks heranrückt.“

⁴⁶ *Volker Rieble*, Industriennahe Dienstleistungen zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 146: „einhelliges Zentralkriterium“.

für das Vorliegen von Leiharbeit zu sein (arg.: „Arbeitskräfteüberlassung liegt [...] vor“). Kann das tatsächlich der Fall sein? Drastische Beispiele lassen sich einfach finden, etwa zu Ziffer 2, dem Zurverfügungstellen des Materials und der Werkzeuge. Wird man zum Entleiher, wenn man dem Elektriker, den ein Unternehmen geschickt hat, mit Isolierband aushilft?⁴⁷ Die Lehre lehnt mehrheitlich eine isolierte Betrachtung der einzelnen Ziffern ab, vertreten wird stattdessen die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung.⁴⁸ Auch die österreichischen Gerichte scheinen nicht vollständig überzeugt von der strengen Orientierung am Wortlaut. Der OGH schweigt bis heute zu dieser Frage.⁴⁹ Besonders deutlich wird die Entscheidungsschwierigkeit in der Rechtsprechung des VwGH, insbesondere zur Ausländerbeschäftigung. Der VwGH wechselt scheinbar willkürlich zwischen den beiden Auslegungsvarianten.⁵⁰ Teilweise reicht die Erfüllung einer Ziffer für das Vorliegen von Leiharbeit,⁵¹ teilweise wird auf eine Gesamtbetrachtung abgestellt.⁵²

Richtigerweise wird auch im österreichischen Recht die Weisungsbefugnis des Entleihers im Vordergrund stehen müssen. Das ergibt sich insbesondere aus dem Zweck des öAÜG. Die Schutzbedürftigkeit der Leiharbeitnehmer folgt aus der Bindung gegenüber dem Entleiher.⁵³ Nur wenn diese vorliegt, kann auch Leiharbeit vorliegen. Die Ziffer 3 der österreichischen Bestimmung, in der die Weisungsbefugnis des Entleihers genannt wird, ist daher den anderen Ziffern vorrangig.⁵⁴ Die anderen Ziffern, also etwa das Abstellen auf

⁴⁷ Wolfgang Mazal, Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung, in: FS Krejci (2001) 1589 (1606).

⁴⁸ Helmut Andexlinger, Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung? RdW 1988, 391 (393); Ferdinand Kerschner, Rohrverlegung in „Subauftrag“ DRdA 1989, 134 (136), Walter Geppert, AÜG (1989) 56; Remo Sacherer in: Sacherer/Schwarz (Hrsg.), AÜG² 133; Heinz Bachler, Ausländerbeschäftigung (1995) 65 f.

⁴⁹ OGH 8 ObA 28/01b DRdA 2003/1 (Walter Geppert).

⁵⁰ Dazu und zum Folgenden Robert Rebhahn/Felix Schörghofer, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 377.

⁵¹ Vgl. z. B. VwGH 22.10.1996, 94/08/0178; 29.04.2011, 2010/09/0161.

⁵² Vgl. z. B. VwGH 18.11.1998, 96/09/0281; 22.04.2010, 2007/09/0358.

⁵³ Walter Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995), 89, rückt diesen Zweck in den Vordergrund.

⁵⁴ Robert Rebhahn/Felix Schörghofer, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 378; auch an einem aktuellen deutschen Gesetzesentwurf wird kritisiert, dass die Weisungsbindung gleichrangig und alternativ neben anderen Merkmalen stehen soll: Stefan Greiner, Werkvertrag

die Werkzeuge und den Inhalt der geschuldeten Leistung können das Vorliegen von Weisungsbefugnis und Eingliederung nur indizieren, aber nicht ersetzen. Diese Auslegung dürfte im Ergebnis zu einer vergleichbaren Abgrenzung wie im deutschen Recht führen. Allenfalls spricht das Erteilen fachlicher Weisungen in Österreich mehr für Leiharbeit als in Deutschland. Daher wird ein echter Werkvertrag nur in den seltensten Fällen gleichzeitig als Arbeitskräfteüberlassung einzuordnen sein.⁵⁵

3. Vorgaben des Unionsrechts

Die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung wurde in Österreich zuletzt insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten diskutiert,⁵⁶ genauer bei der Frage, ob Unternehmer aus einem neuen Mitgliedstaat während der Übergangsfristen zulässigerweise von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch gemacht haben oder aber unzulässigerweise Arbeitskräfte an ein österreichisches Unternehmen überlassen haben. In der Folge ist die Frage aufgetaucht, ob das Unionsrecht Vorgaben zur Abgrenzung von Werkverträgen bzw. Dienstverträgen und Leiharbeit macht. Tatsächlich taucht diese Unterscheidung sowohl im Primär- als auch im Sekundärrecht auf.

Zum Primärrecht ist zu sagen, dass sowohl grenzüberschreitende Industriedienstleistungen als auch grenzüberschreitende Leiharbeit unter die Dienstleistungsfreiheit fallen.⁵⁷ Leiharbeit, im Gegensatz zu Werkverträgen, steht zusätzlich aber auch in einem Naheverhältnis zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁵⁸ Deutlich wurde dieser Unterschied aufgrund der Beitrittsverträge der 2004 beigetretenen mittelosteuro-

und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 703.

⁵⁵ Vgl. aber VwGH 22.10.1996, 94/08/0178.

⁵⁶ Die Abgrenzung von Werkvertrag und Leiharbeit ist im österr. Ausländerbeschäftigungsrecht von Bedeutung. Sucht man im Rechtsinformationssystem des österr. Bundeskanzleramts (<http://www.ris.bka.gv.at/>) nach Entscheidungen des VwGH zu § 4 Abs. 2 AÜG erscheinen 93 Ergebnisse abgerufen am 8.11.2013.

⁵⁷ *Franzen*, Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011, 256; *Robert Rebhahn/Felix Schörghofer*, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils *Vicoplus*, wbl 2012, 373.

⁵⁸ *Franzen*, Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011, 255 (259).

päischen Mitgliedsstaaten. Den alten Mitgliedstaaten wurde in diesen Verträgen die Möglichkeit eingeräumt, bis längstens 2011 die Arbeitnehmerfreizügigkeit einzuschränken. Eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit war demgegenüber grundsätzlich verboten, für Österreich und Deutschland gab es eine Ausnahme, die hier nicht relevant ist.⁵⁹ An den EuGH wurde die Frage herangetragen, ob die alten Mitgliedstaaten während dieser Phase Leiharbeit aus den neuen Mitgliedstaaten beschränken durften. Der EuGH bejahte dies in der Entscheidung *Vicoplus*.⁶⁰ Er tut dies wegen der besonderen Auswirkung der Leiharbeit auf den Arbeitsmarkt des Empfangsstaates. Die Einschränkung der Leiharbeit war also zulässig, die Einschränkung anderer Dienstleistungen, etwa von Werkverträgen dagegen unzulässig.

Im Sekundärrecht ist die Unterscheidung zwischen Leiharbeit und sonstigen Dienstleistungen ebenfalls relevant, nämlich zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs der beiden Richtlinien zur Leiharbeit.⁶¹ Daneben ist die Unterscheidung auch bei der Entsende-RL wichtig. Die Entsende-RL erlaubt den Empfangsstaaten nur bestimmte arbeitsrechtliche Bestimmungen auf die entsendeten Arbeitnehmer anzuwenden. Sie ist auch auf grenzüberschreitende Leiharbeit anwendbar. Bei dieser erlaubt die Entsende-RL allerdings eine weitergehende Regulierung als bei „normalen“ Entsendungen.⁶²

Wegen der dargestellten Unterschiede in der Rechtslage ist ein unionsrechtlicher Begriff der Leiharbeit notwendig. Der EuGH hat in der Rechtssache *Vicoplus* diese Begriffsbildung vorgenommen; er definiert Leiharbeit wie folgt: Leiharbeit „ist eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen

⁵⁹ Die Ausnahme beschränkte sich auf bestimmte Sektoren, die Leiharbeit wird nicht genannt.

⁶⁰ EuGH 10.2.2011, verb. Rs. C 307/09, C 308/09, C 309/09, *Vicoplus*, Slg. 2011, I-453.

⁶¹ RL 91/383/EWG des Rates vom 25.6.1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, ABl L 1991/206, 19; RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl L 2008/327, 10.

⁶² Volker Rieble, Industrienähe Dienstleistungen zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 164.

würde. Ihr wesentliches Merkmal besteht darin, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt.⁶³

Das Kernelement dieser Definition ist, dass Leiharbeiternehmer „unter der Aufsicht und der Leitung“ des Entleiher arbeiten.⁶⁴ Der EuGH ist so zu verstehen, dass Leiharbeit dann vorliegt, wenn der Entleiher über die Arbeitnehmer, die ihm zur Verfügung gestellt wurden, in ähnlicher Weise disponieren kann wie über seine eigenen Arbeitnehmer. Das folgt u. a. daraus, dass der EuGH die Formulierung „unter der Aufsicht“ auch bei der Definition der unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffe verwendet.⁶⁵ Wie im Schlussantrag dargelegt wird, bedeutet das, dass das Vorliegen von Leiharbeit insbesondere davon abhängig ist, ob dem Entleiher die Weisungsbefugnis gegenüber den Arbeitnehmern zukommt.⁶⁶

Welche Bedeutung hat nun dieser unionsrechtliche Leiharbeits-Begriff für die nationalen Rechtsordnungen? Die nationalen Gesetzgeber müssen sich bei der Regulierung *grenzüberschreitender* Dienstleistungen an diese Begriffsbildung halten. Das österreichische Recht sieht die Anwendung des öAÜG auch auf Überlassungen aus anderen Mitgliedstaaten vor.⁶⁷ Das verstößt nur dann nicht gegen die Entsende-RL, wenn auch Leiharbeit im Sinne des Unionsrechts vorliegt. Eine Anwendung des nationalen Rechts zur Leiharbeit auf Konstellationen, die nicht unter den unionsrechtlichen Begriff der Leiharbeit fallen, würde daher gegen die Entsende-RL und wohl auch gegen Primärrecht verstoßen. Bei grenzüberschreitender Leiharbeit ist § 4 Abs. 2 öAÜG also jedenfalls unionsrechtskonform im vorhin vertretenen Sinne zu interpretieren.⁶⁸ Es muss also das Weisungsrecht des potentiellen Entleiher im Vordergrund stehen. Wie schon Rieble dargelegt hat, muss diese Schranke auch vom deutschen Ge-

⁶³ Vicoplus Tenor.

⁶⁴ *Robert Rebhahn/Felix Schörghofer*, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 374.

⁶⁵ *Robert Rebhahn/Felix Schörghofer*, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 375.

⁶⁶ SA Rz. 63.

⁶⁷ § 1 Abs. 5 öAÜG.

⁶⁸ Vgl. *Robert Rebhahn/Felix Schörghofer*, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 378 f.

setzgeber bei möglichen Ausweitungen des Leiharbeitsbegriffes beachtet werden, insbesondere bei Vermutungsregeln.⁶⁹

Ist der nationale Gesetzgeber durch diesen unionsrechtlichen Leiharbeitsbegriff auch bei der Regulierung reiner Inlandssachverhalte gebunden? Grundsätzlich nein. Die Entsende-RL und die Grundfreiheiten beeinflussen reine Inlandssachverhalte nicht. Die Leiharbeits-RL steht einer Regulierung anderer innerstaatlicher Dienstleistungen, die nicht unter ihren Anwendungsbereich fallen, nicht entgegen. Allerdings ist fraglich, ob es wirtschaftlich sinnvoll ist, inländische Dienstleistungen dem AÜG zu unterwerfen, wenn ausländische Anbieter dieselbe Dienstleistung ohne diese Einschränkung erbringen können. Neben dieser rechtspolitischen Überlegung kann diese Situation auch juristisch problematisch sein. Wegen der Differenzierung zulasten der innerösterreichischen Überlasser kann, vorbehaltlich einer genauen Überprüfung, eine verbotene Inländerdiskriminierung vorliegen.⁷⁰ Es kann daher festgehalten werden, dass das Unionsrecht den nationalen Gesetzgeber bei der Regulierung der freien Industriedienstleistung zumindest mittelbar beeinflusst und einer Ausdehnung des Leiharbeitsbegriffes zulasten der Industriedienstleistung entgegensteht.

IV. Zusammenfassung und Bewertung

Nach dieser Darstellung haben Sie sich vielleicht schon ein Bild darüber gemacht, ob der Drittpersonaleinsatz in Österreich überzeugen-der reguliert wird als in Deutschland.

Zur Leiharbeit ist zu sagen, dass die Gestaltung der Arbeitsbedingungen von den Gegebenheiten der österreichischen Sozialpartnerschaft, der hohen Tarifbindung und der Unabdingbarkeit des Gleichstellungsanspruchs geprägt wird. Das österreichische Recht begegnet der Überlassung nicht mit allzu viel Misstrauen, schützt die überlassenen Arbeitnehmer dafür aber auch schon lange vor Unterschreiten des Tariflohnes beim Entleiher. Die gegenläufigen Entwicklungen in Deutschland und Österreich zu dauerhaften Überlassungen sind

⁶⁹ Volker Rieble, Industrienähe Dienstleistungen zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2013, 164.

⁷⁰ In diese Richtung auch Rolf Gleissner, Impulsreferat 6. Wiener Oktobergespräche 2013.

grundsätzlich politisch zu bewerten, eine Stellungnahme soll daher hier nicht erfolgen. Kritisiert kann allerdings werden, und zwar für beide Länder, dass die Stellungnahme des Gesetzgebers in dieser Angelegenheit bislang nicht eindeutig erfolgt. Eine Bewertung kann außerdem erst vorgenommen werden, wenn geklärt ist, wie der EuGH die Vorgabe der Richtlinie versteht, ob das Unionsrecht also ein Verbot dauerhafter Überlassungen verlangt. Es ist bereits ein Vorabentscheidungsersuchen eines finnischen Gerichts anhängig. Allerdings wird darin nicht gefragt, ob die Leiharbeits-RL das Verbot der dauerhaften Überlassung verlangt. Stattdessen wird umgekehrt gefragt, ob es die Leiharbeits-RL erlaubt, dass „längerfristiger Einsatz von Leiharbeitnehmern [...] als verbotener Einsatz von Leiharbeitskräften eingestuft“ wird.⁷¹

Zu Industriedienstleistungen ist zu sagen, dass es in Österreich wie in Deutschland, keine Regulierung in dem Sinn gibt, dass eine „Verschlechterung“ der Arbeitsbedingungen im Vergleich zu jenen des Auftraggebers ausgeglichen würde. Die einzige Regulierungsmaßnahme des österreichischen Gesetzgebers besteht darin, über die Industriedienstleistung das Damoklesschwert der Leiharbeit zu hängen. In Österreich hängt dieses Schwert durch die Sonderbestimmung des § 4 Abs. 2 öAÜG an einem etwas dünneren Haar als in Deutschland. Diese Sonderbestimmung vermag bei genauerer Betrachtung aber nicht zu überzeugen. Insbesondere spielen Zwecküberlegungen – die Schutzbedürftigkeit der Leiharbeitnehmer – bei strenger Orientierung am Wortlaut keine ausreichende Rolle. Die unklare Rechtsprechung der österreichischen Gerichte kann als Symptom für diese Schwäche des Gesetzes gesehen werden. Jedenfalls ist ein Abgehen vom Weisungsrecht des Dienstleistungsempfängers, als zentrales Merkmal der Abgrenzung, vor dem Hintergrund des Unionsrechts problematisch. Auf der anderen Seite ist das Schwert in Deutschland doch beträchtlich schärfer. Hier sieht das Gesetz bei unzulässiger Zeitarbeit vor, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher entsteht, was auch gilt oder zumindest nach dem Koalitionsvertrag gelten soll wenn eine angebliche Industriedienstleistung in Wahrheit Leiharbeit darstellt. In Österreich gibt es diese scharfe Sanktion nicht.

Eine Lösung für sämtliche Probleme des Drittpersonaleinsatzes wurde in Österreich also jedenfalls nicht gefunden. Wenn der Dritt-

⁷¹ Rs. C-533/13 AKT. Das BAG 10.7.2013, 7 ABR 91/11 verneint diese Frage selbständig, allerdings ohne auf Art. 4 Leiharbeits-RL einzugehen.

personaleinsatz in Österreich dennoch weniger politische Aufmerksamkeit erfährt, dann ist das vielleicht nur Ruhe vor dem Sturm. Gustav Mahler soll gesagt haben: Wenn die Welt untergeht, ziehe ich nach Wien, dort passiert alles erst Jahre später.