

# **Diener fremder Herren –**

## **Aktuelle Rechtsfragen der Arbeitskräfteüberlassung**

6. Wiener Oktobergespräche 2013



Stefan Kühteubl, Wien

## Zu Grundlagen und Entwicklung des AÜG – Eine Bestandaufnahme

### Übersicht:

- I. Historische Entwicklung und Rechtslage vor Inkrafttreten des AÜG 1988
- II. Rechtslage nach Inkrafttreten des AÜG
- III. Europarechtliche Entwicklung
- IV. AÜG-Novelle 2012 (BGBl I 2012/98)
- V. Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung
- VI. Judikatur – „Schlaglichter“
  - A. Atypische Arbeitskräfteüberlassung
  - B. Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang

### I. Historische Entwicklung und Rechtslage vor Inkrafttreten des AÜG 1988

Das Phänomen der Arbeitskräfteüberlassung ist keine Erscheinung der jüngeren Vergangenheit, sondern entwickelte sich bereits relativ bald nach dem 2. Weltkrieg. In den 1960er Jahren diente Arbeitskräfteüberlassung vor allem der sogenannten „Spitzenabdeckung“. Arbeitnehmer wurden vor allem im eigenen Betrieb eingesetzt und nur gelegentlich sowie vorübergehend „entliehen“.<sup>1)</sup>

In den 1970er Jahren entwickelte sich die Arbeitskräfteüberlassung jedoch vermehrt dahingehend, dass nicht nur eine kurzfristige „**Entleihung**“, sondern eine „**Verleihung**“ der Arbeitnehmer stattfand. Die Arbeitnehmer wurden vom Arbeitgeber zur Dienstleistung im fremden Betrieb aufgenommen, die Arbeitskräfteüberlassung etablierte sich als Dienstleistung. Dies hing auch damit zusammen, dass in den 1970er Jahren zahlreiche wichtige Schutzvorschriften für die Arbeitnehmer erlassen wurden und daher die Nachfrage an überlassenen Arbeitskräften stieg.

Diese Entwicklung führte dazu, dass Arbeitnehmervertreter die – wohl nicht unberechtigte – Sorge hatten, dass die Arbeitskräfteüberlassung zu einer zunehmenden „**Flucht**“ aus dem Arbeitsrecht bzw zu einer „**Aushöhlung**“ des Schutzniveaus missbraucht wird. Der Beschäftigte als wirtschaftlicher Nutznießer der Arbeitskraft **war weder für den Entgeltschutz, den Arbeitszeitschutz, den Bestandschutz oder den persönlichen Arbeitsschutz** zuständig. Zudem gab es Unklarheit, welcher Betriebsrat für überlassene Arbeitskräfte zuständig ist.

Weiters wurde es für überlassene Arbeitskräfte als äußerst nachteilig empfunden, dass § 1155 ABGB durch vertragliche Vereinbarung abbedungen werden konnte: § 1155 ABGB räumt dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Ent-

<sup>1)</sup> Siehe Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung<sup>2</sup> 3 f.

geltfortzahlung ein, wenn er an der Dienstleistung aus Gründen verhindert ist, die auf Seite des Arbeitgebers liegen. Diese Bestimmung hat daher insbesondere für „Stehzeiten“ von überlassenen Arbeitskräften zwischen zwei Überlassungen große Bedeutung. Wenn nichts anderes vereinbart wird, behält die überlassene Arbeitskraft auch während dieser Stehzeiten Anspruch auf Zahlung des Entgelts.

Die erwähnten Sorgen der Arbeitnehmervertreter waren also durchaus berechtigt: Das Dreiecksverhältnis „Verleiher“ – „Leiharbeitnehmer“ – „Entleiher“ gestaltete sich damals (wie heute) so, dass ausschließlich zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher eine arbeitsvertragliche Bindung bestand. Zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher bestand nach herrschender Auffassung keine vertragliche Beziehung. Die Vertragsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher wurde als „Dienstverschaffungsvertrag“ qualifiziert. Auf zivilrechtlicher Ebene bestand somit zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher keine rechtliche Beziehung, insbesondere weil der Dienstverschaffungsvertrag nicht als Vertrag zu Gunsten Dritter angesehen wurde und wird. Der Beschäftigte hatte daher lediglich seine entgeltlichen Verpflichtungen gegenüber dem Verleiher zu erfüllen.

Der Gesetzgeber reagierte 1969 auf den zunehmenden Missbrauch der Leiharbeit indem er § 9 Abs 4 AMFG schuf.<sup>2)</sup> Mit dieser Bestimmung wurde die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften an Dritte der damals verbotenen Arbeitsvermittlung gleichgestellt, wenn (i) dem Überlasser Arbeitgeber ähnliche Befugnisse zukommen, (ii) dieser aber die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos von Stehzeiten nicht übernimmt. Arbeitskräfteüberlassung war daher nur dann nicht mit der verbotenen Arbeitsvermittlung gleichzusetzen, wenn der Überlasser das Unternehmerrisiko auch während der „Stehzeiten“ übernimmt.

Im Zusammenhang mit der Übertragung des Arbeitgeberrisikos auf die überlassenen Arbeitskräfte durch Abbedingung des dispositiven § 1155 ABGB ist zudem die Entscheidung des OGH vom 27. 1. 1987<sup>3)</sup> zu erwähnen. In diesem Erkenntnis sah der OGH Vereinbarungen zwischen Überlassern und überlassenen Arbeitskräften, die für Stehzeiten eine Abbedingung des Entgeltanspruchs der überlassenen Arbeitskräfte vorsahen, im Hinblick auf § 9 Abs 4 AMFG als nichtig an. Trägt der Überlasser nicht das wirtschaftliche Wagnis der temporären Nichteinsatzbarkeit, liege laut OGH tatsächlich keine Arbeitskräfteüberlassung, sondern eine (damals) verbotene Arbeitsvermittlung vor.

Auch der damalige § 9 Abs 4 AMFG half allerdings nicht, den Missbrauch der Arbeitskräfteüberlassung einzudämmen. Bis Mitte der 1980er Jahre wurde daher von Seiten der Arbeitnehmervertreter immer wieder das gänzliche Ver-

<sup>2)</sup> BGBl 1969/31. § 9 Abs 4 AMFG lautete damals wie folgt: „Als Tätigkeit im Sinnes des Abs. 1 gilt des weiteren auch die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften an Dritte, sofern demjenigen, der die Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, diesen gegenüber arbeitgeberähnliche Befugnisse zukommen, ohne daß er entsprechende Pflichten, insbesondere das wirtschaftliche Wagnis, auf längere Dauer und unabhängig davon übernimmt, ob eine Beschäftigung nachgewiesen werden kann.“

<sup>3)</sup> Arb 10.603.

bot der Arbeitskräfteüberlassung gefordert.<sup>4)</sup> Der Gesetzgeber reagierte auf diese Forderung kompromisshaft mit Erlassung des AÜG.

## II. Rechtslage nach Inkrafttreten des AÜG

Das AÜG trat in seiner Stammfassung mit 1. 7. 1988 in Kraft.<sup>5)</sup> In den EB zu RV<sup>6)</sup> wird festgehalten, dass es durch § 9 Abs 4 AMFG nicht gelungen sei, die beabsichtigte Eindämmung der Überlassung von Arbeitskräften in Form der gewerbsmäßigen Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zu erreichen. Mit Erlass des AÜG sollte daher nun jene Zielsetzung verwirklicht werden, die bereits zum Zeitpunkt der Schaffung des § 9 Abs 4 AMFG bestanden hat, nämlich die Möglichkeit einer Umgehung der verbotenen Arbeitsvermittlung zu unterbinden.

Die EB hielten fest, dass folgende Schutzdefizite überlassener Arbeitskräfte bestehen:

- keine kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen und Löhne;
- kein ausreichender Schutz durch die Betriebsverfassung im Beschäftigetrieb;
- befristet abgeschlossene Arbeitsverträge mit dem Überlasser;
- Gefahr der Unterlassung der Anmeldung zur Sozialversicherung.

Das AÜG enthielt (und enthält bis heute) kein Verbot der Arbeitskräfteüberlassung, auch nicht für bestimmte Branchen bzw Sektoren.<sup>7)</sup> Das AÜG enthält vielmehr **Regulierungsvorschriften**, die den Schutz der überlassenen Arbeitskraft bezwecken.

Das AÜG 1988 fasste den Begriff der Arbeitskräfteüberlassung sehr weit. Gemäß dem bis heute unverändert gebliebenen § 3 Abs 1 AÜG 1988 ist die Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Eine bestimmte Einschränkung für einen gewerblichen Zweck bzw bestimmte Arten der Arbeitskräfteüberlassung erfolgte nicht.

§ 1 AÜG 1988 nahm allerdings mehrere Erscheinungsformen von Überlassungen vom Anwendungsbereich des AÜG gänzlich oder teilweise aus. Gemäß § 1 Abs 2 Z1 AÜG war zunächst vor allem die Überlassung **an** und **durch** Gebietskörperschaften von den Abschnitten II bis IV des AÜG und somit von den materiellen Bestimmungen dieses Gesetzes ausgenommen. Weiters war gemäß § 1 Abs 2 Z 5 die Überlassung von Arbeitskräften zwischen Konzernunternehmen innerhalb eines Konzerns im Sinne des § 15 AktG oder § 115 des GmbHG von den Abschnitten II bis IV ausgenommen, sofern die Überlassung nicht zum Betriebszweck des überlassenden Unternehmens gehörte. Schließlich sah § 1

---

<sup>4)</sup> Schindler, Arbeitskräfteüberlassungs-KV 2013, 51.

<sup>5)</sup> BGBl 1988/196.

<sup>6)</sup> 450 dBlg Prot 17. GP.

<sup>7)</sup> Vgl aber die dahingehende Verordnungsermächtigung in § 15 Abs 1 AÜG sowie den Betriebsvereinbarungstatbestand in § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG, der laut hL und Rechtsprechung auch die Ermächtigung enthalten soll, in Betrieben die Arbeitskräfteüberlassung nur in einem bestimmten höchstzulässigen Ausmaß zu erlauben („Höchstquote“), OGH 8 ObA 108/06 z, ZAS 2008/10 (77); Reissner in ZellKomm<sup>2</sup> § 97 ArbVG RZ 22 mwN.

Abs 3 AÜG vor, dass der Abschnitt III AÜG nur auf die konzessionspflichtige Überlassung von Arbeitskräften anzuwenden war.

Das AÜG 1988 enthielt folgende bis heute unverändert gebliebene Gliederung, wobei vor allem die jeweils genannten Bestimmungen hervorzuheben sind:

- **Abschnitt I** (Allgemeine Bestimmungen) regelt insbesondere den Geltungsbereich (§ 1), den Grundsatz, dass keine Arbeitskraft ohne ihre ausdrückliche Zustimmung überlassen werden darf (§ 2 Abs 2), Begriffsbestimmungen (§ 3) sowie die Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassungsverträgen zu Werkverträgen (§ 4).
- **Abschnitt II** (Allgemeine Grundsätze) enthält insbesondere § 6 (Gleichstellung im Bereich Arbeitnehmerschutz und Fürsorgepflichten) sowie § 7 (Anwendung DNHG und des OrgHG auch auf überlassene Arbeitskräfte im Verhältnis zu dem Beschäftiger).
- **Abschnitt III** (Besondere Bestimmungen) sieht vor allem in § 10 (Ansprüche der Arbeitskraft) als „Kernbestimmung“ eine deutliche Verbesserung der Rechtsstellung überlassener Arbeitskräfte im Bereich des Entgelts und der Arbeitszeit vor. § 11 (Vertragliche Vereinbarungen) zählt bestimmte Vereinbarungen im Sinne einer „schwarzen Liste“ auf, die unzulässig sind. In der Praxis erlangte ferner § 14 AÜG große Bedeutung, diese Bestimmung sieht unter bestimmten Voraussetzungen eine subsidiäre Haftung des Beschäftigers als Bürge und Zahler oder als Ausfallsbürge für Ansprüche der überlassenen Arbeitskraft gegenüber dem Überlasser vor. Diese Bestimmung trug wesentlich dazu bei, dass Beschäftiger bei der Auswahl der Arbeitskräfteüberlasser vermehrt darauf achteten, dass diese ihren arbeitsrechtlichen Verpflichtungen gegenüber den überlassenen Arbeitskräften auch tatsächlich nachkamen. Dies führte wiederum zu einer gewissen „natürlichen Auslese“ unter den Arbeitskräfteüberlasser-Unternehmen.
- **Abschnitt IV** (Gemeinsame Bestimmungen): § 15 sieht eine Verordnungsermächtigung zum Verbot bzw Beschränkung der Arbeitskräfteüberlassung vor. § 16 normiert eine Bewilligungspflicht bei grenzüberschreitender Überlassung von und nach Österreich.

Wie erwähnt verbesserte vor allem § 10 AÜG die Rechtsstellung überlassener Arbeitskräfte im Vergleich zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AÜG deutlich. § 10 Abs 1 AÜG hielt in der Stammfassung fest, dass die Arbeitskraft während der „Stehzeiten“ (das sind jene Zeiten, die zwischen den einzelnen Überlassungen an einen Beschäftiger liegen) Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt hat. Für die Dauer der Überlassung ist bei der Beurteilung der Angemessenheit auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt Bedacht zu nehmen. Gemäß § 10 Abs 3 AÜG galten während der Überlassung die arbeitszeitrechtlichen Vorschriften des im Beschäftigerbetriebs auf vergleichbare Arbeitnehmer anzuwendenden Kollektivvertrags auch für überlassene Arbeitskräfte. Was unter „vergleichbar“ zu verstehen ist, legte § 10 Abs 4 AÜG fest: Die Vergleichbarkeit orientiert sich an der Art der Tätigkeit, der Dauer der Beschäftigung im Betrieb des Beschäftigers sowie der Qualifikation der Arbeitskraft für diese Tätigkeit.

Mit Einführung des AÜG wurde § 9 Abs 4 AMFG an die nunmehr geltende Rechtslage sprachlich angepasst. Ferner wurde im ArbVG mit § 97 Abs 1 Z 1a ein neuer Betriebsvereinbarungstatbestand zur Regelung der Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von Arbeitnehmern, die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung tätig sind, eingefügt. Schließlich wurde auch die Gewerbeordnung 1973 dahingehend wesentlich verändert, dass das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften von einem bis dahin freien zu einem konzessionierten (nunmehr reglementierten) Gewerbe wurde.

Das AÜG 1988 verfestigte bzw verfeinerte das zwischen Überlasser – überlassener Arbeitskraft und Beschäftigter bestehende dreipersonale Rechtsverhältnis, sodass sich nunmehr folgendes Bild ergibt:

- Rechtsverhältnis Überlasser – überlassene Arbeitskraft: Das AÜG verlangt, dass der Überlasser mit einer zur Überlassung vorgesehenen Arbeitskraft einen Vertrag abschließt. Dabei wird es sich regelmäßig um einen Arbeitsvertrag handeln.<sup>8)</sup> Für diesen gilt das allgemeine Arbeitsrecht sowie – bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen – der Kollektivvertrag des Überlassers.
- Rechtsverhältnis Überlasser – Beschäftigter: dabei handelt es sich um einen Dienstverschaffungsvertrag, der keine nähere gesetzliche Ausgestaltung kennt. Es gelten daher die allgemeinen Bestimmungen des ABGB. Inwieweit dem Beschäftigter Pflichten und Rechte gegenüber den überlassenen Arbeitskräften – neben dem AÜG – zukommen, obliegt der vertraglichen Ausgestaltung. In der Praxis werden vor allem Weisungsrechte (zB zum Abschluss von Urlaubsvereinbarungen) vom Überlasser an den Beschäftigter übertragen. In der Rechtsprechung hat sich als wesentlicher Grundsatz herauskristallisiert, dass der Überlasser mangels besonderer Vereinbarung nicht für eine bestimmte Qualität der überlassenen Arbeitskräfte haftet. Er muss „nur“ durchschnittlich qualifizierte Arbeitnehmer überlassen. Der Überlasser haftet daher insbesondere nicht für die Qualität der Arbeit der überlassenen Arbeitskräfte.<sup>9)</sup>
- Rechtsverhältnis Beschäftigter – überlassene Arbeitskraft: Zwischen diesen beiden besteht unverändert keine vertragliche Beziehung. Durch das AÜG ergeben sich jedoch (ständig erweiterte) gesetzliche Pflichten des Beschäftigters gegenüber der überlassenen Arbeitskraft.

Das AÜG wurde bis zum heutigen Zeitpunkt dreizehn Mal novelliert, wobei die Novelle BGBl I 2012/98 im Fokus dieses Beitrags steht. Davor ist allerdings kurz noch auf ausgewählte Teilnovellen des AÜG sowie die europarechtliche Entwicklung einzugehen:

- Novelle BGBl 1993/160: In § 1 AÜG wurde ein vierter Absatz hinzugefügt, wonach § 10 Abs 1 (Entgelt), Abs 3 (Arbeitszeit) und Abs 4 (Vergleichbarkeitsmaßstab) auch auf nicht bloß vorübergehende Konzernüberlassungen anwendbar sind. Aufgrund dieser Einschränkung des Konzernprivilegs setzte sich die Lehre intensiv damit auseinander, was mit dem Begriff „vorüber-

---

<sup>8)</sup> Siehe allerdings § 3 Abs 4 AÜG, wonach das AÜG auch für arbeitnehmerähnliche Personen (zB freie Dienstnehmer) gilt.

<sup>9)</sup> OGH 3. 12. 2003, ARD 5491/6/2004.

gehend“ genau gemeint ist. Mehrere Autoren verwiesen dabei auf die Dauer von 13 Wochen; ab Vorliegen dieses Zeitraums soll gemäß § 101 ArbVG eine dauernde Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz vorliegen. Wie *Sacherer/Schwarz*<sup>10)</sup> allerdings richtig festhalten, ist vielmehr entscheidend, ob eine Überlassung als endgültig oder nicht geplant ist.<sup>11)</sup>

- Novelle BGBl I 1999/120: Das Konzernprivileg gemäß § 1 Abs 2 Z 2 AÜG wurde weiter dahingehend eingeschränkt, dass dieses nur dann gilt, wenn bei Konzernüberlassungen der Sitz und der Betriebsstandort **beider** Konzernunternehmen innerhalb des EWR liegen. Weiters wurde in § 10a AÜG ein Urlaubsanspruch bei grenzüberschreitender Überlassung geregelt.
- Novelle BGBl I 2005/104: In § 1 AÜG (Geltungsbereich) wurde die Ausnahme für Gebietskörperschaften dahingehend eingeschränkt, dass Überlassungen **an** Bund, Länder und Gemeinden vom Geltungsbereich der Arbeitskräfteüberlassung erfasst wurden. Dadurch waren vor allem von den Ländern und Gemeinden, die bis dahin zur Gänze außerhalb des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes agierten, die Pflichten eines Beschäftigers bei Überlassungen an die Gebietskörperschaften zu beachten, was in der Praxis einen wesentlichen Anpassungsbedarf in diesem Bereich mit sich brachte.
- Novelle BGBl I 2011/24 (Lohn- und Sozialdumpingbetrug-BekämpfungsgG): Mit dieser Novelle wurde § 1 (Geltungsbereich) durchgreifend neu strukturiert und formuliert, wobei die Neuformulierung des sogenannten Konzernprivilegs hervorzuheben ist. Nur mehr die vorübergehende, nicht zum Betriebszweck gehörende Überlassung von Arbeitskräften innerhalb des Konzerns ist von den §§ 10 bis 16 a AÜG ausgenommen und auch nur dann, wenn die Überlassung von Arbeitskräften zwischen **inländischen** Konzernunternehmen erfolgt. Die EB zur RV<sup>12)</sup> begründen diese Einschränkungen mit den Vorgaben der Entsende-Richtlinie, die einen Mindestentgeltsschutz auch bei kurzfristigen Konzernentsendungen in Form von Überlassungen vorsieht. Aufgrund dieser Änderung kann es dennoch zur Diskriminierung ausländischer Konzernüberlassener gegenüber inländischen Konzernüberlassern kommen, weil bei vorübergehenden inländischen Konzernüberlassungen, die nicht zum Betriebszweck gehören, § 10 AÜG weiterhin **nicht** gilt. Die Ansicht der Gesetzesmaterialien, wonach die neue Regelung zu keiner Diskriminierung ausländischer Konzernüberlassener mit Sitz im EWR führen soll, weil inländische Konzernüberlassener ohnedies an den jeweils anzuwendenden Kollektivvertrag gebunden seien, überzeugt nicht. § 10 AÜG stellt überlassene Arbeitskräfte für die Dauer der Überlassung mit den in einen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern, die vergleichbare Tätigkeiten erbringen, im kollektivvertraglichen Entgeltbereich weitgehend gleich; insoweit gilt dann der Kollektivvertrag des Beschäftigten, nicht jener des Überlassers. Wenn nun der Kollektivvertrag des Überlassers ein geringeres Entgeltniveau als der Kollektivvertrag des Beschäftigten vorsieht, haben daher überlassene Arbeitskräfte für die Dauer der Beschäftigung einen höheren Entgeltan-

<sup>10)</sup> AÜG 90.

<sup>11)</sup> So auch *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 92.

<sup>12)</sup> 1076 dBlgNR 24. GP.



spruch. Dieser Schutz gilt bei inländischen vorübergehenden Konzernüberlassungen weiterhin nicht. Bei Überlassungen aus dem EWR in das Inland, seien diese auch nur vorübergehend, gilt diese Schutzvorschrift hingegen schon. Im Ergebnis wäre somit die inländische Konzernüberlassung billiger als die ausländische. Weiters gelten seit dieser Novelle sämtliche Bereichsausnahmen des § 1 Abs 3 und 4 AÜG nur mehr für die § 10 bis 16a AÜG. Somit kommen insbesondere die im Abschnitt II des AÜG normierten Pflichten des Beschäftigers und Gleichstellungsansprüche der überlassenen Arbeitskraft auch in den in § 1 Abs 3 Punk 4 AÜG genannten Überlassungsfällen zur Anwendung.

### III. Europarechtliche Entwicklung

Nach der Rechtsprechung des EuGH zählt die Arbeitskräfteüberlassung zu den Dienstleistungen im Sinne des Art 56 AEUV.<sup>13)</sup> Jedes Unternehmen, das Arbeitskräfteüberlassung betreibt, darf daher gestützt auf die Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich in allen Mitgliedstaaten der EU Arbeitskräfte überlassen. Es sind lediglich nicht-diskriminierende Beschränkungen zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt und in ihrem Ausmaß verhältnismäßig sind.

Anfangs der 1980er Jahre begann die Kommission auf Initiative des Europäischen Parlaments hin, Richtlinien im Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung zu erarbeiten. Lange Zeit sah es aber nicht danach aus, dass auf europäischer Ebene eine Einigung über eine „Arbeitskräfteüberlassungs-Richtlinie“ möglich wäre.

Zunächst wurde nur die Richtlinie **91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis (Sicherheits-RL)** erlassen. Wie bereits der Name sagt, regelt diese Richtlinie bloß einen kleinen Aspekt der Arbeitskräfteüberlassung, nämlich die Unterrichtung, Unterweisung und ärztliche Überwachung von überlassenen Arbeitskräften. Die Umsetzung dieser Richtlinie erfolgte durch § 9 ASchG, wonach für die Dauer der Überlassung Beschäftigter als Arbeitgeber iS des Gesetzes gelten und diesen grundsätzlich die gleichen Pflichten gegenüber überlassenen Arbeitskräften wie gegenüber den „*Stammarbeitnehmern*“ zukommen.

Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16. Dezember 1996 (Entsende-RL): Zweck der Entsende-RL ist die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen aufgrund des Bestehens unterschiedlicher arbeitsrechtlicher Standards in den einzelnen Mitgliedstaaten und der Schutz der nationalen Arbeitsmärkte vor Sozialdumping. Art 1 Abs 3 Entsende-RL definiert neben Entsendungen zur Erbringung von Dienstleistungen und Entsendungen innerhalb eines Konzerns auch die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung als eine Entsendung im Sinne der RL. Die Mitgliedstaaten haben daher bei grenzüberschreitenden Überlassungen bestimmte Mindestansprüche

---

<sup>13)</sup> Siehe dazu EuGH vom 17. 12. 1981, Rs 279/80 Webb.

überlassener Arbeitskräfte festzulegen (Art 3 Entsende-RL). Die Umsetzung dieser RL erfolgte, was die Überlassung von Arbeitskräften betrifft, im AÜG durch die BGBl I 1999/120 wobei viele Vorgaben der RL bereits durch die bestehenden Vorschriften des AÜG (insbesondere § 10 AÜG) erfüllt wurden.<sup>14)</sup>

Das Kernstück europarechtlicher Vorgaben im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung ist zweifellos die **Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Leiharbeit-RL)**. Ziel der Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen **und** die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem eine Gleichbehandlung bzw Gleichstellung der Leiharbeitnehmer in zentralen Arbeitsbereichen angeordnet und Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden. Das Ziel der Richtlinie ist insofern bemerkenswert, als diese nicht ausschließlich den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, sondern auch die Etablierung der Arbeitskräfteüberlassung als anerkannte Form der Beschäftigung bezweckt. Die Leiharbeit entspricht nach dem Erwägungsgrund 11 der Richtlinie nämlich nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Berufs- und Privatleben zu vereinbaren. Sie trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei. Gleichzeitig sollen aber die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für Leiharbeitnehmer mindestens denjenigen entsprechen, die für diese Arbeitnehmer gelten würden, wenn sie von dem entleihenden Unternehmen für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt würden. Die Richtlinie war von den Mitgliedstaaten bis 5. 12. 2011 umzusetzen. Die wesentlichen Inhalte lassen sich wie folgt skizzieren:

- Art 1 (Anwendungsbereich): Die Richtlinie gilt für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, **um vorübergehend**<sup>15)</sup> unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten.
- Gemäß Art 1 Abs 2 gilt die Richtlinie nicht nur für private, sondern auch für **öffentliche Unternehmen**, bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen handelt, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Dies unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht. Dabei stellt sich unweigerlich die Frage, inwieweit auch im öffentlichen Bereich Umsetzungsbedarf hinsichtlich der RL gegeben ist. Aufgrund der Definition des Leiharbeitnehmers in Art 1 sind mE Beamte und Vertragsbedienstete vom Geltungsbereich der Richtlinie umfasst.<sup>16)</sup>

Handelt es sich beim **entleihenden** Unternehmen um ein öffentliches Unternehmen, waren die Vorschriften des AÜG auch schon vor Erlass der Richtlinie anwendbar.<sup>17)</sup>

<sup>14)</sup> Zum Inhalt der Entsende-RL vgl näher *Friedrich in Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2010).

<sup>15)</sup> Zu diesem Begriff siehe näher unter Punkt VI.A.

<sup>16)</sup> Leiharbeitnehmer ist ein Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat **oder ein Beschäftigungsverhältnis** eingegangen ist.

<sup>17)</sup> Vgl § 1 Abs 2 Z 1 AÜG.