

1. Arbeitsrechtlicher Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung

1.1. Rechtsgrundlagen der Arbeitskräfteüberlassung

1.1.1. Arbeitskräfteüberlassungsgesetz; Leiharbeitsrichtlinie

1.1.1.1. Allgemeines; Zweck

Für die Arbeitskräfteüberlassung gelten primär die Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes.¹

Zweck des AÜG ist einerseits der Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, insb in arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten, und andererseits die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen.²

Das AÜG dient daher neben dem Schutz der überlassenen Arbeitskräfte auch dem Schutz der Arbeitnehmer des Beschäftigterbetriebes (Stammarbeitnehmer). Der Einsatz von überlassenen Arbeitskräften darf für die Stammarbeitnehmer zu keiner Beeinträchtigung der Lohn- und Arbeitsbedingungen führen und keine Gefährdung der Arbeitsplätze bewirken.³ Nach den Gesetzesmaterialien haben Überlasser bei Verletzung dieses Grundsatzes mit der Einleitung eines Konzessionsentziehungsverfahrens zu rechnen und Überlasser bzw Beschäftiger können mit Verwaltungsstrafen belegt werden, wenn sie versuchen, betriebliche Lohn- und Arbeitsbedingungen der Stammarbeitnehmer zu deren Nachteil zu verändern und überlassene Arbeitskräfte als billige Alternative einzusetzen.⁴

Zuletzt wurde das AÜG durch die Novelle BGBl I 2012/98 geändert, mit der die Kernelemente der Leiharbeitsrichtlinie⁵ in nationales Recht umgesetzt wurden. Schwerpunkte der Änderung waren die Gleichstellung und Gleichbehandlung der überlassenen Arbeitskräfte mit den Stammarbeitnehmern des Beschäftigterbetriebes hinsichtlich Entgelt, Arbeitszeit- und Urlaubsregelungen, Zugang zu betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen, die Verstärkung der Informationspflichten von Überlasser- und Beschäftigterbetrieben betreffend ArbeitnehmerInnenschutz sowie die Schaffung eines neuen Sozial- und Weiterbildungsfonds. Entsprechende Anpassungen wurden auch im Landarbeitsgesetz 1984⁶ vorgenommen.⁷

1.1.1.2. Überblick über den Inhalt des AÜG

Das AÜG gliedert sich im Wesentlichen in fünf Abschnitte mit (teilweise) unterschiedlichen Geltungsbereichen:

Abschnitt I des AÜG enthält allgemeine Bestimmungen zum Geltungsbereich und Zweck des Gesetzes. Diese grundsätzlichen Zielsetzungen gelten ohne Ausnahme für jede Form der Arbeitskräfteüberlassung.⁸ Für bestimmte Formen der Arbeitskräfteüberlassung (Überlassung von Arbeitskräften durch Gebietskörperschaften bzw von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitern) ist nur dieser Abschnitt anzuwenden.⁹

¹ Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt wird (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG), BGBl 1988/196.

² § 2 Abs 1 AÜG.

³ § 2 Abs 3 AÜG.

⁴ EB zur RV 450 BlgNR XVII. GP 17.

⁵ RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit.

⁶ Bundesgesetz betreffend die Grundsätze für die Regelung des Arbeitsrechts in der Land- und Forstwirtschaft (Landarbeitsgesetz 1984 – LAG), BGBl 1984/287.

⁷ EB zur RV 1903 BlgNR XXIV. GP 1; vgl *Ercher-Lederer*, ZAS 2013/19, 107.

⁸ Vgl *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 2; *Schindler* in *ZellKomm*² § 1 AÜG Rz 1.

⁹ § 1 Abs 2 AÜG; *Schindler* in *ZellKomm*² § 1 AÜG Rz 6.

Der II. Abschnitt regelt unter dem Titel „Allgemeine Grundsätze“ insb die Verteilung der Arbeitgeberpflichten zwischen Überlasser und Beschäftigter, Arbeitnehmerschutzbestimmungen, Diskriminierungsverbote, Haftungsbeschränkungen, Umgehungsverbote, das Verbot der Überlassung bei Streik oder Aussperrung und enthält Regelungen zur Gleichbehandlung.¹⁰

In Abschnitt III finden sich die „Besonderen Bestimmungen“. Dazu zählen im Wesentlichen die Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitskraft, ergänzende Regelungen für die grenzüberschreitende Überlassung, zwingende Mindestinhalte der Vereinbarung zwischen Überlasser und Arbeitskraft, verbotene (Arbeits-)Vertragsklauseln, die Verpflichtung zur Ausstellung eines Dienstzettels, Mitteilungs- und Informationspflichten von Überlasser bzw Beschäftigter, Aufzeichnungspflichten sowie die Regelungen zur Bürgschaftsverpflichtung des Beschäftigten.¹¹ Dieser Abschnitt des AÜG gilt nur für die reglementierte¹² Arbeitskräfteüberlassung und für gleichartige Überlassungen aus dem Ausland nach Österreich.

Abschnitt IV des AÜG beinhaltet unter anderem Regelungen zur grenzüberschreitenden Überlassung, administrative Bestimmungen, wie Melde- und Auskunftspflichten, sowie die Strafbestimmungen.¹³

Abschnitt V regelt schließlich die mit der Novelle BGBl I 2012/98 eingeführte Einrichtung eines Sozial- und Weiterbildungsfonds zur Förderung überlassener Arbeitskräfte in überlassungsfreien Zeiten durch Unterstützungsleistungen und Fortbildungsmaßnahmen.¹⁴ Wie Abschnitt III gilt auch dieser Abschnitt nur für die reglementierte Arbeitskräfteüberlassung¹⁵ sowie für gleichartige Überlassungen aus dem Ausland.¹⁶

1.1.2. Entsenderichtlinie

Für die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung ist überdies die Entsenderichtlinie¹⁷ zu berücksichtigen. Diese Richtlinie erfasst neben der Arbeitskräfteüberlassung (Entsendung von Arbeitnehmern durch Leiharbeitsunternehmen) auch die Entsendung von Arbeitnehmern zur Erfüllung eines Vertrages mit einem Dienstleistungsempfänger¹⁸ sowie konzerninterne Entsendungen.¹⁹

Die Entsenderichtlinie gestattet den Mitgliedstaaten in den Fällen der Arbeitskräfteüberlassung, das gesamte für Überlassungen innerstaatlich geltende Recht anzuwenden und nicht nur die Regelungen über den Mindesturlaub und die Mindestentgelte.²⁰ In Österreich wurde die Entsenderichtlinie im Hinblick auf die Arbeitskräfteüberlassung daher ausnahmslos durch die Geltung des AÜG sowie die in den §§ 7d bis 7m AVRAG und § 373a GewO 1994 vorgesehenen Maßnahmen und hinsichtlich der (sonstigen) Entsendung durch die §§ 7a ff AVRAG umgesetzt.²¹

¹⁰ §§ 5 bis 9 AÜG.

¹¹ §§ 10 bis 14 AÜG.

¹² § 94 Z 27 GewO.

¹³ §§ 15 bis 22 AÜG.

¹⁴ §§ 22a bis 22g AÜG; § 1 Abs 4a AÜG; EB zur RV 1903 BlgNR XXIV. GP 5f.

¹⁵ § 94 Z 27 GewO.

¹⁶ § 1 Abs 4a AÜG; EB zur RV 1903 BlgNR XXIV. GP 6.

¹⁷ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

¹⁸ Diese Entsendung erfolgt idR im Rahmen von Dienst- und Werkleistungsverträgen; vgl. *Shubshizky* (Hrsg), Praxisleitfaden zum internationalen Personaleinsatz (2003) 46.

¹⁹ Art 1 Abs 3 RL 96/71/EG; *Shubshizky* (Hrsg), Praxisleitfaden zum internationalen Personaleinsatz (2003) 46.

²⁰ Art 3 Abs 9 RL 96/71/EG; *Schindler* in *ZellKomm*² § 1 AÜG Rz 4.

1.1.3. Sicherheitsrichtlinie

Im Kontext der Arbeitskräfteüberlassung ist auch die Sicherheitsrichtlinie²² zu beachten. Ziel dieser Richtlinie ist es, unter anderem für Leiharbeitnehmer²³ sicherzustellen, dass sie im Hinblick auf Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz das gleiche Schutzniveau wie die (Stamm-)Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens genießen.²⁴

Die Umsetzung der Sicherheitsrichtlinie ist in Österreich primär in § 9 ArbeitnehmerInnen-schutzgesetz²⁵ erfolgt.²⁶ Diese Bestimmung gilt für jede Überlassung, bei der Arbeitnehmer Dritten zur Verfügung gestellt werden, um für sie unter deren Kontrolle zu arbeiten, und ist daher nicht bei Überlassung von arbeitnehmerähnlichen Personen anzuwenden.²⁷ § 9 ASchG normiert vor allem Informationspflichtungen von Beschäftigten²⁸ und Überlassern²⁹ und enthält Regelungen zur Zulässigkeit von Überlassungen zu Tätigkeiten, für die Eignungs- und Folgeuntersuchungen vorgeschrieben sind.³⁰

1.2. Definition der Arbeitskräfteüberlassung; Abgrenzung

1.2.1. Arbeitskräfteüberlassung

Das AÜG gilt grundsätzlich für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.³¹ Im Sinne der Begriffsbestimmungen des AÜG ist Arbeitskräfteüberlassung die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.³²

Charakteristisch für die Arbeitskräfteüberlassung ist, dass die Arbeitskraft ihre Arbeitsleistung nicht im Betrieb ihres Arbeitgebers, sondern in Unterordnung unter dessen Weisungsbefugnis im Betrieb des Beschäftigers erbringt.³³

Arbeitskräfteüberlassung setzt daher ein dreipersonales Verhältnis voraus und liegt zusammengefasst dann vor, wenn ein Betriebsinhaber (der Beschäftigte) in seinem Betrieb für betriebseigene Aufgaben Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen (die Arbeitskräfte) einsetzt, die sich zu dieser Arbeitsleistung einem anderen (dem Überlasser) gegenüber vertraglich verpflichtet haben.³⁴

1.2.2. Abgrenzung

Die Arbeitskräfteüberlassung ist insb gegenüber anderen Formen der Dienstverschaffung abzugrenzen. Ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist gemäß § 4 Abs 1 AÜG nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der getroffenen Vereinbarungen zu beurteilen.³⁵ Diese Bestimmung soll eine Orientierungshilfe zur Verhinderung von Umgehungen des AÜG bieten. Die Gesetzesmaterialien stellen in diesem Zusammenhang klar,

²¹ Vgl. *Schindler* in ZellKomm² § 1 AÜG Rz 4.

²² 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 (Amtsblatt Nr L 206 vom 29.7.1991 S 0019–0021).

²³ Art 1 Z 2 RL 91/383/EWG.

²⁴ Art 2 Abs 1 RL 91/383/EWG.

²⁵ Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit (ArbeitnehmerInnen-schutzgesetz – ASchG), BGBl 1994/450.

²⁶ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 9.

²⁷ § 9 Abs 1 ASchG; *Lechner-Thomann* in *Novak/Lechner-Thomann*, ASchG, § 9 Rz 2.

²⁸ Vgl. dazu § 9 Abs 3 ASchG.

²⁹ Vgl. dazu § 9 Abs 4 ASchG.

³⁰ Vgl. dazu § 9 Abs 5 ASchG.

³¹ § 1 Abs 1 AÜG.

³² § 3 Abs 1 AÜG.

³³ RIS-Justiz RS0050620.

³⁴ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 13.

³⁵ § 4 Abs 1 AÜG; *Schindler* in ZellKomm² § 4 AÜG Rz 1.

dass der Abschluss von Werkverträgen, sofern dadurch nicht eine Umgehung des AÜG bezweckt ist, keinesfalls erschwert oder verhindert werden soll. „Echte“ Werkverträge, also etwa Sachverhalte, in denen ein Werkunternehmer ausschließlich zur Herstellung eines Werkes Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) in den Betrieb des Werkbestellers sendet, unterliegen nicht dem AÜG.³⁶

Nach § 4 Abs 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insb auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen.³⁷ „Werkverträge“ im Sinne dieser Bestimmung entsprechen nicht den Werkverträgen nach den Bestimmungen des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.³⁸

Werkverträge nach ABGB sind (im Unterschied zum Arbeitsvertrag oder freien Dienstvertrag) Zielschuldverhältnisse.³⁹ Ziel eines Werkvertrages ist die Herstellung eines bestimmten Arbeitserfolges als eine in sich geschlossene Einheit. Beim „echten“ Werkvertrag kommt es daher auf das Ergebnis der Dienstleistung an. Geschuldet wird das Werk oder ein bestimmter Erfolg.⁴⁰ Im Gegensatz dazu handelt es sich bei den im AÜG angesprochenen Vertragsverhältnissen im Ergebnis um Arbeitsleihverträge.⁴¹ Die für diese Verträge vorgesehenen Kriterien stellen nämlich darauf ab, dass die Arbeitskräfte

- kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen bzw daran mitwirken;
- die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten;
- organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen; oder
- der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.⁴²

Das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung aufgrund eines Werkvertrages nach AÜG ist laut ständiger Rsp des VwGH nicht nach bloß schematischer Anwendung der Kriterien des § 4 Abs 2 AÜG, sondern unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Schon bei Erfüllung nur eines der genannten Tatbestandsmerkmale⁴³ liegt nach dem wirtschaftlichen Gehalt Arbeitskräfteüberlassung durch den Werkunternehmer als Überlasser an den Werkbesteller als Beschäftigter vor.⁴⁴

Im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung zu anderen Formen der Dienstverschaffung sind insb auch Sachverhalte der Zurverfügungstellung von Arbeitsmaschinen samt Bedienungspersonal zu berücksichtigen. Nach herrschender Ansicht ist die Zurverfügungstellung einer Arbeitsmaschine samt Überlassung einer Arbeitskraft gegen Entgelt idR Sachmiete verbunden mit einem Dienstverschaffungsvertrag, wenn es dem Mieter überlassen ist, wie er die Arbeitsmaschine zusammen mit der Arbeitskraft verwendet.⁴⁵ Die Rsp verneint in diesen Fällen das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung, wenn der Dienstverschaffungspflichtige (Überlasser) keinen Einfluss dar-

³⁶ EB zur RV 450 BlgNR XVII. GP 17.

³⁷ § 4 Abs 2 AÜG.

³⁸ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS 1811/946.

³⁹ Diese Unterscheidung ergibt sich schon aus § 1151 Abs 1 ABGB, wonach ein Dienstvertrag entsteht, wenn sich jemand auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet. Ein Werkvertrag liegt nach dieser Bestimmung dann vor, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt.

⁴⁰ Vgl Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 19f; Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 124.

⁴¹ Vgl Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 20.

⁴² § 4 Abs 2 AÜG.

⁴³ Vgl § 4 Abs 2 Z 1 bis 4 AÜG.

⁴⁴ Vgl Schindler in ZellKomm² § 4 AÜG Rz 5 mit Verweis auf VwGH 94/08/0178; VwGH 95/08/0345; VwGH 2013/09/0042 uva.

⁴⁵ RIS-Justiz RS0020656; OGH 3 Ob 145/10k ua.

1. Arbeitsrechtlicher Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung

auf nehmen kann, welchen Gebrauch der Beschäftiger von der Maschine und dem Bedienungspersonal macht. Kann das Bedienungspersonal jedoch nur nach Anweisung des Überlassers eingesetzt werden, liegt Arbeitskräfteüberlassung vor.⁴⁶

Für die Abgrenzung ist daher maßgeblich, dass Vertragsgegenstand der Arbeitskräfteüberlassung die Bereitstellung eines Dienstnehmers zum Zwecke der Arbeitsleistung ist⁴⁷ und der Beschäftiger die überlassene Arbeitskraft nur für Tätigkeiten, die der vertraglichen Vereinbarung zwischen Überlasser und Arbeitskraft entsprechen, und kraft des ihm vom Überlasser übertragenen Weisungsrechtes einsetzen kann. Kann der Beschäftiger die Arbeitskraft in beliebiger Weise einsetzen, liegen diese Voraussetzungen nicht vor.⁴⁸

Abzugrenzen ist die Arbeitskräfteüberlassung auch von der sog Arbeitsvermittlung. Arbeitsvermittlung ist das Zusammenführen von Arbeitssuchenden mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen.⁴⁹ In dieser Konstellation stellt der Vermittler lediglich den Kontakt zwischen dem Arbeitssuchenden und einem möglichen Arbeitgeber her, verpflichtet den Arbeitssuchenden jedoch im Gegensatz zur Arbeitskräfteüberlassung nicht dazu, beim (potenziellen) Arbeitgeber zu arbeiten.⁵⁰

1.3. Rechtsverhältnisse im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung

1.3.1. Allgemeines

Arbeitskräfteüberlassung setzt ein dreipersonales Verhältnis bestehend aus Überlasser, Beschäftiger und Arbeitskraft voraus: Zwischen dem Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft besteht ein Arbeitsverhältnis.⁵¹ Die schuldrechtliche Verbindung zwischen Überlasser und Beschäftiger beruht auf dem Überlassungsvertrag.⁵² Eine vertragliche Regelung zwischen dem Beschäftiger und der Arbeitskraft besteht im Allgemeinen nicht.⁵³

1.3.2. Überlasser – Beschäftiger – Arbeitskraft

1.3.2.1. Überlasser

Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.⁵⁴ Der Überlasser ist Arbeitgeber im arbeitsrechtlichen Sinn. Bei der vertraglichen Verpflichtung der Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte muss es sich jedoch nicht um einen Arbeitsvertrag handeln. Auch die Überlassung arbeitnehmerähnlicher Personen, etwa durch freien Dienstvertrag oder Werkvertrag, ist Arbeitskräfteüberlassung.⁵⁵

1.3.2.2. Beschäftiger

Der Beschäftiger setzt Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebs-eigene Aufgaben ein.⁵⁶ Er ist nicht Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskraft, sondern nimmt deren Arbeitsleistung lediglich faktisch entgegen.⁵⁷

⁴⁶ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 14.

⁴⁷ RIS-Justiz RS0021287.

⁴⁸ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 14.

⁴⁹ § 2 Abs 1 AMFG.

⁵⁰ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 15.

⁵¹ Im Falle der Überlassung von arbeitnehmerähnlichen Personen besteht meist ein freier Dienstvertrag oder ein Werkvertrag.

⁵² IdR handelt sich dabei um einen Dienstverschaffungsvertrag.

⁵³ Vgl. *Schindler* in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 2; RIS-Justiz RS0050620.

⁵⁴ § 3 Abs 2 AÜG.

⁵⁵ Vgl. *Schindler* in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 7f.

⁵⁶ § 3 Abs 3 AÜG.

⁵⁷ Vgl. *Schindler* in ZellKomm² § 3 AÜG Rz 9f.

1.3.2.3. Arbeitskraft

Arbeitskräfte iSd AÜG sind sowohl Arbeitnehmer als auch arbeitnehmerähnliche Personen.⁵⁸

Das AÜG umschreibt den Begriff Arbeitnehmer nicht näher. Es ist daher von dem im Arbeitsvertragsrecht herausgearbeiteten Arbeitnehmerbegriff auszugehen.⁵⁹ Demnach sind Arbeitnehmer Personen, die sich für gewisse Zeit einem anderen zur Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit vertraglich verpflichtet haben.⁶⁰

Nach ständiger Rsp des OGH ist ein Arbeitsvertrag vor allem durch die **persönliche Abhängigkeit** des Arbeitnehmers gekennzeichnet, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insb an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle⁶¹, äußert. Ein Arbeitnehmer ist daher im Hinblick auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen oder unterliegt zumindest dessen laufender Kontrolle.⁶² Es müssen nicht alle Merkmale der persönlichen Abhängigkeit vorliegen bzw können diese in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen. Entscheidend ist, ob bei einer Gesamtbetrachtung im Sinne eines beweglichen Systems die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen.⁶³

Das AÜG weitet seine Anwendbarkeit auch auf arbeitnehmerähnliche Personen aus. „Arbeitnehmerähnlich“ sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.⁶⁴ Bei dieser Definition orientiert sich das AÜG am Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeitsgesetz (ASGG).⁶⁵ Voraussetzung für die Arbeitnehmerähnlichkeit sind daher im Wesentlichen zwei Kriterien: Einerseits die schuldrechtliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung in **persönlicher Selbständigkeit** und andererseits **wirtschaftliche Unselbständigkeit**.⁶⁶ Im Unterschied zum Arbeitnehmer ist die arbeitnehmerähnliche Person daher in persönlicher Selbständigkeit tätig.⁶⁷

Zur Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit stellt die Judikatur auf eine Gesamtbetrachtung mehrerer Faktoren ab.⁶⁸ Neben dem entscheidenden Kriterium der wirtschaftlichen Unselbständigkeit, also der Abhängigkeit von einem oder mehreren Unternehmern,⁶⁹ ist auch die Fremdbestimmung der Arbeit maßgeblich, die dann anzunehmen ist, wenn der wirtschaftliche Erfolg der Tätigkeit dem Unternehmer zukommt und der Beschäftigte im Rahmen der von ihm ausgeübten Tätigkeit in seiner Entscheidungsfähigkeit auf ein Mindestmaß beschränkt ist.⁷⁰

1.3.3. Das Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und Arbeitskraft

Das AÜG setzt voraus, dass der Überlasser mit der zur Überlassung vorgesehenen Arbeitskraft einen Vertrag abschließt.⁷¹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass keine Arbeitskraft ohne ihre ausdrückliche Zustimmung überlassen werden darf.⁷²

⁵⁸ § 3 Abs 4 AÜG.

⁵⁹ Vgl Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 15 mwN; Sacherer/Schwarz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 114.

⁶⁰ Vgl Sacherer/Schwarz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 114; Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 134ff.

⁶¹ Nicht notwendig auch an Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit; vgl RIS-Justiz RS0021306.

⁶² RIS-Justiz RS0021306; OGH 9 ObA 46/13z uva.

⁶³ OGH 8 ObA 55/07g; RIS-Justiz RS0021306; OGH 9 ObA 46/13z uva.

⁶⁴ § 3 Abs 4 AÜG.

⁶⁵ § 51 Abs 3 Z 2 ASGG; EB zur RV 450 BlgNR XVII. GP 17.

⁶⁶ Vgl Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 17.

⁶⁷ Vgl Sacherer/Schwarz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² (2006) 117.

⁶⁸ RIS-Justiz RS0050842 ua.

⁶⁹ RIS-Justiz RS0086121; OGH 9 ObA 48/12t ua.

⁷⁰ RIS-Justiz RS0086121; RIS-Justiz RS0085534; Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1151 Rz 140 mwN; Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 18.

⁷¹ § 3 Abs 2 AÜG; Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 22.

⁷² § 2 Abs 2 AÜG.

1. Arbeitsrechtlicher Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung

Handelt es sich bei der überlassenen Arbeitskraft um einen Arbeitnehmer, liegt zwischen dem Überlasser und der Arbeitskraft ein Arbeitsvertrag vor, für den allgemeines Arbeitsrecht zur Anwendung kommt. Unterliegt der Überlasser einem Kollektivvertrag, ist dieser auch auf die überlassenen Arbeitnehmer anwendbar, soweit sie nicht von dessen Geltungsbereich ausgenommen sind.⁷³

Nach dem AÜG sind zwischen dem Überlasser und der Arbeitskraft bestimmte Mindestinhalte zwingend zu vereinbaren.⁷⁴ Dazu zählt auch die Vereinbarung der vorgesehenen Verwendung bzw der voraussichtlichen Art der Arbeitsleistung.⁷⁵ In diesem Zusammenhang sind die arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten festzulegen und abzugrenzen. Die überlassene Arbeitskraft ist ausschließlich zu diesen Tätigkeiten verpflichtet und muss dem Beschäftiger ihre Arbeitsleistung nach den im Arbeitsvertrag übernommenen Verpflichtungen zur Verfügung stellen.⁷⁶ Die Arbeitskraft erfüllt ihre Arbeitsverpflichtung daher, wenn sie zum Antritt der Arbeit im Betrieb des Beschäftigers bereit ist.⁷⁷

Im Sinne der Bestimmungen des AÜG behält der Überlasser seine Rechtsstellung als Arbeitgeber des überlassenen Arbeitnehmers (auch) während der Überlassung grundsätzlich bei.⁷⁸ Den Überlasser treffen daher alle Pflichten, die Gesetze einem Arbeitgeber auferlegen, insb arbeitsrechtliche, sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Vorschriften.⁷⁹ Den Überlasser trifft insb auch die Entgeltspflicht. Die überlassene Arbeitskraft kann ihre Entgeltansprüche nur gegen den Überlasser und nicht gegen den Beschäftiger richten.⁸⁰ Der Beschäftiger haftet jedoch für die gesamten der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigung in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche und die entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung als Bürge.⁸¹

Neben dem Beschäftiger hat der Überlasser auch weiterhin die Fürsorgepflichten aus dem Arbeitsvertrag zu erfüllen. Er ist etwa verpflichtet, die Überlassung unverzüglich zu beenden, sobald er weiß oder wissen muss, dass der Beschäftiger trotz Aufforderung die Arbeitnehmerschutz- oder die Fürsorgepflichten nicht einhält.⁸² Der Überlasser ist weiters verpflichtet, für angemessene Abhilfe zu sorgen, sofern der Beschäftiger während der Dauer der Beschäftigung gegen Gleichbehandlungsvorschriften oder Diskriminierungsverbote verstößt.⁸³ Im Gegenzug zur Fürsorgepflicht bleibt auch die Treuepflicht des überlassenen Arbeitnehmers gegenüber dem Überlasser als Arbeitgeber erhalten.⁸⁴

Die sich aus dem Arbeitnehmerschutz ergebenden Pflichten sind auf Überlasser und Beschäftiger aufgeteilt. Während der Beschäftiger für die Dauer der Überlassung als Arbeitgeber iSd Arbeitnehmerschutzvorschriften gilt, treffen den Überlasser im Wesentlichen Informationspflichten, wie beispielsweise Hinweispflichten auf sämtliche für die Einhaltung des Arbeitsschutzes maßgeblichen Umstände.⁸⁵

Bei der Überlassung einer arbeitnehmerähnlichen Person liegt der Überlassung kein Arbeitsvertrag zugrunde. Das österreichische Recht sieht für Arbeitnehmerähnliche

⁷³ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 22f.

⁷⁴ § 11 Abs 1 AÜG; vgl dazu auch Kapitel 1.7.

⁷⁵ § 11 Abs 1 Z 8 AÜG.

⁷⁶ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 23; *Schindler* in *ZellKomm*² § 11 AÜG Rz 7.

⁷⁷ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² (2006) 123.

⁷⁸ Vgl. *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² (2006) 119; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 65.

⁷⁹ § 5 Abs 1 AÜG; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 65.

⁸⁰ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 65.

⁸¹ § 14 AÜG; vgl dazu auch Kapitel 1.3.5.

⁸² § 6 Abs 4 AÜG; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 65.

⁸³ § 6a Abs 3 AÜG.

⁸⁴ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 66.

⁸⁵ § 6 AÜG; § 9 ASchG; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 66.

keinen eigenen Vertragstyp vor, sodass der Vertrag nach allgemeinen Regeln einzuordnen ist. In den meisten Fällen wird ein freier Dienstvertrag abgeschlossen, aber auch ein Werkvertrag oder andere Vertragstypen, beispielsweise Auftragsverträge, kommen in Betracht.⁸⁶ Der zwischen dem Überlasser und der arbeitnehmerähnlichen Person abgeschlossene Vertrag muss primär die Verpflichtung der arbeitnehmerähnlichen Person beinhalten, im Auftrag ihres Vertragspartners persönlich Dienstleistungen zu erbringen.⁸⁷

Bei überlassenen arbeitnehmerähnlichen Personen richten sich die Rechte und Pflichten des Überlassers nach den mit der arbeitnehmerähnlichen Person getroffenen Vereinbarungen. Kraft Gesetzes sind auf arbeitnehmerähnliche Personen nämlich im Wesentlichen lediglich Bestimmungen des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes, des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes, des Gleichbehandlungsgesetzes, des Behinderteneinstellungsgesetzes und des Ausländerbeschäftigungsgesetzes anwendbar. Für freie Dienstnehmer kommt nach der Rsp des OGH analog auch die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften, die die spezifische Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zum Anlass haben, in Betracht, wenn im Einzelfall die Arbeitnehmerähnlichkeit besonders stark ausgeprägt ist.⁸⁸

Im Zusammenhang mit dem Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und Arbeitskraft ist noch darauf hinzuweisen, dass im Verhältnis zwischen Überlasser und Arbeitskraft insoweit Haftungsbeschränkungen bestehen, als Schadenersatzansprüche des Überlassers gegenüber überlassenen Arbeitskräften dem Dienstnehmerhaftpflicht- bzw Organhaftpflichtgesetz unterliegen.⁸⁹

1.3.4. Das Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftiger

Überlasser und Beschäftiger können ihr Rechtsverhältnis, das Überlassungsverhältnis, grundsätzlich nach eigenen Vorstellungen ausgestalten. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass Vereinbarungen zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger, die eine Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft bewirken, verboten sind.⁹⁰

IdR wird zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger ein Dienstverschaffungsvertrag abgeschlossen.⁹¹ Im Rahmen dieses Überlassungsverhältnisses verpflichtet sich der Überlasser gegenüber dem Beschäftiger zur Bereitstellung einer den vertraglichen Vereinbarungen entsprechenden arbeitsbereiten Arbeitskraft.⁹² Der Überlasser schuldet daher grundsätzlich nur die Überlassung des (arbeitsbereiten) Dienstnehmers zum Zweck der Arbeitsleistung, nicht jedoch die Erbringung bestimmter Dienstleistungen oder einen bestimmten Leistungserfolg.⁹³ Da der Beschäftiger die überlassene Arbeitskraft in seinem Betrieb einsetzt, müssen ihm von Überlasser auch Weisungsrechte delegiert werden.⁹⁴

Die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dem Überlassungsverhältnis richten sich nach den jeweils getroffenen Vereinbarungen. Regelungsbedürftig ist insb, ob die über-

⁸⁶ Vgl. *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1151 Rz 138 mwN (www.rdb.at); *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung (2010) 23.

⁸⁷ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 23.

⁸⁸ RIS-Justiz RS0065185; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 67.

⁸⁹ § 7 Abs 1 AÜG; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 67.

⁹⁰ § 8 Abs 2 AÜG; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 70.

⁹¹ Vgl. *Krejci* in *Rummel*, § 1151 Rz 131; *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 124.

⁹² *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² 124; OGH 8 Ob 576/83 = Arb 10.351; *Krejci* in *Rummel*, § 1151 Rz 131.

⁹³ OGH 8 Ob 576/83 = Arb 10.351; *Krejci* in *Rummel*, § 1151 Rz 131.

⁹⁴ Vgl. *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 24 mwN.