

EXPERT 114

VERSION 01
2017 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser in Rechtsfragen

Mehr Netto für den Arbeitnehmer? Entsendung durch den Überlasser und Anspruch auf Diäten

KOMPAKT AUF EINEN BLICK

Die besten Arbeitnehmer sind heiß begehrt in der Arbeitskräfteüberlassungsbranche, bilden sie doch einen der wichtigsten Faktoren eines erfolgreichen Unternehmens. Die besten Köpfe interessiert auch, welchen Betrag sie netto tatsächlich bekommen. Im Hinblick auf die ausgabenrechtlichen Begünstigungen von Aufwandsentschädigungen nach dem Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung (KV AKÜ) erhöht die steuerfreie Auszahlung etwa von Tag- und Nächtigungsgeld den Nettolohn des Arbeitnehmers. Hier ist jedoch Vorsicht geboten, denn nicht alle Aufwandsentschädigungen können steuerfrei ausbezahlt werden. Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, was bei der Entsendung durch den Überlasser und dem Anspruch auf Diäten zu beachten ist.

Auftraggeber: Berufsgruppe der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Wirtschaftskammer Oberösterreich
Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg BRUCKMÜLLER
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Lektor Donau-Universität Krems

Trotz sorgfältiger Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen.
Nur für Mitglieder der Berufsgruppe der Arbeitskräfteüberlasser zum internen Gebrauch bestimmt.
Jegliche andere Art der Verbreitung und Vervielfältigung nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Fachverbandes der Gewerblichen Dienstleister zulässig.
gewerbliche.dienstleister@wko.at; 05 90900 3260

EXPERT 114

VERSION 01
2017 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser in Rechtsfragen



1. Arbeitskräfteüberlasser X:

Ich habe eine grundsätzliche Frage zur Entlohnung meiner Arbeiter. Welche Diäten (Taggeld, Nächtigungsgeld) muss ich als Überlasser meinen Arbeitern nach dem KV AKÜ bei einer Entsendung durch den Überlasser in den Beschäftigerbetrieb überhaupt zwingend bezahlen?



Dr. BRUCKMÜLLER

Abschnitt VIII. Pkt. 11 KV AKÜ regelt, welche Ansprüche dem Arbeiter bei einer Entsendung durch den Überlasser in weit entfernte Beschäftigerbetriebe zustehen. Ausgangspunkt für die Berechnung der Entfernung zum Beschäftigerbetrieb ist stets der Wohnort des Arbeitnehmers.

Unterschieden werden dabei folgende Fallgruppen:

- Entfernung bis zu 60 km
- Entfernung von 61 bis 120 km
- Entfernung über 120 km; Nächtigung angeordnet
- Entfernung unter 120 km, tägliche Rückkehr unzumutbar

Je nachdem, welche Entfernung vorliegt, bestehen unterschiedliche Ansprüche. Von welcher Entfernung sprechen wir in Ihrem Fall?



2. Arbeitskräfteüberlasser X:

In meinem Fall beträgt die Entfernung etwa 140 km. Eine Nächtigung habe ich meinem Arbeiter aber nicht angeordnet. Welcher Anspruch besteht?



Dr. BRUCKMÜLLER:

Bei einer Entfernung zwischen Wohnort des Arbeiters und dem Beschäftigerbetrieb von mehr als 120 km und der Anordnung einer Nächtigung gebührt Taggeld in Höhe von EUR 26,40 und Nächtigungsgeld von EUR 15,00.

Höhere Nächtigungskosten sind bei Vorlage eines Beleges zu ersetzen. Dies wird dann der Fall sein, wenn der Arbeiter um den Pauschalbetrag von EUR 15,00 kein angemessenes Quartier bekommen kann. Für die Angemessenheit des Quartiers kommt es auf die Branchenüblichkeit an. Ein gewisser Mindeststandard (Grundsäuberkeit, möglichst in Nähe zum Einsatzort) ist erforderlich. Es besteht jedoch kein Anspruch auf ein Einzelzimmer.

Weiters hat der Arbeiter Anspruch auf die Fahrtkosten für eine wöchentliche An- und Abreise. Diese sind pauschal in Höhe der Kosten für das öffentliche Verkehrsmittel zu ersetzen. Die Anordnung von Nächtigungen für das Wochenende (Durchzahlen) kann nicht erfolgen. Sollte der Überlasser den Heim- und Hintransport organisieren, besteht kein Anspruch des Arbeiters auf Fahrtkostenersatz. Die Fahrtkosten für die wöchentliche Heimreise sind aber nur dann zu ersetzen, wenn der Arbeiter die Heimreise tatsächlich antritt. Bleibt er hingegen freiwillig am Arbeitsort, steht ihm kein Ersatz der fiktiven Fahrtkosten zu. Der OGH begründet dies damit, dass der Arbeiter andernfalls dazu verleitet werden könnte am Arbeitsplatz zu bleiben, um sich die tatsächlichen Fahrtkosten zu ersparen, der Kollektivvertrag will aber die wöchentliche Heimreise des Arbeiters fördern.

Auch in jenen Fällen, in denen die Nächtigung nicht angeordnet wurde, kann trotzdem Anspruch auf Taggeld und Nächtigungsgeld bestehen. Dies immer dann, wenn die Nächtigung erforderlich ist, da etwa die tägliche Rückkehr nicht zugemutet werden kann. Der Arbeiter muss die auswärtige Nächtigung durch Beleg nachweisen.

Jedenfalls unzumutbar ist die tägliche Rückkehr, wenn die An- oder Rückreise eineinhalb Stunden übersteigt.



3. Arbeitskräfteüberlasser X:

Was versteht man nun genau unter Wohnort des Arbeiters? Mein Arbeiter wohnt eigentlich in Ungarn. Er hat aber nun ein Quartier in der Nähe des Beschäftigerbetriebes in Österreich. Wovon wird die Entfernung zum Beschäftigerbetrieb ermittelt?



Dr. BRUCKMÜLLER:

Die Entfernung wird bei einer Entsendung durch den Überlasser immer vom Wohnort des Arbeitnehmers ermittelt. In Anhang III zum KV AKÜ ist klargestellt, dass bei Arbeitnehmern, die ihren ordentlichen Wohnsitz (Lebensmittelpunkt) im Ausland haben, dieser als Wohnsitz gilt und nicht das inländische Quartier.

EXPERT 114

VERSION 01
2017 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser in Rechtsfragen

Unter Wohnort ist nach dem OGH jener Ort zu verstehen, an dem eine Person den Mittelpunkt der Lebensführung bzw. der Lebensinteressen hat und sich gewöhnlich aufhält. Der Wohnort wird über die körperliche Anwesenheit und die üblichen Verrichtungen des täglichen Lebens, wie Schlafen, Essen und Freizeitgestaltung bestimmt. Der Aufenthalt muss auf Beständigkeit ausgelegt sein, was sich aus objektiv überprüfbaren Umständen persönlicher oder beruflicher Art ergibt. Die Frage, ob der Lebensmittelpunkt als Wohnsitz gemeldet ist oder nicht, ist nicht von Bedeutung.

Bsp.: Ein Arbeiter aus Ungarn, der zwar während der Woche in Österreich Quartier bezieht, jedoch an den Wochenenden zu seiner Frau und seinen Kindern nach Ungarn fährt, wird seinen Lebensmittelpunkt in Ungarn haben.



4. Arbeitskräfteüberlasser X:

Ich habe noch eine Geschäftsidee und möchte Ihre Meinung dazu wissen. Ich beschäftige einen deutschen Arbeiter in meinem Unternehmen, der seinen Wohnsitz in Deutschland hat. Der Arbeiter wird bei Kunden in Deutschland eingesetzt. Er muss daher nie nach Österreich kommen. Welche Diäten stehen dem Arbeiter zu? Liegt nicht eine Entsendung durch den Überlasser ins Ausland vor, bei welcher ich dem Arbeiter hohe Diäten bezahlen müsste? Ich überlasse den deutschen Arbeiter von meinem Unternehmenssitz in Österreich nach Deutschland.



Dr. BRUCKMÜLLER

Ihre Überlegungen sind interessant. Auch in diesem Fall beurteilt sich der Anspruch des Arbeiters nach den Vorschriften des KV AKÜ. Der Wohnsitz des Arbeiters ist klar in Deutschland gelegen. Von diesem Wohnsitz aus ist die Entfernung zum Beschäftigerbetrieb zu ermitteln. Die Entfernung kann nicht - etwa um dem Arbeiter hohe Diäten steuerfrei bezahlen zu können - vom Unternehmenssitz in Österreich berechnet werden.

Bei einer Entsendung durch den Überlasser ins Ausland hat der Arbeiter Anspruch auf Taggeld und Nächtigungsgeld in Höhe der Gebührenstufe 3 der Bundesbediensteten (Abschnitt VIII Pkt. 12 iVm Pkt. 7-10 KV AKÜ).

Auffällig ist, dass diese Bestimmungen nicht vom Wohnort des Arbeiters sprechen und auch auf keine Entfernung abstellen. Nichtsdestotrotz ist für die Beurteilung, ob eine Entsendung ins Ausland vorliegt, auch hier darauf abzustellen, wo der Arbeiter seinen Lebensmittelpunkt (Wohnort) hat. Würde man hier nur auf den Unternehmenssitz des Überlassers abstellen, wären die Ergebnisse unbillig und könnten etwa dazu führen, dass einem deutschen Arbeiter, der in Deutschland wohnt und bei einem deutschen Beschäftiger im Nachbarort eingesetzt ist, die Diäten der Gebührenstufe 3 der Bundesbediensteten steuerfrei bezahlt würden.

Im Falle des deutschen Arbeiters liegt dessen Lebensmittelpunkt klar in Deutschland. Wird der Arbeiter nun an einen Beschäftiger in Deutschland überlassen, liegt keine Entsendung durch den Überlasser ins Ausland vor. Es stehen ihm daher die diesbezüglichen Diäten nicht zu.



5. Arbeitskräfteüberlasser X:

Warum ist es für die Auszahlung von Diäten an den Arbeiter überhaupt von Bedeutung, ob diese tatsächlich zustehen oder nicht? Ich kann meinem Arbeiter doch die Diäten einfach steuerfrei freiwillig auszahlen, oder?



Dr. BRUCKMÜLLER:

Natürlich kann der Überlasser freiwillig Zahlungen an seine Arbeitnehmer leisten. Tag- und Nächtigungsgelder können jedoch nur dann steuerfrei (sozialversicherungsfrei) bezahlt werden, wenn die Ansprüche nach dem KV AKÜ tatsächlich zustehen.



6. Arbeitskräfteüberlasser X:

Eine Frage zur Sozialversicherungspflicht. Wenn ich wie im oben genannten Beispiel einen ausländischen Arbeiter habe, der in Österreich keinen Wohnsitz hat und von Beginn des Arbeitsverhältnisses weg nur an Beschäftiger in seinem Heimatland überlassen wird, in welchem Land besteht Sozialversicherungspflicht?

EXPERT 114

VERSION 01
2017 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser in Rechtsfragen

z.B. ein Deutscher mit Wohnsitz in Hamburg arbeitet für einen österreichischen Überlasser und wird nur an Beschäftigter in Deutschland überlassen.

! Dr. DRUCKMÜLLER:

Die Antwort auf diese Frage liefert eine Verordnung der EU (VO 883/2004). Nach dieser besteht die Sozialversicherungspflicht grundsätzlich im Tätigkeitsstaat. Der **Tätigkeitsstaat** ist im gegenständlichen Fall Deutschland. Von diesem Tätigkeitsortprinzip gibt es aber **Ausnahmen**. Eine solche ist die Entsendung. Bei einer **Entsendung** bleibt die Versicherungspflicht im Entsendestaat, also in Österreich. Auch eine Arbeitskräfteüberlassung kann eine Entsendung sein.

Keine Entsendung liegt aber vor, wenn deutsche Arbeitskräfte (die in Deutschland wohnen) von einem österreichischen Arbeitskräfteüberlasser angestellt werden, um in Deutschland eingesetzt zu werden (sogenannte „**Ortskräfte**“). Da keine Entsendung vorliegt, gilt das Territorialitätsprinzip und es gilt daher deutsches Sozialversicherungsrecht. Ob die weiteren Voraussetzungen einer Entsendung vorliegen, muss daher gar nicht mehr geprüft werden.

Das Vorliegen einer Entsendung könnte im gegenständlichen Fall bspw. auch daran scheitern, dass der Arbeitskräfteüberlasser keine nennenswerte Tätigkeit in Österreich ausübt. Dies hängt von mehreren Faktoren - insbesondere auch vom Umsatz (Richtschnur: mindestens 25 % Umsatz in Österreich) - ab.

Da aber ohnehin keine Entsendung vorliegt, besteht **Sozialversicherungspflicht in Deutschland**.

? 7. Arbeitskräfteüberlasser X:

In meinem Fall wurde aber ein österreichisches A1 Formular ausgestellt. In welchem Land besteht nun die Sozialversicherungspflicht, wenn es ein (österreichisches) A1 Formular gibt?

! Dr. BRUCKMÜLLER

Das A1 Formular ist quasi ein „**Persilschein**“. Wenn Österreich bestätigt hat, dass Sozialversicherungspflicht in Österreich besteht, ist auch Deutschland daran gebunden. Hat die deutsche Arbeitskraft daher ein

österreichisches A1 Formular, besteht Sozialversicherungspflicht in Österreich. Daran sind auch die Gerichte gebunden. Konflikt über die Rechtmäßigkeit der Zuordnung zu einem Sozialversicherungssystem sind zwischen den beteiligten Sozialversicherungsträgern auszutragen. Im Zweifel kann die Verwaltungskommission angerufen werden. Stellt sich nachträglich heraus, dass ein anderer Staat (etwa Deutschland) für die Versicherung zuständig gewesen wäre, kommt es zur Rückabwicklung. Das heißt, die Beiträge sind rückzuerstatten, Leistungen rückzuerrechnen und Beiträge neu einzuzahlen.

Solange aber das **A1 Formular** vorhanden ist, ist **Österreich** für die Sozialversicherung zuständig

? 8. Arbeitskräfteüberlasser X:

Gibt es noch einen Tipp, wie ich mich bei der steuerfreien Auszahlung von Diäten verhalten soll?

! Dr. BRUCKMÜLLER:

Bei unberechtigter steuerfreier Auszahlung von Diäten sind Beitragsnachforderungen durch die GKK oder Lohnsteuernachforderungen durch das Finanzamt sehr wahrscheinlich. Um dies zu vermeiden, ist eine genaue Ermittlung, welche Ansprüche (Diäten) dem Arbeiter tatsächlich zustehen, unbedingt erforderlich. Daneben rate ich genau zu erheben, wo die Mitarbeiter tatsächlich ihren Wohnsitz haben. Lieber die Zeit für diese Erhebungen aufwenden, als nachher Zeit und Nerven in ein Verfahren vor dem Arbeitsgericht zu investieren.