

HERZLICH WILLKOMMEN!

# Rechtliche Themen in der Personaldienstleistung



BRUCKMÜLLER  
RECHTSANWÄLTE

*passion for law*

Vortragender: RA Dr. Georg Bruckmüller

# Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller



- Rechtsanwalt seit 1997
- Partner der Bruckmüller Rechtsanwalts GmbH
- Universitätslektor an der Donau Universität Krems und Johannes Kepler Universität Linz
- Vertrauensanwalt der OÖ Wirtschaftskammer
- Schwerpunkte:
  - Unternehmensvertragsrecht
  - Arbeitsrecht
  - Markenrecht & Innovationen
  - Unlauterer Wettbewerb
  - Immobilienrecht



- Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes
  - Wichtigste Änderungen
- Neue Kündigungsfristen und –termine für ArbeiterInnen
  - Änderungen im ABGB
  - Änderungen im AÜG
  - Änderungen im KV AKÜ 2021
- Rechtslage zum Rekrutierungsaufwand
  - Überlassung versus Vermittlung



BRUCKMÜLLER  
RECHTSANWÄLTE

*passion for law*

# 1. Novelle des LSD-BG



- Bundesgesetz, mit dem das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz geändert werden
  - BGBl. I Nr. 174/2021
- Umsetzung der EU-RL 2018/957 (Änderungs-RL zur Entsende-RL)
- Änderungen traten überwiegend mit **1.9.2021** in Kraft
- anzuwenden auf Entsendungen und Überlassungen, die **nach dem 31.8.2021 begonnen** haben

## Wichtigste Änderungen:

- Anpassung des **Entsendebegriffs** des LSD-BG an jenen der Entsende-RL
  - Einschränkung des Anwendungsbereiches des LSD-BG
- Überarbeitung der **Verwaltungsstrafbestimmungen**
  - infolge EuGH-Rechtsprechung

- Verbesserung der Arbeitsbedingungen für nach Ö. grenzüberschreitend entsandte oder überlassene Arbeitnehmer
- Verbesserung der Durchsetzbarkeit und Effektivität der Regelungen des LSD-BG



BRUCKMÜLLER  
RECHTSANWÄLTE

*passion for law*

## a. Überarbeitung des Geltungsbereichs



# Anpassung des Entsendebegriffs

- § 2 Abs 3 LSD-BG alte Fassung : Entsendung iSd LSD-BG setzte **nicht** den Abschluss eines Dienstleistungsvertrages zwischen einem Auftragnehmer (Arbeitgeber) ohne Sitz in Ö. und einem im Inland tätigen Dienstleistungsempfänger (Auftraggeber) voraus
- Widerspruch zu Art 1 Abs 3 lit a Entsende-RL → § 2 Abs 3 **entfällt** → Harmonisierung mit Entsende-RL, soweit grenzüberschreitende Entsendungen betroffen sind
- Voraussetzungen für eine **Entsendung**:
  - Bestehen eines grenzüberschreitenden **Dienstleistungsvertrages** zwischen dem entsendenden Unternehmen und einem im Inland tätigen Dienstleistungsempfänger und
  - Bestehen eines **Arbeitsverhältnisses** zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung



BRUCKMÜLLER  
RECHTSANWÄLTE

*passion for law*

## b. Neuregelung der Verwaltungsstrafbestimmungen



# Verstöße gegen formale Verpflichtungen

- Urteil EuGH 12.9.2019, C-64/18, Maksimovic
  - „[...] eine Regelung, die Sanktionen vorsieht, deren Höhe von der **Zahl der** von der Nichteinhaltung bestimmter arbeitsrechtlicher Verpflichtungen **betroffenen Arbeitnehmer** abhängt, [erscheint] **für sich genommen nicht unverhältnismäßig.**“
  - „Der **hohe Betrag** der zur Ahndung der Nichteinhaltung solcher Verpflichtungen vorgesehenen Geldstrafen kann allerdings **in Verbindung damit**, dass es für sie **keine Obergrenze** gibt, wenn der Verstoß **mehrere Arbeitskräfte betrifft**, zur Verhängung **beträchtlicher Geldstrafen** führen, die sich, wie im vorliegenden Fall, auf mehrere Millionen Euro belaufen können.“
  - „Zudem kann der Umstand, dass die Geldstrafen einen im Vorhinein festgelegten **Mindestbetrag jedenfalls nicht unterschreiten** dürfen, dazu führen, dass solche Sanktionen in Fällen verhängt werden, in denen **nicht erwiesen** ist, dass der beanstandete Sachverhalt **von besonderer Schwere** ist.“
- ö. Strafbestimmungen waren **unverhältnismäßig** und damit **unionsrechtswidrig**

# Verstöße gegen formale Verpflichtungen

- §§ 26–28 LSD-BG neu
- Entfall der Kumulation und Schaffung eines Strafrahmens ohne Mindeststrafe
- es liegt unabhängig von der Anzahl der betroffenen AN nur noch **eine einzige** Verwaltungsübertretung vor
- zu bestrafen mit Geldstrafe
  - bis zu EUR 20.000,00 (Verstöße iZm den Melde- und Bereithaltungspflichten)
  - bis zu EUR 40.000,00 (Vereitelungshandlungen iZm der Lohnkontrolle)
  - bis zu EUR 20.000,00, im Wiederholungsfall bis zu EUR 40.000,00 (Nichtbereithaltung und Nichtübermittlung der Lohnunterlagen)

- § 29 LSD-BG neu
- Abgehen vom bisherigen Modell der Bestrafung pro AN
- stattdessen mehrere Strafrahmen (in 5 Stufen)
- Nichtbezahlung des nach Gesetz, VO oder KV gebührenden Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien
  - ausgenommen die in § 49 Abs 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile (zB Auslagenersatz, Schmutzzulage, Abfertigung, freiwillige soziale Zuwendungen ua)

## Strafraahmen:

grundsätzlich

Geldstrafe bis zu EUR 50.000,00

Kleinstunternehmen mit bis zu 9 AN, Erstfall und Summe des vorenthaltenen Entgelts unter EUR 20.000,00

Geldstrafe bis zu EUR 20.000,00

Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als EUR 50.000,00

Geldstrafe bis zu EUR 100.000,00

Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als EUR 100.000,00

Geldstrafe bis zu EUR 250.000,00

vorsätzlich durchschnittlich mehr als 40 % des Entgelts vorenthalten und Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als EUR 100.000,00

Geldstrafe bis zu EUR 400.000,00



- wenn AG bei der **Aufklärung** zur Wahrheitsfindung **unverzüglich** und **vollständig** mitwirkt → anstelle des Strafrahmens bis EUR 100.000,00 oder bis EUR 250.000,00 ist der jeweils **niedrigere** Strafrahmen anzuwenden
- „unverzüglich“ = unverzüglich nach Einleitung des Strafverfahrens, dh ab wirksamer Zustellung der Aufforderung zur Rechtfertigung





BRUCKMÜLLER

RECHTSANWÄLTE

*passion for law*

## c. Weitere Änderungen



# Mehr Arbeitnehmerrechte bei langfristigen Entsendungen

- § 2 Abs 3 LSD-BG neu: ab dem Zeitpunkt, ab dem Entsendung/Überlassung die **Dauer von 12 Monaten überschreitet**, finden die ö. gesetzlichen und durch VO oder KV festgelegten Arbeitsrechtsnormen **zur Gänze** Anwendung
  - soweit sie **günstiger** sind als die entsprechenden Normen des Entsendestaates
    - mehr Arbeitnehmerrechte
  - insb. relevant in Bezug auf die Anwendung der allg. Dienstverhinderungsregelungen (§ 8 Abs 3 AngG, § 1154b Abs 5 ABGB) od. auf kollektivvertraglich vorgesehene Ansprüche auf Dienstfreistellung (Sonderurlaub)
  - ausgenommen: Regelungen des BMSVG und BPG, Verfahren, Formalitäten und Bedingungen für den Abschluss und die Beendigung des Arbeitsvertrages einschließlich Wettbewerbsverbote
- Zeitraum kann **auf 18 Monate verlängert** werden
  - Vorlage einer mit einer Begründung versehenen Mitteilung durch AG
  - bereits im Rahmen der Entsende- oder Überlassungsmeldung, wenn vorweg bekannt; ansonsten in der Änderungsmeldung

- § 3 Abs 7 LSD-BG: entsandter AN hat für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf **Aufwandersatz für Reise-, Unterbringungs- oder Verpflegungskosten**, die während der Entsendung nach Ö. anfallen
  - der am Arbeitsort vergleichbaren AN von vergleichbaren AG gebührt
- umfasst Kosten anlässlich Reisebewegungen von einem regelmäßigen Arbeitsplatz im Inland zu einem anderen Arbeitsplatz im Inland

# Änderungen bei den Meldepflichten

- Meldepflichten gem § 19 LSD-BG bei Entsendung oder Überlassung
  - jeweils eigenes Formular für **Entsendung** bzw **Überlassung**
  - Verwaltungsstrafen bei Verstößen gegen Meldepflichten (§ 26 LSD-BG)
- Problem: oft schwierige Abgrenzung **Entsendung** – **Überlassung**
- neu: Meldung gilt als **vollständig erstattet**, wenn bei einer Meldung **irrtümlich** anstelle des Formulars für Entsendungen das Formular für Überlassungen (oder umgekehrt) verwendet wird (§ 26 Abs 1a)

# Änderungen bei den Meldepflichten

- § 19 Abs 5 LSD-BG neu
- wiederholte grenzüberschreitende Einsätze
- Dauer der Rahmenmeldung (Meldung der Entsendung oder Überlassung) auf **sechs Monate** ausgeweitet (Rahmenzeitraum)



BRUCKMÜLLER

RECHTSANWÄLTE

*passion for law*

## 2. Neue Kündigungsfristen und –termine für ArbeiterInnen



# Änderungen im ABGB und im AÜG

- Mit **1.10.2021**: Anpassung an die Kündigungsfristen des AngG
- auf Beendigungen anzuwenden, die **nach dem 30.9.2021 ausgesprochen** werden
- neue Kündigungsregelungen im ABGB: gelten grundsätzlich für alle Arbeitgeber

## Ausnahmen:

- abweichende Regelungen im KV für Branchen, in denen **Saisonbetriebe** überwiegen, möglich
- zusätzlich **Änderung des AÜG** beschlossen!
  - im Kollektivvertrag können abweichende Kündigungsregelungen festgelegt werden (§ 10 Abs 5 AÜG)
- tritt am **1.10.2021** in Kraft

# Änderung des KV AKÜ 2021

- ab **01.10.2021**
- gilt für **alle** Arbeiterinnen und Arbeiter

# Änderung des KV AKÜ 2021

- Kündigungsfristen betragen für **Arbeitgeber** nach einer ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit

- |  |                                  |
|--|----------------------------------|
| • von mehr als einem Monat bis 12 Monate | 2 Wochen (ab 1.1.2023: 3 Wochen) |
| • von mehr als 12 Monaten bis 18 Monate  | 4 Wochen                         |
| • von mehr als 18 Monaten bis 2 Jahre    | 6 Wochen                         |
| • von mehr als 2 Jahren bis 5 Jahre      | 2 Monate                         |
| • von mehr als 5 Jahren bis 15 Jahre     | 3 Monate                         |
| • von mehr als 15 Jahren bis 25 Jahre    | 4 Monate                         |
| • danach                                 | 5 Monate                         |

# Änderung des KV AKÜ 2021

- Kündigungsfristen betragen für **Arbeitnehmer** nach einer ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit
  - bis 24 Monate      2 Wochen
  - danach              4 Wochen

# Änderung des KV AKÜ 2021

## Kündigungstermin

- bei **Arbeitgeberkündigung**:
  - in den ersten 18 Monaten Betriebszugehörigkeit: Ende der Arbeitswoche
  - nach 18 Monaten Betriebszugehörigkeit: 15. oder Letzter des Kalendermonats
  - trotz der irreführenden Formulierung („oder“) ist davon auszugehen, dass der für den AG günstige Kündigungstermin am 15. oder Monatsletzten nach 18 Monaten Betriebszugehörigkeit automatisch gelten soll und nicht extra vertraglich vereinbart werden muss
- bei **Arbeitnehmerkündigung**:
  - Ende der betrieblichen Arbeitswoche

# Änderung des KV AKÜ 2021

## Anrechnung von Vordienstzeiten

- Berechnung von Kündigungsfrist/-termin
- Vordienstzeiten, die
  - beim selben Unternehmen,
  - bei verbundenen oder assoziierten Unternehmen oder
  - bei anderen Unternehmen eines Konzerns

zurückgelegt wurden, sind **zusammenzurechnen**

- sofern sie **nicht länger als 12 Monate** unterbrochen wurden
- Arbeitnehmer müssen solche Vordienstzeiten rechtzeitig **bekannt geben** und **belegen**

# Änderung des KV AKÜ 2021

## Anrechnung von Vordienstzeiten

- Pflichten des Arbeitgebers:
  - bei Begründung des Arbeitsverhältnisses AN danach fragen
  - Bekanntgabe der in Frage kommenden Unternehmen sowie
  - die in diesen Unternehmen anrechenbaren Vordienstzeiten
  - anrechenbare Vordienstzeiten in diesen Unternehmen vom AN bestätigen lassen
- AG ist in der Folge für die ordnungsgemäße und vollständige Anrechnung der Vordienstzeiten verantwortlich!
- keine Möglichkeit, in Lohn- bzw Personaldaten verbundener/assoziierter Unternehmen einzusehen:
  - AN hat dem AG diese Zeiten beim Eintritt bekannt zu geben und
  - sofort bzw spätestens innerhalb von 3 Monaten nachzuweisen (zB Zeugnisse, sonstige Arbeitspapiere, Versicherungsdatenauszug)
- Vordienstzeiten sind zu Beginn des Arbeitsverhältnisses zu erfassen und im Dienstzettel oder Dienstvertrag **schriftlich festzuhalten**
  - Schwierigkeit, wenn AN diese erst innerhalb von 3 Monaten nachweist?
  - Lösungsansatz: vom AN bekanntgegebene Daten im Dienstzettel/-vertrag festhalten und innerhalb von 3 Monaten (nachträglich) nachweisen lassen

# Änderung des KV AKÜ 2021

## Anrechnung von Vordienstzeiten

### **Streitbelegungsausschuss:**

- wenn im Zusammenhang mit der Feststellung anrechenbarer Vordienstzeiten Streitigkeiten entstehen
- vor Anrufung eines Arbeitsgerichts **soll** zu deren Beilegung ein paritätisch besetzter Sozialpartnerrausschuss befasst werden
  - je drei Vertreter der vertragsschließenden Organisationen
  - „soll“: Befassung des Streitbelegungsausschusses nicht zwingend?
  - Kompetenzen des Ausschusses gehen aus der Regelung nicht hervor
  - eventuell vergleichbar mit Mediation

# Handlungsbedarf für Arbeitgeber

- hängt von Ausgestaltung der bestehenden Verträge ab
- wenn diese auf die Bestimmungen des KV verweisen → neue Fristen und Termine gelten ab 01.10.2021 grundsätzlich automatisch
- jedenfalls so anpassen, dass ab 01.10.2021 die richtigen (neuen) Fristen in den Verträgen enthalten sind!
- wurden von den Bestimmungen des KV abweichende Fristen vereinbart, gelten diese nach dem 01.10.2021 weiter, sofern sie für den Arbeitnehmer **günstiger** sind → nachteilige Regelungen werden durch den KV verdrängt
- **Bereits vorgenommene Änderungen prüfen lassen!**

## Vorteile der Änderungen im KV AKÜ 2021

- kürzere Kündigungsfristen
- Kündigungstermin (15. oder Monatsletzter) im KV geregelt
  - nach 18 Monaten Betriebszugehörigkeit
  - es müssen keine vom ABGB (grds Quartalsende, abdingbar: 15. + Monatsende) abweichenden Kündigungstermine einzeln vereinbart werden

## Referenzlöhne bereits ab Einsatzbeginn beim Beschäftigten

- erhöhte Überlassungslöhne für Arbeitnehmer, die in bestimmten Industriebereichen eingesetzt werden
- gelten bereits **ab dem ersten Tag** und nicht erst nach der Probezeit
- Erhöhung der Überlassungslöhne (Referenzlöhne) gilt daher nur mehr dann nicht, wenn
  - der Arbeitnehmer ausdrücklich zur Verrichtung auswärtiger Arbeiten überlassen wird und
  - dies in der Einsatzinformation angeführt ist



BRUCKMÜLLER  
RECHTSANWÄLTE

*passion for law*

### 3. Rechtslage zum Rekrutierungsaufwand



# Ersatz des Rekrutierungsaufwands

**OGH vom 29.06.2020, 8 Ob 41/20t**

## Sachverhalt:

- KI hat an Beklagte Arbeitskräfte überlassen, Mindestüberlassungsdauer 6 Monate
- Bei vorheriger Übernahme ist für Rekrutierungsaufwand ein Aufwandsersatz iHv 2 Bruttomonatslöhne bei Arbeitern bzw. 18 % des Bruttojahresgehalts bei Angestellten vereinbart
- Gilt auch bei Beschäftigung über anderen Arbeitskräfteüberlasser
- Kündigung der Vertragsbeziehung (Unzufrieden mit Betreuungsleistungen)
- 7 DN wurden über neuen Überlasser an Beklagte überlassen

# Ersatz des Rekrutierungsaufwands

**OGH vom 29.06.2020, 8 Ob 41/20t**

**Leitsätze:**

- § 11 Abs 2 Z 6: Bedingungen verboten, welche üAK für die Zeit nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser in ihrer Erwerbsfreiheit beschränken
- § 8 Abs 2: Vereinbarungen zwischen Ü und B verboten, die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen

# Ersatz des Rekrutierungsaufwands

**OGH vom 29.06.2020, 8 Ob 41/20t**

**Leitsätze:**

- Gilt für Konventionalstrafen (1 Ob 225/08g), für Vermittlungsprovision (9 Ob 19/12b)
- Volle Beweglichkeit der AN am Arbeitsmarkt durch Reugelder und Einstellungsverbote nicht gegeben
- Auf Bezeichnung kommt es nicht an: Ablöse, Entgelt für Weiterbeschäftigung etc
- Es kommt nicht darauf an, ob Arbeitsverhältnis zum Beschäftiger oder zu einem anderen Überlasser begründet wird
- Aufwandersatzanspruch schmälert Aussicht des AN, über einen Dritten weiter beim Beschäftiger tätig zu sein

## Arbeitskräfteüberlassung versus Arbeitsvermittlung:

- § 2 Abs 1 AMFG: Arbeitsvermittlung ist jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen
- freies Gewerbe (seit 17.10.2017)
- das Arbeitsverhältnis soll gerade nicht mit dem Vermittler, sondern mit einem Dritten zustande kommen → Entgelt für Vermittlung
- gleichzeitige Ausübung von Arbeitsvermittlung und Arbeitskräfteüberlassung grds erlaubt
- Vermischung unzulässig: Überlasser kann hinsichtlich einer Arbeitskraft nicht zugleich auch deren Vermittler sein

## Empfehlung:

- soll für die Übernahme der Arbeitskraft durch den Dritten ein Entgelt verlangt werden, muss im konkreten Fall ein Personalvermittlungsvertrag abgeschlossen werden
- eine solche Vereinbarung in einem Arbeitskräfteüberlassungsvertrag ist nämlich nichtig iSd § 879 ABGB
- der „Überlasser“ muss in diesem Fall als Vermittler auftreten

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



BRUCKMÜLLER  
RECHTSANWÄLTE

*passion for law*

Bruckmüller RechtsanwaltsgmbH  
Landstraße 50  
4020 Linz

**Tel: 0732 / 77 55 44 0**

E-Mail: [team@bruckmueller-law.at](mailto:team@bruckmueller-law.at)  
[www.bruckmueller-law.at](http://www.bruckmueller-law.at)

Sprechstelle Wien:  
Grünangergasse 8  
A-1010 Wien  
Tel. 01 / 5123798