

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

Investitionskontrolle

- > Vollzug
- > Strafrecht
- > Unionsrecht

Claims-Made-Prinzip:
Vorkenntnisausschluss

Stammkapitalabsenkung und
Gründungsprivilegierung

Versorgung mit kritischen
Rohstoffen

Streikende überlassene
Arbeitskräfte

VfGH zur Handysicherstellung

Software-as-a-Service-Verträge



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418

Warum auch überlassene Arbeitskräfte streiken dürfen

BEITRAG. Zum Streikrecht gibt es in Österreich wenig Rsp. Das gilt auch für § 9 AÜG, eine Bestimmung, die schon seit Inkrafttreten des AÜG im Jahre 1988 besteht. Wenn im Beschäftigterbetrieb gestreikt wird, dann stellen sich überlassene Arbeitskräfte, Überlasser und Beschäftigter die Frage, ob diese streiken oder im Beschäftigterbetrieb arbeiten dürfen. **ecolex 2024/98**



RA Dr. **Georg Bruckmüller** ist Gründer und Partner der Bruckmüller Rechtsanwalts GmbH in Linz und Wien. Mag. **Linda Trstena** ist RAA der Bruckmüller Rechtsanwalts GmbH in Linz.

A. Ausgangslage

Das Niederlegen von Arbeit durch die AN und das damit verbundene Unterbinden des üblichen Arbeitsablaufs sind effektive Mittel, um bestimmte Ziele kollektiv zu erreichen. Streiks können eine beträchtliche Zeit in Anspruch nehmen und gravierende Auswirkungen haben.¹⁾ Die im Herbst 2023 geführten Gehaltsverhandlungen wurden in verschiedenen Branchen durch Betriebsversammlungen und Streiks der Gewerkschaft begleitet. Während es Zeiten gegeben hat, in denen sich Österreichs Sozialpartnerschaft international darauf berufen konnte, Österreich als das Land mit den wenigsten Streikstunden zu sein, waren die Positionen bei den Gehaltsverhandlungen in der Metallbranche und im Handel diesmal äußerst schwierig. Da auch viele überlassene Arbeitskräfte in bestreikten Unternehmen eingesetzt sind, stellte sich erneut die langschwelende Frage, welche Konsequenzen ein Streik im Beschäftigterunternehmen auf überlassene Arbeitskräfte und auf Überlassungsunternehmen hat.

Dazu sieht § 9 AÜG eine Regelung vor: „Die Überlassung von Arbeitskräften in Betriebe, die von Streik oder Aussperrung betroffen sind, ist verboten.“

Was aber dieses gesetzliche Verbot genau umfasst, ist in der Lit umstritten. Hg Rsp fehlt dazu bislang zur Gänze. Es besteht lediglich Einigkeit darüber, dass ein Überlasserbetrieb keine neuen Arbeitskräfte in Betriebe überlassen darf, die aktuell von einem Streik oder einer Aussperrung betroffen sind. Inwiefern diese gesetzliche Bestimmung Relevanz hat für jene Arbeitskräfte, die bereits vor Beginn der Arbeitskampfmaßnahme im Beschäftigterbetrieb tätig waren, ist jedoch ungeklärt. Eine Klarheit ist dringend geboten, da eine Überlassung in von Streik oder Aussperrung betroffene Betriebe eine Verwaltungsstrafe nach sich ziehen kann.²⁾ Zudem könne die Verletzung von § 9 AÜG zu einem Entzug der Gewerbeberechtigung führen, weil dann die erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr gegeben sei.³⁾ In der Praxis haben Gewerkschaft und AK Sachverhaltsdarstellungen an BezVBh mit dem Zweck übermittelt, eine verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung der Gf von Überlassungsunternehmen anzustreben, wenn diese überlassene Arbeitskräfte von bestreikten Betrieben nicht abziehen.⁴⁾ Dieser Beitrag soll Licht in diese sozialpolitisch und emotional höchst sensible Thematik bringen. Vorab ist auf den Meinungsstand und die Argumente in der Lehre einzugehen.

B. Meinungsstand

1. Verpflichtung zur Überlassungsbeendigung

Für manche Autoren kommt es nicht darauf an, ob der Beginn des Arbeitskampfes vor oder während einer Überlassung stattfand, sie gehen von einer weiten Auslegung des gesetzlichen Verbots aus.

*Schwarz*⁵⁾ verweist darauf, dass danach zu differenzieren sei, ob es sich um eine Überlassung in eine vom Arbeitskampf betroffene Abteilung handelt oder um eine Überlassung in einen Bereich, der nicht von Streik oder Aussperrung betroffen ist. Wenn in einem Betrieb, in welchem schon vor Beginn des Arbeitskampfes überlassene Arbeitskräfte tätig waren, der Betrieb zum größten Teil ungestört weitergeführt werden kann, hat die Fortsetzung der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte keinen Einfluss auf den Ausgang des Arbeitskampfes, und die Überlassung müsse weiterhin zulässig sein.⁶⁾

Auch *Schindler*⁷⁾ hat sich mit der Frage beschäftigt, ob Arbeitskräfte, welche ohne Zusammenhang mit einem Arbeitskampf aus betrieblich gerechtfertigten Gründen überlassen wurden, mit Beginn des Arbeitskampfes abgezogen werden müssen. Er geht behauptend von einer solchen Verpflichtung aus. Begründend führt *Schindler* an, der Gesetzgeber habe im Falle des Arbeitskampfes eine klare und von keinen weiteren Erwägungen abhängige Regelung hinsichtlich der Arbeitskräfteüberlassung treffen wollen. Damit habe der Gesetzgeber eine nicht differenzierende Anordnung getroffen: „Die Überlassung“ von Arbeitskräften stelle einen Dauertatbestand dar und umfasse damit auch die bereits bei Beginn des Arbeitskampfes aufreichte Beschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte. Überlassene Arbeitskräfte müssten demnach ausnahmslos bei Beginn eines Arbeitskampfes aus dem bestreikten Betrieb abge-

¹⁾ *Cerny in Jabornegg/Resch*, Aktuelle Entwicklungen im Arbeitskampfrecht, DRdA 2016, 370, 371.

²⁾ § 22 Abs 1 Z 1 lit b AÜG.

³⁾ *Schrattbauer in Schrattbauer*, AÜG Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (2020) § 9 Rz 12.

⁴⁾ Aktuell ist nicht entschieden, ob diese die Verwaltungsstrafverf einstellen oder eine Strafe verhängen.

⁵⁾ *Schwarz in Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, Gesetze und Kommentare² § 9 AÜG, 180.

⁶⁾ *Schwarz in Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² § 9 AÜG, 180, 181.

⁷⁾ *Schindler in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 9 AÜG, Rz 2.

zogen werden. *Schindler* leitet dies aus der Entstehungsgeschichte und dem Schutzzweck des Gesetzes sowie dem Wortlaut des § 9 AÜG ab.

An anderer Stelle meint *Schindler*, dass es die weit verbreitete Praxis gäbe, den Verbleib der überlassenen Arbeitskräfte von allen Seiten zu dulden, sofern sie sich am Streik beteiligen.⁸⁾

Auch *Schrattbauer*⁹⁾ schließt sich dabei *Schindlers* Interpretation an: Die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung des § 9 AÜG sei nicht gegeben. Begründend wird wiederum die Arbeitskräfteüberlassung als Dauertatbestand angeführt und ein Vergleich zu den Regelungen im ZDG hergestellt: Hier seien nicht nur Zuweisungen zu einem bereits von einem Arbeitskampf betroffenen Betrieb untersagt, sondern ebenfalls die Aufrechterhaltung von schon erfolgten Zuweisungen trotz Streiks. Im Falle eines Arbeitskampfes habe eine neue Zuweisung zu erfolgen. Auch für den Geltungsbereich des AÜG sei davon auszugehen, dass das Verbot des § 9 AÜG für die gesamte Dauer der Überlassung gelte. Der Überlasser habe seine Arbeitskräfte abzuziehen, sobald er von dem Ausbruch des Arbeitskampfes Kenntnis erlangt.

2. Aufrechterhaltung der Überlassung

Die entgegenstehenden Ansichten gehen von einer engeren Auslegung des § 9 AÜG aus und verbieten nur neue Überlassungen und solche, die in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Streik stehen.

*Tomandl*¹⁰⁾ geht davon aus, das Verbot des § 9 AÜG treffe nicht überlassene Arbeitskräfte, die bei Ausbruch des Arbeitskampfes bereits im Betrieb beschäftigt waren. Er begründet dies damit, dass die Gesetzesmat¹¹⁾ zwar betonen, die Bestimmung verfolge den gleichen Zweck wie die analogen Regelungen des AMFG und des AuslBG, dies sei jedoch unrichtig. Der Zweck dieser gesetzlichen Bestimmungen bestehe in der Wahrung des Grundsatzes, dass sich der Staat nicht in Auseinandersetzungen zw AG und AN einmischen soll und damit in der Sicherstellung der staatlichen Neutralität. Der Staat sei allerdings im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung gar nicht beteiligt, dies sei ein Prozess, an dem rein Private beteiligt seien. *Tomandl* geht davon aus, § 9 AÜG verletze somit die staatliche Neutralität, würde er den AG doch die Reaktion auf die Lahmlegung ihres Betriebes durch streikende AN erschweren. Auffassungen, welche davon ausgehen, bereits vor Ausbruch des Arbeitskampfes beschäftigte Arbeitskräfte müssten nach Beginn des Kampfes abgezogen werden, gingen somit zu weit. Ebenfalls unrichtig sei die Ansicht, das Verbot beziehe sich auch auf die innerbetriebliche Versetzung von überlassenen Arbeitskräften in Betriebsteile, die von einem Arbeitskampf betroffen sind.

*Karl*¹²⁾ setzt bei der Beurteilung der Zulässigkeit der weiteren Beschäftigung einen anderen Blickwinkel an: Entscheidend müsse sein, ob der Überlasser die Arbeitskräfte „gerade zum Zweck der Überbrückung des arbeitskampfbedingten Arbeitsausfalls“ hinzugezogen hat. Es müsse ein ursächlicher Zusammenhang zw dem Arbeitskampf und der Aufnahme der überlassenen Arbeitskräfte gegeben sein. Von einem solchen Zusammenhang sei dann auszugehen, wenn (a) die neu aufgenommenen Arbeitskräfte vom AG als Kampfmittel eingesetzt werden, (b) ein enger zeitlicher Konnex zwischen deren Aufnahme und dem Arbeitskampf bestehe und (c) der AG nicht nachweisen könne, dass im Zeitpunkt der Heranziehung der Arbeitskräfte ein unabhängig vom drohenden Arbeitskampf

bestehender Bedarf nach zusätzlichen Arbeitskräften bestand. Je weiter die Heranziehung der überlassenen Arbeitskräfte zurückliege, desto eher deute dies gegen einen ursächlichen Zusammenhang zw dem Arbeitskampf und der Beschäftigung der Arbeitskräfte. Einzig und allein wenn nach diesen Kriterien ein solcher ursächlicher Zusammenhang vorliege, sei von einer Umgehung des § 9 AÜG auszugehen und den Überlasser treffe die Pflicht, seine Arbeitskräfte aus dem vom Arbeitskampf betroffenen Betrieb abzuziehen.

Nach *Schrank*¹³⁾ können bestreikte Unternehmen nicht auf überlassene Arbeitskräfte zurückgreifen, dies gelte aber nur hinsichtlich neuer und nicht schon vorher beschäftigter Arbeitskräfte.

C. Rechtslage in Deutschland

In Deutschland findet sich die einschlägige Bestimmung in § 11 Abs 5¹⁴⁾ des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (dAÜG):

Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist.¹⁵⁾ Satz 1 gilt nicht, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von AN erledigt wurden, die

- sich im Arbeitskampf befinden oder
- ihrerseits Tätigkeiten von AN, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben.

Der Leiharbeitnehmer ist nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist.¹⁶⁾ In den Fällen eines Arbeitskampfes hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen.

Wenn ein Unternehmen bestreikt wird, darf es keine Leiharbeiter einsetzen, um den Streik seiner Belegschaft so unterlaufen zu können. Dies wurde im Zuge einer dAÜG-Reform im Jahr 2017 festgeschrieben.

Dem Gesetzeswortlaut zufolge dürfen Leiharbeitnehmer weiterhin tätig sein, wenn eine der beiden gesetzlichen Optionen erfüllt ist: Einem Leiharbeitnehmer darf nicht die Erledigung von Tätigkeiten übergeben werden, welche bislang von Arbeitskräften, welche sich im Arbeitskampf befinden, erledigt wurden. Gleiches gilt bei Tätigkeiten, die bisher von nicht im Arbeitskampf befindlichen AN erledigt wurden, welche nun ihrerseits die Tätigkeiten von im Arbeitskampf befindlichen AN übernehmen.

Das Einsatzverbot gilt sowohl für nach dem Beginn des Arbeitskampfes entlehene Leiharbeitnehmer als auch für Leiharbeitnehmer, die bei Beginn des Arbeitskampfes bereits bei dem Entleiher tätig waren. Dies aber nur insoweit, als dass Streikbrechertätigkeiten zu erledigen seien.

⁸⁾ *Schindler* in *Neumayr/Reissner*, ZelliKomm³ § 9 AÜG Rz 2 mwN.

⁹⁾ *Schrattbauer* in *Schrattbauer*, AÜG Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (2020) § 9 Rz 8, 9.

¹⁰⁾ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² 66, 67.

¹¹⁾ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 9.

¹²⁾ *Karl*, Auswirkungen eines Arbeitskampfes auf die laufende Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte, ASoK 2003, 282.

¹³⁾ *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (92. Lfg 2023) Kap 3/B Rz 17.

¹⁴⁾ Die Bestimmung wurde erst 2016 beschlossen.

¹⁵⁾ Diese Norm wurde im Unterschied zu § 9 AÜG so gestaltet, dass sie dem Beschäftigten (= dem Entleiher) konkrete Handlungen verbietet.

¹⁶⁾ Dies gilt unbestritten auch für Österreich.

Nicht von dem Verbot mitumfasst sind jene Beschäftigungsverhältnisse, in denen Leiharbeitnehmer, die bereits vor Arbeitskampfbeginn im Entleiherbetrieb tätig waren, ihre bisherige Tätigkeit während des Arbeitskampfes weiterführen. Dasselbe gelte ebenfalls für erst nach Beginn des Kampfes hinzugezogene Leiharbeitnehmer, wenn ihre Tätigkeit ausschließlich abseits des Arbeitskampfes erfolgt.¹⁷⁾

Die deutsche Rechtslage lässt damit eine Einsatzmöglichkeit von überlassenen Arbeitskräften zu, weswegen auch aus diesen Gründen der einschränkende Interpretierung von § 9 AÜG in Österreich Vorrang zu geben ist.

D. Eigene Meinung

1. Allgemeines

Grds soll § 9 AÜG verhindern, dass der AG die überlassenen Arbeitskräfte als Kampfmittel einsetzt. Dieses Ziel könnte der AG erreichen, indem er überlassene Arbeitskräfte während einer Arbeitskampfmaßnahme zur Arbeitserbringung einsetzt und damit effektiv die Streikenden oder die Ausgesperrten („Streikbrecher“) ersetzt.¹⁸⁾ Nach dem Grundsatz der Neutralität im Arbeitskampf darf jedoch keine der beiden Parteien gestärkt werden: Konflikte zw AG und AN sollen allein durch die betroffenen Parteien ausgetragen, und nicht etwa von außen verstärkt, geschwächt oder auf welche Art auch immer beeinflusst werden. Könnte der Beschäftiger seinen Betrieb schlicht aufrecht erhalten, indem er während eines Arbeitskampfes neue überlassene Arbeitskräfte aufnimmt, würde diese (ungewollte) Beeinflussung erreicht werden. Der AG würde dadurch während der aktiven Kollektivmaßnahme seine Möglichkeiten vergrößern, die (grds verweigerter) Arbeitsleistung über andere Wege herbeizuführen, und damit das durch die Arbeitskampfmaßnahme erstrebte Ziel unterlaufen.¹⁹⁾

Die Hintergründe zum AÜG, AMFG oder AuslBG lassen keine Pflicht des Überlassers erkennen, bereits überlassene Arbeitskräfte von einem bestreikten oder von einer Aussperrung betroffenen Betrieb abziehen.

betroffenen Betrieb sowie die Vermittlung von streikenden oder ausgesperrten Dienstnehmern“ sei unzulässig. § 10 AuslBG sieht vor, dass Beschäftigungsbewilligungen für die Beschäftigung auf Arbeitsplätzen in einem von Streik oder Aussperrung betroffenen Betrieb nicht erteilt werden dürfen. Die Gesetzesmat²⁰⁾ zum damaligen § 11 AMFG unterstreichen den „Grundsatz der Neutralität der Arbeitsmarktvermittlung bei Arbeitsstreitigkeiten.“ In von Streik oder Aussperrung betroffene Betriebe dürfe daher nicht vermittelt werden. Eine Arbeitsvermittlung würde einer Parteinahme für den Betrieb gleichkommen, weswegen das Gesetz auch die Vermittlung von streikenden und ausgesperrten Dienstnehmern als unzulässig betrachte.

Die Erläuterungen²³⁾ zu § 10 AuslBG nehmen wiederum Bezug auf das AMFG: Dass bei Streik und Aussperrung Beschäftigungsbewilligungen nicht erteilt werden dürften, ent-

Die Gesetzesmat²⁰⁾ zu § 9 AÜG verweisen auf die Regelungen sowie den Zweck im Arbeitsmarktförderungsgesetz (AMFG) und im Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG).

§ 3 Z 10 AMFG²¹⁾ spricht davon, „die Vermittlung in einen von Streik oder Aussperrung

spreche der Verpflichtung der Arbeitsmarktverwaltung zur Neutralität bei Arbeitsstreitigkeiten. Dies iSd (damaligen) § 11 AMFG.

Weder die Hintergründe zum AÜG noch jene zum AMFG oder AuslBG lassen erkennen, dass den Überlasser die Pflicht träge, bereits überlassene Arbeitskräfte von einem bestreikten oder von einer Aussperrung betroffenen Betrieb abzuziehen. Nachdem das ohnehin einen eigenen Normzweck hat, ist aus den Bestimmungen des AMFG oder AuslBG weder in die eine noch in die andere Richtung etwas zu gewinnen.

Vorweg ist festzuhalten, dass es bei der Beurteilung der Reichweite des § 9 AÜG nicht darauf ankommen kann, ob in der Praxis der Verbleib der überlassenen Arbeitskräfte von allen Seiten geduldet wird, sofern sie sich am Streik beteiligen.²⁴⁾ Ganz im Gegenteil: Es muss für die Beurteilung, was erlaubt und was verboten ist, völlig irrelevant sein, ob überlassene Arbeitskräfte die Maßnahmen im Beschäftigerbetrieb unterstützen oder diese ablehnen oder ob sie sich neutral verhalten.

2. Teleologischer Ansatz

Interessanterweise wird § 2 Abs 1 AÜG bei der Auslegung des § 9 AÜG bisher nicht beachtet. Zur Auslegung des Gesetzes wurden in dieser Bestimmung die Zwecke des AÜG ausdrücklich festgelegt. Zum einen geht es um den Schutz der überlassenen AN, insb in arbeitsvertraglicher, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht, zum anderen um die Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen.

Würde man aus § 9 AÜG ableiten, dass der Überlasser alle überlassenen Arbeitskräfte abziehen muss, dann würde man ihnen diese Rechte entziehen.

Stellt man den Schutz überlassener AN als Primärziel des AÜG in den Vordergrund, wird man ein Gebot, überlassene Arbeitskräfte bei Beginn eines Streiks aus dem Beschäftigerbetrieb abzuzie-

hen, nicht rechtfertigen können. Würde man aus § 9 AÜG ableiten, dass der Überlasser alle überlassenen Arbeitskräfte abziehen muss, dann würde man überlassenen Arbeitskräften ihre Rechte, berechnigte Kampfmaßnahmen im Beschäftigerbetrieb zu unterstützen, entziehen.

Der Schutz des Arbeitsmarktes kann kein Argument für oder gegen eine weite oder enge Auslegung des § 9 AÜG sein. Das Ziel der Verhinderung einer Gefährdung der Stammbesellschaft im Beschäftigerbetrieb spricht uE für die engere Auslegung der Bestimmung. Eine Substituierung von Stamarbeitskräften durch überlassene Arbeitskräfte käme nur dann in Betracht, wenn streikende AN durch überlassene Arbeitskräfte ersetzt werden könnten, nicht aber dann, wenn ein Arbeitsplatz im Beschäftigerbetrieb bislang schon durch eine überlassene Ar-

¹⁷⁾ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze der deutschen Bundesregierung vom 2. 6. 2016, Zu Buchstabe b, S 24.

¹⁸⁾ Schwarz in Sacherer/Schwarz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² § 9, 180.

¹⁹⁾ Schwarz in Sacherer/Schwarz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² § 9, 180.

²⁰⁾ ErläutRV 450 BlgNR 17.

²¹⁾ Bei Inkrafttreten des Gesetzes § 11 AMFG.

²²⁾ ErläutRV 983 BlgNR 11.

²³⁾ ErläutRV 1451 BlgNR 13.

²⁴⁾ Schindler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 9 AÜG Rz 2 mwN.

beitskraft besetzt ist. Dass ein solcher Austausch von AN nicht in Betracht kommt, ist unstrittig. Vom Zweck des § 9 AÜG wird – mit der ausdrücklichen Norm des § 11 Abs 5 dAÜG übereinstimmend – nicht in Einklang zu bringen sein, dass bereits vor Streikbeginn tätige Arbeitskräfte nun Tätigkeiten von streikenden AN im Beschäftigterbetrieb erbringen.

3. Richtlinienkonforme Interpretation

In der RL 2008/104/EG über Leiharbeit findet sich keine Regelung betreffend Arbeiten von Leiharbeitnehmern während eines Streiks. Die durch die LeiharbeitsRL²⁵⁾ angestrebte Gleichbehandlung mit Stammmitarbeiter spricht dafür, dass überlassene AN bei Streiks keine anderen Rechte und Pflichten haben sollen, wie jene des Beschäftigers. Die Öffnungsklausel des Art 5 Abs 2 der RL erlaubt nur hinsichtlich des Entgelts eine vom Gleichbehandlungsgebot abweichende nationale Regelung, nicht aber hinsichtlich sonstiger Arbeitsbedingungen. Dazu gehört auch das Recht von überlassenen Arbeitskräften, im Betrieb des Überlassers zu streiken oder im Betrieb des Beschäftigers mitzustreiken. Die richtlinienkonforme Interpretation spricht daher für eine engere Auslegung von § 9 AÜG.

4. Arbeitsverfassungsrechtlicher Aspekt

Überlassene Arbeitskräfte sind betriebsverfassungsrechtlich AN iSd § 36 ArbVG. Während in der früheren Rsp²⁶⁾ darauf abgestellt wurde, ob eine längere Dauer der Arbeitskräfteüberlassung bezweckt worden sei oder tatsächlich länger als sechs Monate gedauert hat, ist seit der OGH E 9 ObA 65/20 d davon auszugehen, dass überlassene Arbeitskräfte ab dem ersten Tag der Überlassung AN des Beschäftigterbetriebes iSd § 36 ArbVG sind.

Überlassene Arbeitskräfte sind ab dem ersten Tag der Überlassung AN des Beschäftigterbetriebes iSd § 36 ArbVG.

Dies hat Auswirkungen auf die Berechnung der Anzahl der Betriebsratsmitglieder und auf die Teilnahme an Betriebsratswahlen im Beschäftigterbetrieb. Diese Grundsätze haben auch für die Teilnahme an Streiks und Aussperungen im Betrieb des Beschäftigers zu gelten. Wenn sich überlassene Arbeitskräfte an derartigen Kampfmaßnahmen beteiligen wollen, dann muss dies ohne Konsequenzen möglich sein. Der Argumentation, dass § 9 AÜG Überlassern gebiete, ihre Arbeitskräfte vom Beschäftigterbetrieb abzuziehen, ist entgegenzuhalten, dass ein solches Gebot in das Recht, sich am Streik zu beteiligen, eingreifen würde.

Überlassene Arbeitskräfte sind betriebsverfassungsrechtlich AN iSd § 36 ArbVG. Während in der früheren Rsp²⁶⁾ darauf abgestellt wurde, ob eine längere Dauer der Arbeitskräfteüberlassung bezweckt worden sei oder tatsächlich länger als sechs Monate gedauert hat, ist seit der OGH E 9 ObA 65/20 d davon auszugehen, dass überlassene Arbeitskräfte ab dem ersten Tag der Überlassung AN des Beschäftigterbetriebes iSd § 36 ArbVG sind.

5. Zivilrechtlicher Aspekt

Während der Wortlaut der deutschen Bestimmung hinsichtlich der Handlungspflichten der Entleiher klar ist, ist § 9 AÜG als Verbot der Überlassung in bestreikte Unternehmen formuliert. Welche Rechte und Pflichten sich für Überlasser daraus ergeben, lässt sich aus dem Wortlaut und den Gesetzesmaterialien nicht ableiten. Eine Handlungspflicht des Überlassers sieht § 9 AÜG indes nicht vor. Der Wortlaut spricht daher für die engere Auslegung.²⁷⁾

Folgte man den Befürwortern einer Verpflichtung des Überlassers, bereits überlassene AN abziehen zu müssen, müsste man § 9 AÜG auch als zivilrechtliche Norm, die das Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftigter regelt oder in dieses eingreift, verstehen. Mit Ausnahme von § 8 AÜG greift das AÜG in den Überlassungsvertrag zw diesen jedoch

nicht ein. UE hätte der Gesetzgeber – vergleichbar zur deutschen Norm – konkrete Handlungspflichten des Überlassers vorgesehen, wenn er solche bezwecken wollte. Dies gilt besonders deswegen, da das AÜG die Verletzung von § 9 AÜG mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert und unter Umständen daraus sogar eine Entziehung der Gewerbeberechtigung resultieren könnte.²⁸⁾

Wenn nur jene Fälle erfasst werden, in denen streikende Stammmitarbeiter durch überlassene Arbeitskräfte ersetzt werden, dann greift § 9 AÜG gar nicht in den Überlassungsvertrag ein. Würde man das Gebot des Abziehens von überlassenen AN annehmen, dann verlagerte sich das wirtschaftliche Risiko von bestreikenden Unternehmen auf die überlassenden Unternehmen. Sie würden – ohne dass der Überlassungsvertrag aufgelöst wäre – dann nicht mehr ihrer Leistungspflicht (nämlich arbeitsbereite AN zur Verfügung zu stellen) nachkommen und verlören ihren Entgeltsanspruch.

Schlussstrich

Da § 9 AÜG keine konkrete Handlungspflicht von überlassenden Unternehmen vorsieht, spricht der Wortlaut dafür, dass es kein Gebot für Überlasser, bereits vor Beginn eines Streiks überlassene Arbeitskräfte aus dem Beschäftigterbetrieb abzuziehen, gibt. Der Zweck des AÜG und der LeiharbeitsRL sprechen dafür, dass überlassene Arbeitskräfte nicht durch eine derartige Pflicht des Überlassers in ihrem Recht – als Teil der Belegschaft des Beschäftigterbetriebes iSd § 36 ArbVG – zu streiken beschränkt werden dürfen. Letztlich sprechen auch die drohenden Sanktionen bei einer Verletzung dafür, dass § 9 AÜG nicht weit auszulegen ist. Die Bestimmung bezweckt, dass Sinn und Zweck eines Streiks nicht durch Neubeschäftigung von überlassenen AN oder durch Verrichtung von Tätigkeiten streikender AN des Beschäftigers ausgehöhlt werden.

²⁵⁾ RL 2008/104/EG, ABI L 2008/327, 9.

²⁶⁾ OGH 15. 7. 1987, 9 ObA 63/87 OGH 13. 2. 1991, 9 ObA 22/91.

²⁷⁾ AA Schindler in Neumayr/Reissner, ZelliKomm³ § 9 AÜG Rz 2.

²⁸⁾ Unseres Erachtens kann selbst ein einmaliger Verstoß gegen § 9 AÜG nicht zum Entzug der Gewerbeberechtigung führen. Denn § 22 Abs 1 Z 1 lässt sogar wiederholte Verstöße gegen § 9 AÜG (allerdings mit erhöhter Strafdrohung) zu. Ein Verstoß gegen § 9 AÜG wird im Übrigen nicht mit einer anderen Strafdrohung versehen, wie Verwaltungsstrafverfahren wegen Verletzung von §§ 8 und 11 Abs 2, §§ 16 und 18 AÜG.